



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público

---

**CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS:**

***El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra.***

***Artículo N° 22 D.S. MOP N° 900/1996 – Análisis Jurisprudencial.***

**Integrantes: Jorge Ibrahim Hayal N.**

**Diego José Mendoza B.**

**Profesor guía: Andrés Barberis M.**

**Profesor informante: Cristián Román C.**

## Contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>10</b>
--------------------------	-----------

### **Capítulo I. Sistema de concesiones de obras públicas en Chile.**

I.1. El sistema de concesión de obra pública.....	13
I.1.1. Origen del sistema de concesiones de obras públicas.....	14
I.1.2. Modalidad de concesión adoptada en Chile: B.O.T.....	16
I.1.3. Socialización de la obra concesionada con la comunidad...	18
I.2. Decreto Supremo MOP N° 900/1996 y su implementación.....	20
I.2.1. Supuestos generales.....	22
I.2.2. Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de concesión de obra pública.....	24
I.2.3. Régimen jurídico aplicable a la etapa de construcción de la obra.....	26
I.2.4. De la explotación, duración, suspensión y extinción de la concesión de la obra pública.....	27

I.3. El contrato de concesión de obra pública. Naturaleza jurídica.....	30
I.3.1. Naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública.....	34
I.3.2. Elementos del contrato de concesión de obra pública.....	37
I.3.3. Características del contrato de concesión de obra pública.....	39
I.4. Etapas del contrato de concesión de obra pública chileno.....	41
I.4.1. Construcción - ejecución.....	42
I.4.2. Operación.....	45
I.4.3. Conservación.....	47

**Capítulo II. Aspectos relevantes en un contrato de concesión de obra pública.**

II.1. Equilibrio económico vs. Equilibrio político.....	49
II.2. Eventos que pueden modificar el equilibrio económico.....	50
II.3. De los riesgos que implica la modificación del contrato.....	53

II.4. Principales motivos que influyen en la decisión de modificar un contrato ya suscrito.....	56
II.4.1. Razones de interés público.....	57
II.4.2. Los acuerdos entre el MOP y el concesionario respecto de incrementar los estándares de calidad de la obra.....	64
II.4.3. Motivos sobrevinientes. Teoría de la imprevisión.....	67
II.4.4. La necesidad de rediseño y/o complementación del proyecto. Un caso excepcional.....	72

### **Capítulo III. Régimen Jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra.**

III.1. El contrato de concesión de obra pública. Contenido y alcances....	76
III.2. Los convenios complementarios.....	78
III.3. Las compensaciones debidas al concesionario como consecuencia de la renegociación de un contrato.....	85

### **Capítulo IV. Riesgos de la empresa concesionaria de la obra pública.**

IV.1. Riesgos de ejecución y riesgos de explotación. Etapas diferentes...90
---

IV.1.1. Responsabilidad ante el riesgo de construcción.....	91
IV.1.2. Responsabilidad de los concesionarios de obra pública.....	92
IV.2. Los riesgos en la etapa de construcción.....	93
IV.3. Los riesgos en la etapa de explotación.....	95
IV.4. Mecanismos comunes de prevención de riesgos.....	103
IV.4.1. Ingresos Mínimos Garantizados (I.M.G.).....	103
IV.4.2. Subsidios Estatales otorgados a las concesionarias.....	105
IV.5. Riesgos menores en la concesión.....	106

**Capítulo V. Tratamiento de los riesgos en base al Artículo 22 del Decreto  
Supremo MOP N° 900/1996.**

V.1. Fuerza mayor y caso fortuito. Un tratamiento diferente al Derecho Privado. Comparación.....	107
V.2. De los sobrecostos sufridos en la etapa de construcción.....	110
V.3. Tratamiento de los riesgos en la fase de construcción, en el derecho comparado.....	114

V.3.1. El caso Australiano.....	116
V.3.2. El caso de Puerto Rico.....	118
V.4. Revisión de Dictámenes de la Contraloría General de la República.....	123
V.4.1. Dictamen N° 29.955 (15/9/1997).....	123
V.4.2. Dictamen N° 30.978 (4/7/2008).....	125

### **Capítulo VI. De los riesgos en la etapa de construcción.**

VI.1. La paralización de la obra. Supuestos generales.....	130
VI.2. Riesgos en la fase de construcción imputables a una paralización provocada por el Fisco.....	132
VI.3. Los mayores costos de construcción y/o merma en los ingresos de la concesionaria.....	135
VI.4. Riesgos específicos en la etapa de construcción.....	137
VI.4.1. Riesgo de diseño.....	137
VI.4.2. Riesgo geológico.....	139
VI.4.3. Riesgo de expropiaciones.....	142

VI.4.3.1. Riesgo por el valor de las expropiaciones.....	143
VI.4.3.2. Riesgo por el tiempo que demora en expropiarse el terreno.....	144
VI.4.4. Riesgo medioambiental.....	145
VI.5. Los riesgos asociados a los cambios de servicios.....	149
VI.6. El inspector fiscal, sus funciones y atribuciones durante la fase de construcción. Artículo 39 Reglamento Ley de Concesiones.....	153

**Capítulo VII. Principales mecanismos de solución de controversias.**

VII.1. La comisión conciliadora del D.S. MOP N° 900/96 (vigente hasta la modificación introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010).....	156
VII.2. El panel de expertos (vigente desde la modificación introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010).....	161
VII.3. Las comisiones arbitrales.....	165
VII.4. Análisis de la situación previa y posterior a la reforma a la Ley de Concesiones del año 2010.....	168

**Capítulo VIII. Revisión y análisis de casos en torno al régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra.**

VIII.1. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Atrasos y mayores costos asociados a nuevas obras en la etapa de construcción.....	173
VIII.2. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Demoras no autorizadas en la etapa de construcción.....	179
VIII.3. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Riesgo medioambiental.....	184
VIII.4. Infraestructura Penitenciaria Grupo I con Ministerio de Obras Públicas. Atrasos en la etapa de construcción.....	188
VIII.5. Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A. con MOP. Cambios de servicios en la etapa de construcción.....	196

**Capítulo IX. Concesiones de obras públicas en el derecho comparado.**

IX.1. Los principales sistemas de concesiones de obras públicas.....	215
IX.2. El modelo australiano.....	216
IX.3. El modelo brasileño.....	221

**Conclusiones.....231**

**Bibliografía.....235**

## **Introducción**

La motivación de los suscritos en realizar la memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en cuestiones vinculadas a las Concesiones de Obras Públicas, radica en el interés que despertó en ambos el tema del tratamiento de los riesgos en los contratos, al haber cursado el Taller de Memoria “Concesiones de Obras Públicas” durante el primer semestre del año 2011.

Particularmente, durante el citado curso abordamos los temas relativos a los riesgos en la etapa de construcción y explotación, por una parte, y el sistema de solución de conflictos establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas -junto a un análisis jurisprudencial en torno a él- por otra.

Si bien dichos acápites revisten importancia a la hora de realizar un análisis centrado en el sistema de Concesiones de Obras Públicas de nuestro país, el cual por cierto queda reflejado tanto en las distintas interpretaciones que se sustentan en las opiniones en torno al tratamiento del factor riesgo en la etapa de construcción, como en los diversos casos que han tenido lugar con motivo de dichas posiciones, debe señalarse que la decisión de ahondar en el tratamiento de los riesgos que se presentan durante la etapa de construcción de la concesión de una obra pública radica esencialmente en el sostenido aumento que han presentado las controversias sobre este punto, existiendo al respecto

intervenciones de comisiones conciliadoras de los casos en cuestión, sentencias de Cortes de Apelaciones y dictámenes varios de la Contraloría General de la República, que demuestran las distintas interpretaciones del tema y la disparidad de criterios con que se aborda. En relación a esto, el artículo 22 del D.S. N° 900/96 del MOP y sus disposiciones en torno a la fuerza mayor y el caso fortuito ocupa un lugar preponderante en lo relativo a las controversias, motivo por el que nos adentraremos en su análisis, realizando comparaciones tanto con el tratamiento conforme lo dispuesto en nuestro derecho privado como en legislaciones extranjeras sobre el tema (preferentemente, el caso *Australiano*). En esta misma línea, otro de los puntos que va a concentrar nuestra atención es el relativo a los sobrecostos o mayores costos producidos en la etapa de construcción, el cual ha traído como consecuencia una nutrida jurisprudencia, la cual analizaremos a través de algunos casos que resultan de especial interés.

Como uno de los principales objetivos al desarrollar la presente investigación, nos hemos propuesto el lograr una acabada inteligencia sobre el tema de la distribución y responsabilidad de los riesgos durante la etapa de construcción de una Concesión de Obra Pública, comprendiendo la importancia que tiene adoptar una determinada línea conductual -reflejada en la legislación actual- tanto para el adecuado desarrollo en sí de las obras, como para lo que se encuentra antes y que es, sin lugar a dudas, un pilar fundamental en el

sistema de concesiones de obras públicas en nuestro país, como lo es la inversión de capitales extranjeros a cargo de la construcción. Para ello, como se dijo, compararemos la legislación existente en la materia, entregando también una postura al respecto, planteando ciertas indicaciones que creemos podrían tenerse en cuenta en futuras modificaciones al sistema. Además, como se expresó anteriormente, analizaremos detalladamente el transcurso por etapas de los casos que han tenido lugar, abordando tanto las posturas de las respectivas comisiones conciliadoras como de las Cortes de Apelaciones que han intervenido. Ciertamente, también será parte de este trabajo el papel que ha jugado la Contraloría General de la República con sus dictámenes a raíz de las controversias suscitadas.

La memoria que presentamos se centrará en recurrir a la mayor cantidad de fuentes, tanto físicas como digitales, ya sean leyes, reglamentos, fallos, dictámenes y manuales de la materia, incluyendo asimismo las ideas e impresiones de los autores en torno a los temas que se expondrán, logrando de esta forma un acabado análisis que permita al lector comprender de buena manera lo relativo al marco jurídico de las concesiones de obras públicas, particularmente en cuanto a la etapa de construcción de ésta, apoyado por un análisis jurisprudencial que dará luces sobre las variables y consideraciones que realizan los miembros de las comisiones arbitrales al momento de resolver un asunto que verse sobre la materia.

## **Capítulo I. Sistema de concesiones de obras públicas en Chile.**

### **I.1. El sistema de concesión de obra pública en Chile.**

*“Lo que se buscó fue resolver el déficit de inversión, que se arrastraba desde la década de los años 80, sin incurrir en el aumento de la inversión pública, ni de la carga administrativa del Estado, todo ello dentro de un estricto marco de restricciones del gasto fiscal derivado de las políticas macroeconómicas”.<sup>1</sup>*

Como primera cuestión, al comenzar el desarrollo de este ítem, es inevitable referirse a las palabras de Juan Eduardo Figueroa Valdés, quien no hace mención a otra cosa que a la alianza público – privada que propone el sistema de concesión de obra pública en Chile. Dicha modalidad ha permitido a nuestro país avanzar sustancialmente en lo que a infraestructura pública se refiere, potenciando el sector productivo, a través de la liberación de recursos y la optimización de las inversiones, las que desde su instauración cuentan con un marco regulatorio claro y con normas tendientes al equilibrio entre las partes.

Por una parte, el Estado se hace cargo de proveer los instrumentos que facilitan el financiamiento, y lo que es más importante, dotar a las concesiones de una legislación que permite creer que la alianza antes citada va a ser

---

<sup>1</sup> FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile: Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”. En: Gaceta Jurídica N° 350, págs. 7 – 16 (Agosto 2009), pp. 1.

duradera en el tiempo; mientras que por otra, el sector privado, representado en empresas que pueden ser nacionales o extranjeras, se hace cargo del financiamiento de las respectivas obras, con los componentes de experiencia y tecnología, ciertamente de primera necesidad a la hora de enumerar los requisitos que debiera cumplir quien quisiera llevar a cabo la construcción de una obra pública, cuyos destinatario final es la población.

#### I.1.1. Origen del sistema de concesiones de obras públicas.

El sistema de concesiones de obras públicas surgió como respuesta al problema que se enquistaba en el ámbito de las obras públicas y que repercutía por cierto en el desarrollo de la nación, como lo explica el abogado chileno Rafael Ibarra Coronado, en su artículo referido a las concesiones en Chile, al señalar que “a inicios de la década de los noventa, Chile necesitaba urgentemente superar su déficit de infraestructura para garantizar su desarrollo económico. Las necesidades de inversión en este ámbito se calculaban en US\$11.080 millones, de acuerdo con el Ministerio de Obras Públicas y las pérdidas anuales de competitividad por carencia de infraestructura alcanzaban los US\$1.710 millones, según la Cámara Chilena de la Construcción. La

carencia en infraestructura amenazaba en constituirse en un obstáculo para el desarrollo del país”.<sup>2</sup>

La legislación a la que se hacía mención previamente es, principalmente, el Decreto Supremo N° 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas – identificado como la Ley de Concesiones de Obras Públicas – modificada por la Ley N° 20.410 de 2010, y el Reglamento de la misma, contenido en el Decreto Supremo N° 956 de 1997 y su última modificación por Decreto 215 de 20 de abril de 2010 del mismo Ministerio.

En estos instrumentos legales se regulan, entre otros temas, la adjudicación, ejecución y conservación a que se sujetan las obras públicas que han sido objeto de concesión.

Es necesario precisar que las obras a concesionar pueden ser tanto de origen público como privado, debiendo el MOP, en el segundo caso y para que la obra sea licitable, determinar si el proyecto es o no desde su origen para el Estado. Así, la empresa que propone, al momento de la licitación, obtendrá una ponderación superior en su oferta, de acuerdo a la normativa actualmente vigente.

---

<sup>2</sup> IBARRA CORONADO, Rafael. La Ley de Concesiones de Obras Públicas Chilena en el tiempo. En: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 19 (Julio – Diciembre 2011), Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, pp. 183 – 222.

Ahora bien, cuando la iniciativa es de origen público, el MOP se verá en la obligación de consultar acerca de su conveniencia como de su factibilidad con otros órganos del Estado, trámite luego del cual, y si se determina justamente su factibilidad y conveniencia, podrá formar parte de un proyecto licitable.

En la sustanciación del proceso que culmina con la concesión de una obra pública a un privado, el paso siguiente, dentro de la licitación, es la evaluación y calificación de todos los datos técnicos y de información de factibilidad, donde participan por un lado el MOP, y por otro los financistas de la obra junto a los concesionarios, para así optimizar el proyecto. Posterior a esto, se escoge, entre todas las ofertas, la que reúna la mejor propuesta económica. En base a este criterio, tomando en cuenta la universalidad de variables que influyen en esta decisión, se da lugar a la concesión de la respectiva obra, la cual podrá tener un plazo máximo de 50 años.

#### I.1.2. Modalidad de concesión adoptada en Chile: B.O.T.

En nuestro país, la ejecución de las obras concesionadas se lleva a cabo de acuerdo al sistema BOT, cuya sigla en inglés quiere decir “construir, operar y transferir”. Como es fácil de presagiar, una condición obligatoria para el funcionamiento de este sistema es que los ingresos que se pretenden deben

ser mayores a los gastos en que se ha incurrido para la construcción, mantenimiento y operación de las mismas.

Adquiere suma importancia aquí, la presencia de un sistema de seguros y garantías mínimas que permitan operar con confianza a todos los agentes, además de un esquema financiero que tienda a la diversificación de los riesgos de la inversión, tema este último sintetizado en “el equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública”, respecto al cual se encuentra una extensa literatura. En esta línea, se han planteado una serie de instrumentos de financiamiento, tales como el bono de infraestructura, el mecanismo de cobertura cambiaria y los ingresos mínimos garantizados, entre otros.

En definitiva, los pilares sobre los que descansa el sistema de concesiones de obras públicas en Chile se resumen principalmente en:

- Reglas claras (base técnica y seguridad normativa).
- Adecuada distribución de riesgos.
- Equilibrio económico del contrato.
- Sistema de resolución de conflictos.
- Seguridad al financiamiento de la obra.

- Coordinación gubernamental.
- Incentivo a la competencia.

Cabe señalar, como última cuestión, que el sistema implementado en nuestro país ha significado una gran innovación en algunas materias, como por ejemplo, la gestión y planificación ambiental, lo cual va en la línea del cuidado del desarrollo sustentable, que en nuestros tiempos es ya una política a nivel global.

Como otros aspectos a resaltar, nos encontramos con que se le da importancia a la participación ciudadana, a través de lo que se denomina “inserción territorial de las obras”, tomando en cuenta los impactos producidos y las necesidades de la comunidad, lográndose este objetivo por medio de la puesta en conocimiento e integración en los proyectos, siendo, además de un incentivo al desarrollo económico, un motor de integración social y cultural.

### I.1.3. Socialización de la obra concesionada con la comunidad.

Realizado el análisis del sistema de concesiones de obras públicas en nuestro país, no podemos dejar de reconocer que a este – reconociéndole los avances que ha significado –, le han afectado algunos problemas desde su implementación. En efecto, una de las cuestiones más complejas a las que se

ha visto sometido dice relación con la adecuación de los mecanismos legales a la particular realidad social de cada entorno en que se realizan las obras en cuestión, lo cual se ve reflejado en los avances que experimentan las urbes que son atravesadas por autopistas de primer nivel, pero que a poco de estar funcionando se ven colapsadas en los horarios de mayor afluencia. Particularmente, Santiago es un ejemplo palpable de este tipo de situaciones, lo que ha obligado a las concesionarias a realizar modificaciones a los trazados originales, obstaculizando el flujo vehicular y provocando conflictos que van en escalada, los que no pocas veces desatan crisis que llegan rápidamente al ámbito político, puesto que si bien es el concesionario quien provee el servicio, finalmente el Estado quien debe propender a que este se preste en las mejores condiciones posibles, por lo que asume esa responsabilidad ante los usuarios.

Y es precisamente en este punto donde se ha tratado de crear conflictos, toda vez que lo normal es que opere la variable constructiva de aumentos de obras en relación a precios base, los que se encuentran especificados en las BALI (Bases de Licitación). Pues bien, la experiencia ha demostrado que en Chile, los procesos de licitación de las distintas obras concesionadas son usualmente lideradas por grupos en que forman parte empresas constructoras, por tanto puede perfectamente darse pie para pensar que existen intereses creados desde el inicio de este, pero esta idea se puede combatir fácilmente por parte de los aludidos, especialmente tomando en

cuenta que las BALI permiten – es más – especifican este tipo de situaciones, como se mencionó anteriormente.

En este sentido, y pese a que se han realizado esfuerzos en aras de adecuar la legislación en la materia a la realidad social y económica de nuestro país, debemos hacer presente que aún hoy existen algunos vacíos y omisiones en torno a la regulación del ramo. Muestra de ello es lo dificultosa que resulta la modificación de las leyes y contratos que rigen los destinos de las inversiones tanto nacionales como extranjeras, capitales que se encuentran cubiertos por seguros, disminuyendo el riesgo de inversión a niveles bastante bajos, lo que viene a reforzar la idea de una mayor flexibilidad en estos temas. Lo anterior no quiere de modo alguno significar una regulación más “ligera”, pero a todas luces se hace necesario revisar este tema, atendiendo especialmente a la cambiante realidad que los nuevos tiempos han establecido, y de la cual la infraestructura nacional – y particularmente la regulada por el sistema de concesiones de obras públicas - no puede verse abstraída.

## **I.2. Decreto Supremo MOP N° 900/1996 y su implementación.**

Como se expresó en líneas anteriores, la base legal en que se sustenta el sistema de concesiones de obras públicas en nuestro país está contenida esencialmente en el Decreto Supremo MOP N° 900 del 31 de octubre de 1996 del Ministerios de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y

sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991 del mismo Ministerio, que contiene la Ley de Concesiones de Obras Públicas - y cuya última modificación data del 20 de enero de 2010, a través de la Ley N° 20.410 - junto a su respectivo *Reglamento* contenido en D.S. MOP N° 956/97 actualizado el 28 de abril de 2010 por D. S. MOP N° 215/10.

Para abordar, desde un punto de vista práctico, lo que ha sido la implementación del referido D.S. N° 900/96, es necesario comenzar haciendo algunas precisiones, puesto que si bien su aplicación ha surtido los efectos deseados, desde nuestra óptica, ello no ha implicado que no haya sufrido variaciones en su aplicación, siendo justamente la contenida en la Ley N° 20.410 de 2010, la más profunda.

En efecto, al comenzar la vigencia de la Ley de Concesiones, y siendo uno de sus principales focos el contribuir de manera directa al mejoramiento de todo lo vinculado a las obras públicas, el sistema funcionó adecuadamente, puesto que se logró incentivar la inversión y se fortaleció la institucionalidad vinculada a los temas que inciden en la concesión de una obra pública, pero con el correr de los años se comenzaron a hacer visibles ciertas fallas en que incurría el mismo. Como muestra de ello, podemos mencionar que los conflictos que se suscitaban entre el licitante, MOP, y el concesionario, no encontraban resoluciones del todo satisfactorias en el sistema de solución de controversias establecido en la ley original, lo cual se modificó con la reforma.

### I.2.1. Supuestos generales.

Adentrándonos en las principales disposiciones del D.S. N° 900/1996, este dispone, en su artículo 2°, que será el MOP el organismo competente para efectuar las actuaciones preparatorias que fueren necesarias para la ejecución de las obras, lo que demuestra que en la materia es esta entidad la que tiene mayores facultades, por sobre el concesionario. A continuación se establece quienes pueden postular la construcción de obras públicas ante él, siendo cualquier persona natural o jurídica. Es importante destacar que, cualquiera sea la circunstancia, la obra cuya concesión se ha aprobado debe licitarse como máximo dentro del plazo de un año desde que se aprobare la solicitud.

En este mismo orden de cosas, un aspecto relevante es el que dice relación con el premio en la evaluación de la oferta formulada a que tendrá derecho el postulante que ha dado origen a la licitación, el que se especifica en el Reglamento y las Bases de Licitación (BALI).

El artículo 3° del texto legal en comento establece las reglas administrativas a que se sujeta toda concesión en cuanto a la adjudicación del contrato, resumiéndolas en dos pasos previos, a saber:

- Aprobación de las BALI por el MOP.

- Selección del Decreto de Adjudicación de la licitación, con arreglo a los mecanismos de la Ley de Concesiones (D.S. N° 900/96 MOP) y sus normas complementarias.

En el capítulo III de dicho cuerpo legal, que lleva por título “De las licitaciones”, y específicamente en lo relativo al Otorgamiento de la concesión y formalización del contrato, el artículo 4° establece que las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales, y a ellas podrán presentarse personas naturales o jurídicas, ya sea nacionales o extranjeras, toda vez que cumplan con los requisitos del Reglamento. La amplitud que consigna esta norma para los posibles adjudicatarios de la licitación demuestra que se busca promover la inversión de capitales, cualquiera sea el origen de ellos – nacionales o extranjeros – para así contribuir a la alianza público – privada, que es uno de los pilares fundamentales en que se sustenta todo el sistema de concesiones de obras públicas en nuestro país.

El artículo 6° contiene una disposición que podría calificarse como un “filtro” para las presentaciones a la licitación, ya que establece un mecanismo, la precalificación, en que se constatan, de los postulantes que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables establecidos en las Bases de Precalificación, tanto los aspectos jurídicos, la capacidad financiera – técnica, la experiencia como los resultados en obras ejecutadas en el pasado, así como el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad.

Importante en este sentido, es el artículo 7°, que establece los criterios para evaluar las ofertas técnicamente aceptables, basándose en una serie de factores, como por ejemplo la estructura tarifaria, el plazo de concesión, el subsidio del Estado al oferente, los ingresos garantizados por el Estado, el grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra (como caso fortuito o fuerza mayor, temas que hoy por hoy se presentan en gran número en las diferentes controversias en las obras concesionadas de acuerdo al sistema en comento) y los ingresos totales de la concesión, entre otros.

Volviendo sobre aspectos administrativos y reglamentarios, el artículo 8 dispone que, finalmente, la adjudicación del contrato se resolverá por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda, perfeccionándose este con la publicación del Decreto Supremo de Adjudicación en el Diario Oficial.

#### I.2.2. Derechos y obligaciones de las partes en el contrato de concesión de obra pública.

A continuación en el D.S. MOP N° 900/96, se estipulan las obligaciones del adjudicatario, siendo relevante la de constituir, dentro del plazo y con los requisitos del Reglamento o las Bases Administrativas, una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, con quien se entenderá

celebrado el contrato, siendo su objeto la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras fiscales por el sistema establecido para ellos (sobre este punto en particular, se ahondará más adelante).

El artículo 11° es de gran relevancia, toda vez que establece la única compensación que recibirá el concesionario a consecuencia de los servicios prestados, y esta es el precio, tarifa o subsidio convenido, además de los beneficios adicionales expresamente convenidos, no estando obligado a realizar exenciones de ningún usuario. Aquí es importante detenerse, puesto que se encuentra en esta disposición la contraprestación que obtiene el concesionario, a través de la Sociedad Concesionaria, pero esta no proviene directamente del otro contratante, MOP, sino de los destinatarios finales de las respectivas obras, lo cual si bien a priori resulta algo extraño, al comprender la globalidad del sistema de concesiones de obras públicas, parece tener lógica.

Posteriormente se hace mención a las garantías respecto de las etapas de construcción y explotación, determinándose su cuantía en las BALI, y pudiendo ser tanto reales como personales.

El Capítulo IV trata sobre la adquisición, expropiación y limitaciones de la Propiedad Privada, destacando el hecho de que, como dispone el artículo 15° en su inciso segundo, si se requiriese la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios,

esta se realizará únicamente en virtud de la declaración de utilidad pública que contempla el artículo 105 del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del MOP, y conforme al procedimiento del DFL N° 2.186 de 1978.

Las Facultades de la Administración están contempladas en el Título V, resultando de especial significación lo dispuesto en el artículo 18°, puesto que aquí está el sustento legal de la aplicación de multas, materia de la gran mayoría de conflictos entre el MOP y el concesionario. En efecto, tanto en la etapa de construcción como de explotación, el primero podrá aplicar al segundo, siempre que este no cumpla con sus obligaciones, las multas previstas en las BALI.

### I.2.3. Régimen jurídico aplicable a la etapa de construcción de la obra.

El capítulo VI versa sobre los derechos y obligaciones del concesionario, y destaca aquí el régimen jurídico aplicable a la concesión, el que se expresa en el artículo 22, resultando especialmente resaltable el hecho de que, de acuerdo al N° 2 de éste, 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.

Lo anterior constituye una clara diferencia con la forma en que se aborda la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor en el derecho privado,

particularmente en el Código Civil, el que por regla general establece que el caso fortuito será soportado por el acreedor (sin perjuicio de poder pactar entre las partes, que el deudor será responsable incluso de todo caso fortuito, o de alguno en particular, en cuyo caso se observará lo pactado, art. 1673 Código Civil).

Sin perjuicio de lo anterior, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irrogue el caso fortuito o la fuerza mayor, pero solo si así lo establecieren las BALI.

#### 1.2.4. De la explotación, duración, suspensión y extinción de la concesión de la obra pública.

En el mismo orden de cosas, pero ahora tratándose de la etapa de explotación, el régimen jurídico a que ésta se sujeta está contemplado en el artículo 23. Así, de acuerdo al N° 1, el concesionario se obligará en esta etapa a conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización; referente al N° 2, que establece la continuidad de la prestación, ésta le obligará a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad y a prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor.

En lo sucesivo, el capítulo VII del mismo cuerpo aborda la duración, suspensión y extinción de la concesión. Así, el artículo 25 establece que su

duración no podrá ser superior a 50 años, debiendo, después de este plazo, ser entregadas nuevamente en concesión por el MOP.

Por otra parte, el artículo 26 indica los casos en que quedará temporalmente suspendida la concesión y el 27 las causales de extinción de la concesión, entre las cuales destaca el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, a partir del cual se desencadena un proceso que se plasma en el articulado sucesivo.

En el capítulo VIII se aborda lo relativo a la inspección y vigilancia de la Administración, mientras que en el capítulo IX se tratan las concesiones sobre Bienes Nacionales de Uso Público o Fiscales, destinados al desarrollo de las Áreas de Servicios que se convenga.

Presenta gran relevancia el capítulo X, toda vez que en él se estipulan las indemnizaciones y resolución de controversias, pero sobre todo por la modificación a que fue sometida esta última materia.

Así, se contempla la actuación de un Panel Técnico, que no ejerce jurisdicción, una Comisión Arbitral (compuesta por tres profesionales universitarios, debiendo dos de ellos contar con el título de Abogado, y presidiéndola uno de ellos) y la Corte de Apelaciones.

La comisión arbitral gozará de las facultades de los árbitros arbitradores en lo relativo al procedimiento, debiendo apreciar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, dictando sentencia con arreglo a derecho, pronunciándose sobre las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas tenidas en cuenta para su resolución.

Anterior a la última modificación existía una Comisión Conciliadora, la cual fue reemplazada por el citado Panel Técnico, que en resumidas cuentas trata las discrepancias económicas y/o técnicas producidas entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión de obra pública, no ejerciendo jurisdicción y debiendo pronunciarse, por medio de recomendaciones, en el plazo de 30 días (prorrogables por una vez), desde que se le presentara a su conocimiento la controversia.

Otra modificación a destacar es la creación de un Consejo de Concesiones, establecido por el artículo 1 bis (agregado por la Ley N° 20.410), que tendrá carácter consultivo, interviniendo, en términos generales, al informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de esta ley, de los proyectos y de las modalidades del régimen concesional. El MOP deberá previamente requerir informes previos de este órgano en distintas situaciones, las que se encuentran reglamentadas, siendo destacables algunas como la de declarar de interés público las iniciativas privadas y contratar nuevas inversiones y obras de acuerdo a las condiciones excepcionales del artículo 20

bis, entre otras. El Consejo tiene 60 días para evacuar sus informes, desde la fecha en que se pidieren.

De esta forma hemos hecho un breve resumen a propósito del Decreto Supremo N° 900/96 del MOP, incorporando a grandes rasgos sus consideraciones y destacando las instituciones más relevantes para los efectos de la investigación, y en las cuales se ahondará con mayor detalle en los capítulos sucesivos.

### **I.3. El contrato de concesión de obra pública.**

El contrato de concesión de obra pública es, sin lugar a dudas, el elemento central en el sistema de concesiones de obras públicas en Chile. Para comprender a cabalidad sobre qué versa el contrato en particular, es indispensable determinar lo que el legislador ha interpretado por obra pública - que constituye su objeto - la cual se definió, de acuerdo al artículo 39 de la Ley N° 20.410 como “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”.

Es importante mencionar que el contrato de concesión de obra pública es utilizado en diferentes legislaciones como mecanismo para lograr una

fructífera alianza público – privada en el desarrollo de las naciones, y al respecto existen varias interpretaciones para lograr entender su aplicación.

Así, encontramos en el derecho comparado distintas definiciones, a saber:

En Argentina, el autor Felipe Rodríguez define el contrato de concesión de obra pública como “un contrato de derecho público entre el Estado y un tercero donde este se obliga a realizar una obra (trabajo público) cuyo pago se realizará indirectamente por parte de algunos ciertos administrados”,<sup>3</sup> destacando las diferencias entre la concesión de obras públicas en sí misma y el contrato, toda vez que la primera es “*res inter alios acta*”, lo que quiere significar que la relación contractual vincula sólo a la Administración Pública y el co-contratante, quien ejecuta la obra y cobra el precio, con lo que se extingue el vínculo, mientras que en el segundo el vínculo jurídico excede el ámbito administrador – concesionario y se extiende a ciertos administrados (usuarios), quienes pagan en determinadas formas el precio, surtiendo así efectos jurídicos con relación a terceros.

En España, la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), en su artículo 7.1, dispone que “la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ, Felipe. Concesión de obra pública. Régimen jurídico de aplicación, pp. 19. Recurso electrónico disponible en: [www.feliperodriguez.com.ar](http://www.feliperodriguez.com.ar)

prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”,<sup>4</sup> artículo sobre el cual Bernabé Arias Criado se refiere, afirmando que de ahí fluyen sus dos principales características, destacando que “la primera hace referencia a su objeto y la segunda, a la forma de establecerla para remunerar al contratista”.<sup>5</sup>

En Costa Rica, la Ley N° 7.762, General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, califica al contrato de concesión de obras públicas como aquel “contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente”.<sup>6</sup> El tratamiento en este caso, entonces, es el de un contrato administrativo que por consiguiente tendrá ciertas normas particulares

---

<sup>4</sup> Ley N° 30 de Contratos del Sector Público (LCSP). Artículo 7.1 (2007). España.

<sup>5</sup> ARIAS CRIADO, Bernabé. Artículos doctrinales: Derecho Administrativo. El contrato de concesión de obras públicas. Noticias jurídicas (Noviembre de 2011).

<sup>6</sup> Ley N° 7.762/ General de Concesión de Obra Públicas con Servicio Públicos. Artículo 1, N° 2, letra a) (1998). Costa Rica.

aplicables a su ejecución, así como una reglamentación especial para el caso de su no cumplimiento.

Por último, en Venezuela el profesor de Derecho Administrativo de las Universidades Católica Andrés Bello y Central, Rafael Badell Madrid, afirma que “a pesar de establecer un régimen común para las concesiones de obras públicas y servicios públicos, la Ley de Concesiones, no distingue entre ambos tipos contractuales y prevé una definición única de concesión en la que comprende ambas modalidades”.<sup>7</sup> Dicha apreciación la realiza sobre la base de la innovación que supuso lo que dispone el artículo 2 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones, de 25 de octubre de 1999, que establece que son contratos de concesión aquellos “celebrados por la autoridad pública competente por medio de los cuales una persona jurídica llamada concesionario asume la obligación de construir, operar y mantener una obra o bien destinados al servicio, al uso público o a la promoción del desarrollo, o la de gestionar, mejorar u organizar un servicio público, incluyendo la ejecución de las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento o la prestación de la obra o del servicio, por su cuenta y riesgo y bajo la supervisión y el control de la autoridad concedente, a cambio del derecho a explotar la obra o el servicio y de percibir el producto de las tarifas, precios, peajes, alquileres, valorización de inmuebles, subsidios,

---

<sup>7</sup> BADELL MADRID, Rafael. Régimen de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales. Recurso electrónico disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com).

ganancias compartidas con algún ente público u otra fórmula establecida en los contratos correspondientes, durante un tiempo determinado, suficiente para recuperar la inversión, los gastos de explotación incurridos y obtener una tasa de retorno razonable sobre la inversión”.<sup>8</sup>

El autor recién citado continúa afirmando que “la nueva legislación define en una sola norma la concesión de obra pública y la concesión de servicio público, destacando tres elementos fundamentales: El objeto del contrato, la ejecución de la obra o prestación del servicio por cuenta y riesgo del concesionario, la supervisión y control de la autoridad concedente, y el derecho del concesionario a percibir una tarifa por un tiempo determinado para recuperar su inversión y obtener una tasa de retorno razonable”.<sup>9</sup> Esto último muestra la gran similitud que existe entre las distintas legislaciones al efectuar el tratamiento de las concesiones de obras públicas, singularizado en sus elementos fundamentales, los cuales no varían sustancialmente.

### I.3.1. Naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública.

En nuestro país, la legislación no contempla una definición expresa de lo que se entiende por contrato de concesión de obra pública, pero sí se establecen sus características esenciales y se hace mención a sus elementos, habida cuenta de que el artículo 1 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas

---

<sup>8</sup> Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones. Artículo 2° (1999). República de Venezuela.

<sup>9</sup> BADELL MADRID, Rafael. Op. cit. Recurso electrónico disponible en: [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

dispone que “la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.

Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.<sup>10</sup>

En la doctrina nacional, la autora Paula Lepe estima que al analizar el contrato de concesión de obra pública no se trata de otra cosa que “un contrato administrativo celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y un particular concesionario, en virtud del cual éste último asume, a su cuenta y riesgo, la ejecución, reparación o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del

---

<sup>10</sup> D.S. MOP N° 900/96. Artículo 1.

derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo de adjudicación”,<sup>11</sup> mientras que don Enrique Silva Cimma afirma que “es un acuerdo de voluntades entre la Administración y un tercero por medio del cual este último se obliga a construir una obra pública a su costa a cambio de cobrar en su favor durante cierto tiempo tarifas a los usuarios, consintiendo en que su participación quede regulada por un régimen especial de Derecho Público”.<sup>12</sup>

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública, pese a existir varias interpretaciones, la que más se acerca a lo que tuvo en mente el legislador es aquella que caracteriza a este como un contrato administrativo, compartiendo lo planteado por los memoristas José Miguel Morales Núñez y Marco Antonio Villagra Martínez, quienes sostienen que “los elementos que la doctrina ha consagrado como distintivos de un Contrato Administrativo están presentes en el Contrato de Concesión de Obra Pública (que una de las partes sea un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa; que la causa del contrato sea una prestación de carácter público; que su objeto consista en obras o servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la

---

<sup>11</sup> LEPE CAICONTE, Paula. El Sistema de Concesiones de Obras Públicas. Gaceta Jurídica N° 323, 2007, pp. 8.

<sup>12</sup> SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo V. Editorial Jurídica de Chile (1994-1996), pp. 49 y ss.

Administración, y la aplicación predominante de un régimen especial de Derecho Público que reconoce de modo orgánico y sistemático las prerrogativas de poder público que tiene la Administración)”<sup>13</sup>, agregando que “estos elementos permiten explicar, en función del interés público existente en la construcción, conservación y explotación de la Obra Pública concesionada, las potestades tanto procedimentales como sustantivas que la Ley de Concesiones reconoce al Estado, en cuanto parte del contrato, potestades claramente exorbitantes respecto del Derecho Común: entre las primeras, *potestad de inspección y vigilancia de la concesión* (Art. 29 y ss.); *de interpretación unilateral del contrato*, sin perjuicio de las facultades de los órganos jurisdiccionales y de la Contraloría General de la República; *potestad sancionatoria* (Arts. 18, 29 y 30 N°1) etc.; entre las últimas, *ius variandi o potestad de modificar unilateralmente el objeto del contrato, por razones de interés público* (Art. 19); *de suspensión temporal de la concesión, con arreglo causales de los Arts. 26, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora* (Art. 30° N°2), entre otros.”<sup>14</sup>

### 1.3.2. Elementos del contrato de concesión de obra pública.

En cuanto a los elementos del contrato de concesión de obra pública, es preciso señalar que ellos se desprenden de la ya citada norma del artículo 1

---

<sup>13</sup> MORALES NÚÑEZ, José Miguel y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco Antonio. El contrato de concesión de obra pública. Fundamentos de Derecho Administrativo. Santiago, Chile (Enero de 2001), pp. 165 y 166.

<sup>14</sup> *Ibíd*, pp. 166.

del D.S. N° 900/96 del MOP, existiendo acuerdo en la doctrina en que son los siguientes:

- Un particular, el concesionario, quien asume la construcción, explotación y/o mantención de la obra pública respectiva.

- Derecho a la explotación de la obra, que en palabras de los memoristas César Barrales Betancourt y Christian Vargas Gallegos “constituye la contraprestación que a la Administración le correspondería entregar al concesionario, en su carácter de co-contratante, la cual, en el caso de la concesión se traduce en el derecho que ostenta el concesionario para explotar económicamente la obra realizada, por un determinado período de tiempo y a cambio de una tarifa o peaje que pagarán los usuarios por su utilización”.<sup>15</sup>

- Un tercer elemento del contrato en comento está dado por lo que se conoce como la contraprestación de que es beneficiario el concesionario, que en este caso viene determinada por los cobros que se realizan a los usuarios de la obra pública determinada, asumiendo estos la obligación que comúnmente, en este tipo de contratos, correspondería al Estado.

---

<sup>15</sup> BARRALES B., César y VARGAS G., Christian. Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos. Santiago, Chile (2012), pp. 18.

### I.3.3. Características del contrato de concesión de obra pública.

Para comenzar a cerrar el análisis en torno al contrato de concesión de obra pública, es necesario que se clarifiquen sus características, puesto que una acertada inteligencia acerca de ellas otorgará claras luces sobre lo que en la práctica significa dicha figura en nuestra legislación. Así, encontramos como principales características, además de ser un contrato principal -que subsiste en la vida del derecho sin necesidad de otro pacto adicional- existiendo acuerdo en la doctrina generalizada de su concurrencia, las siguientes:

- Es, antes que todo, un contrato de Derecho Público, con alcances que atañen al Derecho Privado. Lo anterior, toda vez que en cuanto a los vínculos público–privado (entre el MOP y la Sociedad Concesionaria) se sujeta a las normas del primero, y en cuanto a las relaciones del concesionario con terceros se sujeta a las normas del Derecho Privado, existiendo seguramente mayor libertad contractual.

- Sin lugar a dudas es un contrato bilateral, puesto que el vínculo contractual que genera obligaciones para el concesionario, también las genera para el MOP, como entidad fiscal, quedando obligados uno respecto del otro. En definitiva, se aplica perfectamente aquella máxima contractual que dispone que cuando ambas partes se obligan recíprocamente, el contrato es bilateral.

- Exige, para su perfeccionamiento, la observancia de ciertos requisitos de solemnidad, siendo por consiguiente un contrato solemne. Ahondando en las solemnidades exigidas, estas son esencialmente dos: por una parte, la suscripción y protocolización del Decreto Supremo de Adjudicación y su publicación en el Diario Oficial con las firmas de los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda, y por otra la constitución de la Sociedad Concesionaria (que pasa finalmente a ser el concesionario).

- Es además un contrato oneroso conmutativo. Sobre el particular, basta decir que tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, toda vez que se graban una en beneficio de la otra, lo cual lo hace caer en la categoría de oneroso. Es a su vez conmutativo –aunque esto es discutible– ya que a priori las prestaciones que se deben uno y otro contratante se aprecian como equivalentes entre sí. Sin embargo, dado el tipo especial de contrato en análisis, y especialmente su alto porcentaje de variabilidad en cuanto a los *ingresos* –factor que, en la explotación de la obra, es el único del que goza el concesionario– ésta contraprestación puede verse afectada, aunque de cualquier forma se introducen en el contrato medidas tendientes a aplacar los supuestos efectos negativos que podría sufrir el concesionario.

- Es un contrato nominado, ya que ostenta una consagración legal que lo conceptualiza en cuanto a sus elementos, además de existir una serie de reglas a aplicarse en su desarrollo.

- Es asimismo, un contrato de adhesión, ya que el concesionario se ve subsumido en su voluntad a aceptar las cláusulas impuestas por el MOP en su calidad de “dueño” del contrato, sin posibilidad de efectuar reparos o modificaciones a estas. Demás está decir que, pese a ello, el concesionario puede o no suscribir el vínculo, existiendo libertad en este sentido, puesto que existen una serie de principios rectores de la libertad contractual que informan en tal sentido, los cuales deben respetarse en su calidad de tales, no estando ninguna persona o entidad por sobre ellos.

- Por último, presenta la particularidad de ser un contrato de tracto sucesivo, toda vez que el vínculo se extiende en el tiempo a lo largo de toda la ejecución, que puede ser continuada, esto es única sin interrupción en el tiempo, o periódica, cuando se trata de una serie de prestaciones a cumplirse en diferentes plazos estipulados.

#### **I.4. Etapas del contrato de concesión de obra pública chileno.**

Como es lógico suponer, toda concesión de obra pública en Chile antes de llegar al íter contractual propiamente tal, tiene una fase de precalificación, licitación y de adjudicación que está reglamentada en la Ley de Concesiones a que hemos hecho mención. Existe una presentación de bases, ofertas, y de selección técnica que no viene al caso mencionar, toda vez que nuestra obra pretende analizar las etapas del *contrato de concesión* una vez perfeccionado,

lo que en la práctica se entiende desde que el adjudicatario suscribe el Decreto correspondiente ya expedido por la autoridad competente, en la Notaría respectiva, y envía las copias debidamente firmadas a la Fiscalía del MOP. Desde ese momento, se inicia la primera etapa en el Contrato. La construcción de la Obra.

#### **I.4.1. Construcción – ejecución.**

La etapa de construcción se inicia, como hemos mencionado, desde el otorgamiento del Decreto adjudicatorio respectivo, emanado de la autoridad competente (que en el caso en estudio, sería el Ministerio de Obras Públicas). Esta etapa se extiende hasta la puesta en servicio provisoria de la concesión. Bien puede estipularse la duración de la construcción en el mismo contrato, como mecanismo de control y prevención de riesgos para ambas partes: Para el concesionario por un lado, ya que al poder pactarse la entrega *parcial o por etapas* de la construcción (comúnmente, mediante Hitos) va a garantizar el reconocimiento de su obra, con el pago correspondiente a cada etapa, minimizando los riesgos económicos que implicaría una sola entrega o recepción final; y para el Estado (MOP) por el otro, ya que limitar la duración de la etapa de construcción le permite tener certeza respecto de cuándo entrará en operación la obra, aplicar multas por incumplimiento de Hitos, multas por atrasos en las entregas, falta de fiscalización debida por los ITO, entre otros

parámetros que habitualmente se tendrán en consideración durante la ejecución de esta etapa.

El artículo 22 del D.S. MOP 900/96, regula expresamente el régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra. En su N° 2, el artículo citado refiere que “las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndoles hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores (subcontratos)”.<sup>16</sup> Queda claro, entonces, que el tratamiento de los riesgos durante la construcción de la obra no es el tratamiento genérico que encontraríamos, por ejemplo, en un contrato celebrado entre dos particulares que se rige por las normas del Código Civil (donde el riesgo de la especie o cuerpo cierto es del acreedor, sin perjuicio de la facultad de las partes de poder pactar algo distinto). Entonces, el régimen que establece este artículo –con requisitos tales como estar inscrito en el Registro de Contratistas del MOP- tanto para el concesionario como para los subcontratistas, nos habla de un riesgo que mayoritariamente es asumido por el concesionario. Es más, en caso de discrepancia, el arbitraje al cual se someterán el concesionario y el MOP será “con pronunciación de sentencia

---

<sup>16</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 22 N° 2. Subrayados nuestros. A renglón seguido, se señala que “No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroge el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de licitación”.

definitiva con aplicación estricta de la ley” según señala el mismo artículo, lo que siempre favorecerá al Fisco.

Por otro lado, el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Concesiones (D.S. MOP N° 956/99) nos señala que la etapa de construcción, si la hubiere, comenzará con los estudios de ingeniería si procedieren, y con el inicio de la ejecución de las obras de acuerdo con lo estipulado en el contrato de concesión, y finalizará con la puesta en servicio provisoria. Ahora bien, esta etapa se rige por lo dispuesto en este Reglamento y por las respectivas bases de licitación, comprendiendo: a) La realización de los estudios previstos en las bases de licitación; B) La construcción de las obras señaladas en las bases de licitación; C) El mantenimiento y reparación de las obras preexistentes en el estándar que dispongan las bases de licitación, desde el inicio del contrato; D) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar la obra entregada en concesión; y E) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a áreas de servicios conforme a lo estipulado en el artículo 32° D.S. 900/96.<sup>17</sup> Por lo tanto, y sólo a modo indicativo, podemos encontrar ya los *riesgos principales en la etapa de construcción*, que dicen relación con: Expropiaciones, incumplimiento de plazos (tiempo) otorgado para la construcción de la obra, riesgos geológicos y/o arqueológicos, cumplimiento de la legislación ambiental, entre otros que ya serán objeto de un análisis detallado.

---

<sup>17</sup> D.S. MOP N° 956/97. Reglamento del D.S. MOP N° 900/96 (Ley de Concesiones de Obras Públicas).

#### **I.4.2. Operación.**

La etapa de operación de la Obra, comienza desde la puesta en servicio provisoria y se extiende de manera continua, ininterrumpida (salvo por caso fortuito o fuerza mayor) y con normalidad. El concepto de “normalidad” ha sido blanco de críticas, ya que no existe definición legal sobre qué comprende la normalidad. Sí sabemos que debe estar establecida de acuerdo al contrato de concesión, con un estándar de responsabilidad para el concesionario acorde a las Bases de Licitación y al contrato en sí.

Esta etapa, está regulada en profundidad tanto por el D.S. N° 900/96 MOP como por su Reglamento, en los artículos 23 y 54 respectivamente. Existen, por supuesto, riesgos aparejados a esta etapa que serán tratados sucintamente en lo pertinente.<sup>18</sup> De momento, sólo bastará señalar que la etapa de operación contempla no sólo la prestación del servicio básico a los usuarios, con los estándares predefinidos en las Bases respectivas, sino también la conservación de la obra en óptimas condiciones de uso, el cobro de tarifas que pagarán los usuarios por los servicios básicos recibidos, la ejecución de ciertas obras que deban construirse una vez que la obra haya sido puesta en servicio, el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales en que se desarrolle la obra entregada en concesión, o destinadas a áreas de servicios.

---

<sup>18</sup> Al respecto, en el Capítulo IV de la presente obra trataremos los riesgos para el concesionario en la etapa de explotación, siendo lo verdaderamente atinente determinar cómo los riesgos sufridos en la fase de construcción afectarían, en definitiva, la explotación de la obra.

Entonces, el servicio ininterrumpido (salvo caso fortuito o fuerza mayor como hemos señalado) otorga un derecho de cobro al concesionario mediante diversos mecanismos (uso efectivo, como sucede con el Tag o derecho de paso, que es la manera tradicional de cobro). Adicionalmente, durante la fase de operación de la obra se puede contemplar el uso de tarifas diferenciadas, para desincentivar su uso manteniendo así el estándar exigido para dicha autovía. Es lo que ocurre con las autopistas urbanas concesionadas, y sus tarifas planas (*tarifa base*), tarifa por congestión (*tarifa horario punta*) y la tarifa por saturación (*tarifa horario saturado*, que corresponde a un monto superior a la del horario punta, que busca disuadir a los usuarios del sistema concesionado para que utilicen las vías públicas o caminos locales, que estarían siendo subutilizados en dicho momento).

Todos estos estándares de servicio, derecho de cobro, responsabilidades del concesionario, fiscalizaciones tanto por parte del Estado como del mismo concesionario, entre otros aspectos, se promocionan desde la puesta en servicio provisoria (con lo que se inicia la etapa de explotación de la obra propiamente tal). Transcurrido un año desde este momento, se podrá pedir la puesta en servicio definitiva, para lo cual se constituye una comisión conformada por la Dirección General de Obras Públicas, Vialidad, y el MOP. De no haber obras inconclusas, o defectuosas que hagan meritoria la imposición de una multa, se procederá a la puesta en servicio definitiva.

### **I.4.3. Conservación.**

La conservación de la obra pública dada en concesión, significa mantenerla en óptimas condiciones de funcionamiento. Por lo tanto, la conservación va a corresponder a las reparaciones necesarias de las obras o instalaciones construidas por el concesionario o preexistentes en el área de la concesión, con el propósito de que éstas mantengan o recuperen el nivel de servicio para el que fueron proyectadas, tanto en su cantidad como en su calidad. También se entienden incluidas dentro de este concepto las medidas preventivas necesarias para que no se deterioren las obras o instalaciones.<sup>19</sup>

La conservación de la obra toma especial importancia en una concesión, ya que el principal propósito que tuvo el MOP al licitar determinada obra (sobre todo con las rutas concesionadas) es mantener un estándar de calidad elevado, a completa satisfacción del usuario. La vida útil de estas obras no suele ser mayor. La única forma de mantener el perfecto funcionamiento es con una mantención reglada, periódica, con estándares predefinidos que abarquen la totalidad de la obra y su duración en el tiempo. Lo usual es que se establezca un *plan de mantención* que supone una mirada a largo plazo, junto con un programa de conservación de carácter anual (normalmente) que busque poner en funcionamiento dicho plan, con la debida observancia a la señalética

---

<sup>19</sup> D.S. MOP N° 956/97, artículo 3. Reglamento del D.S. MOP N° 900/96 (Ley de Concesiones de Obras Públicas).

de seguridad vial, plazos, medidas de mitigación de posibles inconvenientes durante la ejecución de las obras, etc.

Tanto la Ley de Concesiones como su respectivo Reglamento, no distinguen mayormente entre la *explotación* de la obra y la *mantención* o *conservación* de la misma, englobando ambas etapas en una sola: La explotación. Considerando siempre, por supuesto, la mantención de la obra en óptimas condiciones de uso según lo exijan las bases de licitación. Tal es la exigencia contemplada en los artículos 54 letra b) del Reglamento, y artículo 9 letra a) del D.S. N° 900/96 del MOP.

No obstante lo anterior, sí podría considerarse que un contrato de concesión de obra pública tiene por objeto la *conservación* de la obra, exclusivamente, una vez que haya concluido el plazo de las concesiones, en cuyo caso deberá darse nuevamente en concesión –en lo posible, sin solución de continuidad entre ambas concesiones- para su conservación dividida o integrada conjuntamente con otras obras.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 25. Lo anterior debe entenderse conjuntamente con el art. 9 letra b), que señala expresamente cuál será el objeto del contrato de concesión: “la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales”. Asimismo, el artículo 24 del mismo cuerpo señala “el concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas”, dando clara muestra de que ambos aspectos (explotación o uso, y conservación o mantenimiento) deben tratarse conjuntamente.

## **Capítulo II. Aspectos relevantes en un contrato de concesión de obra pública.**

### **II.1. Equilibrio económico vs. Equilibrio político.**

La doctrina francesa, nos indica Dolores Rufián, es una de las más avanzadas en materia de concesiones de obras públicas. Su teoría, reformulada a comienzos del siglo pasado, buscaba esencialmente la “igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas”,<sup>21</sup> que debían sopesarse para alcanzar el equilibrio entre los beneficios esperados, y las pérdidas que es posible prever.

No es que se busque garantizar un nivel determinado de lucro o ganancia al concesionario, sino que se busca satisfacer en buena medida el interés público que reviste el contrato de concesión otorgado, pues es este interés general el que debe marcar la proporcionalidad de toda alteración posterior, modificación o contratiempo que sufra el concesionario.

Por lo tanto, el equilibrio *político del contrato de concesión*, dice relación con la obligación del Estado de mantener en orden y en plena vigencia los elementos que estaban presentes al momento de contratar. Es una garantía de seriedad que otorga el Estado, que se manifiesta en el interés público presente

---

<sup>21</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Editorial Fondo de Cultura Económica (1999), pp. 235.

a lo largo de toda la concesión (vigencia), y que debe sobrepasar a toda contingencia. O al menos, intentar sobreponerse a ellas.

Por otro lado, el equilibrio *económico* se refiere principalmente a la mantención del precio pactado al contratar, durante la vigencia de la concesión, pues este es sin duda el factor esencial que tuvo en cuenta el concesionario a la hora de invertir en la obra. Que todos los participantes de la licitación se encuentren en “igualdad de condiciones” al iniciarse dicho proceso, no obsta a que con posterioridad se permita alterar la propuesta, modificando (a veces de forma bastante sustancial) las condiciones de la obra o servicio en términos tales que se alejen de lo previsto al iniciarse el contrato. Se ha sostenido que estas modificaciones, en cuanto sean compensadas y negociadas por las partes, no afectan la igualdad de condiciones a participar de la licitación, ya que cualquiera que hubiera sido el adjudicatario de la obra se habría encontrado con una modificación que es igualmente necesaria para todos, teniendo todos idéntico derecho a negociar por la misma.

## **II.2. Eventos que pueden modificar el equilibrio económico del contrato.**

Sabemos que el equilibrio económico del contrato de concesión busca distribuir los riesgos de forma pareja entre las partes contratantes, a lo largo de la ejecución del contrato. Según la antigua Ley de Concesiones (previo a su modificación en 2010), en sólo cuatro ocasiones se podía modificar este

equilibrio (constituyendo por lo tanto, un riesgo que el concesionario debía prever) que revisaremos rápidamente:

a) *Modificación de las características del proyecto por razones de interés público (modificación unilateral del contrato)*: Es por mucho, una de las situaciones más conflictivas que puede producirse en la vida de una concesión. Como hemos visto, el “principio del equilibrio financiero del contrato de concesión exigirá una adecuada compensación al concesionario”,<sup>22</sup> y el MOP podrá exigir del concesionario las obras necesarias siempre que se justifiquen las razones de interés público; conviene señalar que *el interés público* es el presupuesto con el que se contrató (contenido en las bases de licitación) y por consiguiente, si éste sufre modificaciones, la Administración estará obligada a modificar el contrato si el interés público ya no es satisfecho con la obra contratada. Es obligatoria la aceptación de las modificaciones para el concesionario, dentro de ciertos márgenes que sólo podrán determinarse en las mismas bases de licitación.

b) *Modificación de las características del proyecto por insuficiencia de la obra concesionada para la prestación de servicios determinada en el contrato de concesión (modificación por acuerdo de ambas partes)*: A este respecto, la legislación contempla la posibilidad de suscribir un convenio complementario al contrato de concesión, mediante el cual se modifique el contrato original por

---

<sup>22</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 238. Lo enunciado se contiene en el artículo 19 del D.S. MOP N° 900/96.

acuerdo de ambas partes. Sin embargo, debemos tener presente ciertos alcances a esta modificación:

- Si el interés público no aconseja la modificación, el contrato debe permanecer inalterable (sólo se complementa).

- Mediante el convenio, no se pueden modificar las relaciones económicas del contrato de concesión (no puede ofrecerse al concesionario un ingreso no contemplado en el contrato original).<sup>23</sup>

- Así, las compensaciones al concesionario pueden producirse en las tarifas u otros factores del régimen económico o en el plazo de la concesión.

c) *Teoría de la Imprevisión*: El concesionario podrá renegociar los términos financieros de la concesión en caso de circunstancia imprevisible que pudiese perturbar el equilibrio financiero inicialmente previsto. En estos casos, la Administración debe acudir en ayuda del concesionario pues se trata de riesgos que no se pudieron prever en la etapa de licitación o que surgieron de forma imprevista, compartiendo aquellos riesgos con el fin de evitar el colapso total del servicio concedido, pues “en nada beneficia al interés público el aplicar la resolución del contrato por aplicación rigurosa de la *lex contractus*”.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 241. A este respecto, la autora señala que “las modificaciones contractuales permiten restablecer el equilibrio financiero con el que el concesionario contrató, pero nunca mejorar y ofrecer lucros adicionales”.

<sup>24</sup> *Ibíd*, pp. 244. Para que sea aplicable la solución por teoría de la imprevisión, debe tratarse: 1) De un imprevisto sobreviniente por causas posteriores al contrato que no hayan podido preverse al tiempo de la celebración, y 2) El

d) *Modificación de las características del proyecto por acciones u omisiones cometidas por el Estado, que pudieran afectar el equilibrio del contrato*: Corresponde a cualquier acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, que habilita al concesionario para requerir una reparación. Sólo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la relación contractual dará lugar a la aplicación de esta teoría, actos que Roberto Dromi clasifica en función de su causa, pudiendo tener una causa *política*, una causa *normativa* o una causa *administrativa*. Por ejemplo: Una nueva medida adoptada por el Estado para la señalización de caminos públicos, nuevas características técnicas para la conservación, nuevas modalidades de cobro de peaje (Tag u otros dispositivos electrónicos), en fin, medidas en las cuales no se pretende una modificación directa del contrato de concesión, pero que sí suponen un desembolso adicional para el concesionario que muchas veces puede parecer riesgosa, o exorbitante. Para estos casos, la figura de la revisión de tarifas (Ley de Concesiones) permite efectuar la compensación necesaria para equilibrar financieramente el contrato.

### **II.3. De los riesgos que implica la modificación del contrato.**

Como mencionábamos al analizar el sistema de concesiones de obras públicas en Chile, normalmente los proyectos de construcción de estas

---

cumplimiento de la obligación debe importar al concesionario un desembolso extraordinariamente oneroso, más grave del riesgo normal del contrato. Habrá que atender, entonces, a qué tipo de obra pública se trata, su emplazamiento, trazado e inversión.

contemplan posibles cambios en ellas en el futuro. Cuando ellos no han sido contemplados originariamente en el contrato, obligan a modificarlo, lo que lógicamente genera nuevas situaciones que deben adecuarse a la concesión.

Han existido críticas a este tipo de hechos, señalándose que existirían abusos, falta de transparencia o derechamente “negociados”, pero lo cierto es que para lograr la modificación de un contrato por parte del concesionario debe seguirse un estricto camino, que implica una negociación con el MOP y luego con el Ministerio de Hacienda, firmando el decreto respectivo el Ministro de dicha cartera y también el Presidente de la República, no debiendo obviarse el hecho de que también estos actos están afectos al control de la Contraloría General de la República.

- Clasificación general:

1) Ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato por alteración de la ecuación económica.<sup>25</sup>

Según Dolores Rufián, la ruptura del equilibrio en la concesión puede deberse a “medidas administrativas generales” que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden en el mismo; al ejercicio del “ius variandi” (alteración de la Administración concedente de las condiciones originales en que se estructuró el contrato); o bien, por “teoría de la

---

<sup>25</sup> FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Riesgo y ventura en la concesión de obra pública, en Revista de Derecho de la Unión Europea N°7 (2004), pp. 188.

imprevisión”. Preciso es indicar, que la evaluación del sistema de concesiones de obras públicas implementado en Chile es bastante favorable<sup>26</sup>, pero hay un aspecto en el que aún no hay consenso, siendo riesgoso para el concesionario. Hablamos de *las renegociaciones*, las que “son frecuentes y los montos envueltos en las mismas son considerables (...) si se considera el presupuesto original de las obras dadas en concesión, se concluye que un 25% del dinero invertido fue agregado después de la adjudicación del proyecto, sin una licitación competitiva, sea para modificar o agregar obras nuevas”,<sup>27</sup> poniéndose de manifiesto que este es un problema grave del sistema de concesiones chileno ante el cual el concesionario debe resguardarse pues ha significado un menor dinamismo en la adjudicación de proyectos (en especial los de mayor envergadura), generando incertidumbre, errores de diseño y por sobre todo, demoras en la ejecución.

**2) Ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato por alteración de la ecuación política:**

En este sentido, “durante la ejecución de los contratos de concesión pueden producirse contingencias de distinto origen que modifiquen los elementos esenciales del contrato (...) el principio de la buena fe y reciprocidad en los contratos administrativos exigirá su adaptación a las nuevas

---

<sup>26</sup> Según *World Economic Forum*, Chile es el único país en Latinoamérica en alcanzar un nivel mundial en la satisfacción del público por los servicios de la infraestructura privada, transparencia y el entorno macroeconómico del país. Fuente: Libertad y Desarrollo (2009).

<sup>27</sup> DOMPER, María de la Luz. Concesiones de Obras Públicas: lo que hemos avanzado y cuánto ha ganado Chile, Editorial Libertad y Desarrollo (2009), pp. 24. Subrayados nuestros.

circunstancias”.<sup>28</sup> En este sentido, ya no hablamos de una renegociación del contrato, sino de una *reconversión* del mismo.

La diferencia radica en que la renegociación contiene los mismos elementos o componentes del contrato original (aquel que fue objeto de licitación pública), cambiando sólo las modalidades, el precio, el plazo u otros factores que afectan al concesionario. En cambio, la *reconversión* es una novación por sustitución, hay un cambio en el objeto, una alteración de los elementos que componen el contrato. Vale decir, en la reconversión opera la actualidad del interés público que ha variado durante la plenitud del periodo de concesión, su ejecución, debiendo el concesionario adaptarse a los nuevos requerimientos que ordene cumplir la Administración. En palabras de Rufián, “la renegociación se asocia al quebranto de la ecuación económica, y la reconversión al de la ecuación política”.<sup>29</sup>

#### **II.4. Principales motivos que influyen en la decisión de modificar un contrato ya suscrito.**

Dentro de lo que la experiencia ha entregado en torno a los contratos de concesión de obra pública como un elemento a considerar al realizar un análisis de estos, se encuentran las modificaciones que puede sufrir cuando ya ha sido suscrito. En efecto, pese a ser este contrato uno de aquellos

---

<sup>28</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 235.

<sup>29</sup> *Ibíd*, pp. 237.

generalmente muy claros y sin ambigüedades –muestra de ello son las obligaciones, derechos y plazos que genera– pueden ocurrir situaciones externas que obliguen a modificarlos, incluso esencialmente, con el objeto de adecuarlos a nuevas realidades y lograr su cometido de forma íntegra y teniendo por delante siempre el interés general y el desarrollo de las políticas públicas, especialmente en el área de las obras públicas (hospitales, carreteras, entre otros).

Así, es posible encontrar una serie de motivos que pueden incidir en la modificación de un contrato de concesión de obra pública, siendo los principales los siguientes:

#### **II.4.1. Razones de interés público.**

Uno de los principales motivos que pueden influir en la decisión de modificar un contrato de concesión de obra pública radica en las denominadas razones de interés público.

La base legal para proceder a ello se encuentra tanto en el artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, como en el artículo 39 de su Reglamento, que habilitan al MOP, desde que se perfeccionó el contrato, para que pueda modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados.

No puede dejar de mencionarse, por otra parte, que a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.410, de enero del año 2010, el Presidente de la República, por razones de interés público, puede poner término a la concesión anticipadamente.

Para abordar este punto, se hace necesario comprender lo que se ha entendido comúnmente por “interés público”.

a.1) El interés público.

En nuestro país, y nos atrevemos a decir que en la legislación a nivel latinoamericano, el interés público ha estado presente a nivel constitucional desde hace largo tiempo, ya sea consagrándolo como tal, o mencionándosele como el “intereses general”, siendo un concepto muy ligado al bien común.

En este sentido, compartimos la mención que realizan los memoristas José Miguel Morales y Marco Antonio Villagra a lo expuesto en las Actas Oficiales de la Nueva Constitución Política, en cuanto a que se busca la instauración “como principio fundamental el que todos los actos de la autoridad deben estar presididos y determinados por el superior concepto de bien común,

porque éste constituye la verdadera razón de ser del gobernante, llamado a lograr el bienestar espiritual y material del pueblo”.<sup>30</sup>

Si bien no se encuentra una definición expresa de lo que se entiende por tal, creemos que lo planteado por las autoras nacionales Marisol Peña Torres y Cecilia Rosales Rigol en cuanto a que al hablar de interés público se lo hace considerándolo como todo lo que limita los derechos individuales, resultando por tanto clarificador, su comentario al señalar que “el interés público (o colectivo) se ha erigido como un importante límite al ejercicio de derechos de corte individual. Así, por ejemplo, la jurisprudencia contencioso–administrativa alemana ha desarrollado la denominada “cláusula de comunidad”, según la cual pertenece a la esencia de los derechos fundamentales el que no se les pueda hacer valer cuando con ello se hagan peligrar bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad”.<sup>31</sup>

Teniendo claro entonces que el interés público es, principalmente, lo que determina el actuar en sentido de poner por delante a la comunidad, antes que los intereses particulares, resulta clara la aplicación de esta institución en la materia, toda vez que las obras públicas cuya concesión se entrega apuntan justamente a satisfacer las necesidades de todos los habitantes del país, sin

---

<sup>30</sup> Actas Oficiales de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, sesión 18ª (22 de Noviembre de 1973), pp. 23.

<sup>31</sup> PEÑA TORRES, Marisol y ROSALES RIGOL, Cecilia. El interés público en el Constitucionalismo postmoderno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII (Valparaíso, Chile, 2001), pp. 14.

exclusiones ni excepciones de ningún tipo, ya sea una autopista, un hospital, o un colegio, entre otros.

a.2) Ejemplos de alteración del interés público.

Cabe preguntarse, entonces, en qué casos podría existir un inconveniente en un contrato de concesión de obra pública que pudiera poner en riesgo el interés superior de la colectividad, de tal forma que se hiciera necesario proceder a modificarlo.

Pensemos en el caso de una autopista cuyo contrato de concesión está perfectamente acordado para que comience la construcción, pero saltan a la vista deficiencias en los planos, las que sin duda incrementan seriamente el riesgo de accidentes, y que obligan a introducir modificaciones en los mismos, incidiendo estas a su vez en la modificación del contrato, ya que ciertamente habrán costos asociados a los nuevos estudios y a las nuevas obras, por mencionar solo algunos. Como este caso pueden presentarse otros, en colegios, hospitales, cárceles, donde habrá que realizar nuevas cubicaciones de las cantidades de material a emplear en la construcción, nueva maquinaria, nuevos estudios, alteraciones en los planes de construcción previstos, y un sinnúmero de componentes que nuevamente habría que ajustar.

Otro caso que es de común ocurrencia está vinculado a los costos del contrato. Es posible que el contrato de concesión de obra pública ya adjudicado

y perfectamente afinado, cumpla con todos los requisitos de forma y fondo, esté perfecto en sus cláusulas y se adecúe a las BALI, pero se hacen notorios costos excesivamente elevados que obligan a reevaluarlos, concluyendo el proceso en costos razonables y acordes a las obras en cuestión. Recordemos el viejo adagio, “a lo imposible, nadie está obligado”: Cómo se podrá, entonces, readecuar los nuevos costos del contrato atendido el nuevo monto de los mismos, es la pregunta que se debiese responder con estricto apego al tenor del contrato (y de la ley, por cierto).

En este supuesto, lo que se está poniendo por delante es precisamente el interés público, ya que se transparentan los distintos costos, lográndose mayor certeza y seguridad jurídica.

O incluso a nivel aún más general: Bien podría ocurrir que se haya avanzado adecuadamente en todas las etapas de la concesión de una determinada obra pública, hasta la firma del contrato de concesión inclusive, pero la ocurrencia de fenómenos naturales provoca daños de consideración en otras obras, de distinta naturaleza, los cuales impiden su utilización, y que deben ponerse nuevamente en funcionamiento por su necesidad para la población, debiendo readecuarse los plazos originales de la obra en cuestión. Podría, en efecto, ocurrir un terremoto que provoca daños en hospitales y colegios de una determinada ciudad. Suponiendo que previamente se licitó la construcción de una nueva cárcel en la misma ciudad, estando ya firmado el

contrato de concesión, y que las obras debían comenzar justamente durante la semana que ocurre el sismo, perfectamente el Estado puede dar prioridad a reconstruir las obras dañadas, dando lugar a un proceso de licitación para ello. Así, se posterga el inicio de la construcción de la obra que según estaba contemplado originalmente, debía comenzar en esa semana.

a.3) Caso práctico: Camino Internacional Ruta 60-CH.

Como vemos, pueden ser diversos los casos que pueden incidir en la decisión de modificación de un contrato de concesión de obra pública, estando el interés público o general de por medio, obligando a realizar cambios respecto de lo originalmente pactado.

Es importante mencionar que lo expuesto no obsta a la existencia de indemnizaciones que puedan ser aplicables, siempre que estas estén previamente definidas en el contrato de concesión y de acuerdo a la legislación. Al respecto se ahondará al tratar los riesgos de la etapa de construcción de la obra.

Resulta atingente traer aquí el Decreto Supremo MOP N° 98 del 25 de mayo de 2010, en el marco de la concesión para la ejecución, conservación y

explotación de la obra pública fiscal denominada “Camino Internacional Ruta 60-CH”, que en lo trascendente, luego de establecer “que se ha estimado de interés público y urgencia la ejecución del Proyecto de Ingeniería de Detalles de la Alternativa T2-A, toda vez que ello es fundamental para la posterior disposición de las obras de doble calzada de la futura Ruta 60-CH por la comuna de Panquehue, lo que permitirá, una vez ejecutada, mejorar los estándares de seguridad y servicio de la ruta”,<sup>32</sup> dispone que “Modifíquense, por razones de interés público, las características de las obras y servicios del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada Camino Internacional Ruta 60-CH, en el sentido que la Sociedad Concesionaria Autopista de Los Andes S.A. deberá desarrollar el denominado Estudio de Ingeniería de Detalles de la Alternativa T2-A, Doble Calzada Borde Río de la Concesión de la Ruta 60-CH, Tramo 2: Fin Variante Los Andes – Fin Variante Panquehue, V Región”,<sup>33</sup> ello para efectos de lograr la mejor alternativa para el paso de la ruta por el sector correspondiente a la comuna de Panquehue, considerando que lo inicialmente acordado no cumplía con las condiciones necesarias para la adecuada finalización de las obras en dicho tramo. Parecería entonces, lógico que las modificaciones de un tenor similar al expuesto se realicen precisamente por esa vía, mediante Decreto Supremo expedido al efecto por el Ministerio respectivo.

---

<sup>32</sup> D.S. MOP N° 98/2010.

<sup>33</sup> D.S. MOP N° 98/2010.

#### **II.4.2. Los acuerdos entre el MOP y el concesionario respecto de incrementar los estándares de calidad de la obra.**

Este caso reviste especial importancia, en el entendido de que necesariamente la incrementación de los estándares de calidad de una obra va aparejada a cambios en las necesidades originales que se tuvieron en consideración para la concesión de la obra pública de que se trate.

La base legal que permite la suscripción de estos acuerdos se encuentra en el artículo 20 del D.S. MOP N° 900/96, modificado por la Ley N° 20.410, en cuyo inciso primero se establece que “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”.<sup>34</sup>

Se dispone asimismo que será en las Bases de Licitación donde se estipulará el monto máximo de la inversión que el MOP y el concesionario podrán acordar, además del plazo máximo en que se estará facultado para introducir modificaciones a las obras componentes de la concesión.

---

<sup>34</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 20, inciso primero.

Un punto en que es interesante detenerse dice relación con el límite legal a los costos de las nuevas obras implicadas en la concesión, el que en ningún caso podrá superar el 25% del presupuesto original y oficial aprobado.

El inciso final del artículo 20 citado, en cuanto a un tema reglamentario, establece finalmente que la aprobación del convenio complementario se efectuará a través de un Decreto Supremo del MOP, que deberá ser fundado y llevar la firma de los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda, disponiendo la obligatoriedad previa de un informe de la Dirección que corresponda (Vialidad, Obras Públicas, etc.) ilustrativo a propósito de los impactos que generen las modificaciones respecto de los niveles de servicio originalmente acordados, de la valoración de las inversiones y del respeto a la proporcionalidad de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios descritos en el contrato de concesión respectivo.

Generalmente, los acuerdos que se implementan en este sentido responden a necesidades estructurales que van de la mano con el desarrollo de otros factores, como por ejemplo el crecimiento de los parques automotrices en las diferentes zonas de las respectivas Autopistas concesionadas, lo que en algunos casos obliga a implementar una segunda calzada o ensanchar las bermas, así como mejorar las salidas y enlaces.

En efecto, podría ocurrir que una autopista cuyo flujo vehicular se evaluó en determinado número de vehículos por minuto, de tal forma que se requería solo una pista por sentido, luego, al momento de dar curso a la construcción, resulta ser un número superior de vehículos a lo que se había previamente evaluado. Perfectamente el MOP y el concesionario pueden explorar posibilidades de acuerdos tendientes a cambiar el estándar de calidad de la obra, pasando, entre otras medidas, de ser de una pista por sentido, a dos, con un consiguiente ensanchamiento de las bermas. Esto resulta lógico: de qué otra manera se podría construir una obra de calidad, que beneficie la vida de los usuarios, pero a su vez significa un sobrecosto que para el concesionario puede significar replantearse el propósito de la concesión otorgada.

Un ejemplo de aplicación de este tipo de casos, se dio en la concesión de la Ruta 5 tramo Talca – Chillán, donde a lo largo de los cinco convenios celebrados entre el MOP y la Sociedad Concesionaria Ruta del Maule S.A. se ordenó la construcción de una serie de mejoramientos, nuevas obras y complementaciones de las ya existentes, con el fin de mejorar ostensiblemente los estándares de calidad de la ruta concesionada, particularmente completando la ampliación a segundas calzadas.

Así lo grafica la memoria de la Empresa Calificadora de Riesgo Humphreys en torno a esta concesión, donde en lo particular se expone que en el convenio Número Dos se acordaron “mayores obras para el mejoramiento de

la seguridad de las vías”<sup>35</sup> y en el convenio Número Cuatro “la construcción de un nuevo by-pass a la ciudad de Chillán”<sup>36</sup>, lo cual trajo consigo los consiguientes costos mayores, que luego fueron motivo de controversias entre el MOP y el concesionario, derivando a la postre en la intervención de una comisión conciliadora, constituida luego en comisión arbitral.

#### **II.4.3. Motivos sobrevinientes. Teoría de la imprevisión.**

Otro evento que puede influir en la modificación de un contrato de concesión de obra pública está relacionado con la ocurrencia de casos en que tenga aplicación la teoría de la imprevisión, la cual goza de gran aceptación en la legislación a nivel mundial, desde hace mucho tiempo, y que se ha ido acogiendo en Chile.

Nuevamente encontramos el artículo 19 del D.S. MOP N° 900/96 como base para sustentar esta argumentación en torno a la modificación de un contrato ya suscrito, el que en su inciso primero dispone que “el concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los

---

<sup>35</sup> Caso Ruta del Maule Sociedad Concesionaria. Humphreys, Chile. Octubre de 2012.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

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”.<sup>37</sup>

A este respecto, la autora mexicana María Leoba Castañeda Ribas, al hacer referencia al post-glosador Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldis, de cuyas expresiones “*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuros rebús sic stantibus intelliguntur*” se traduce que “los compromisos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban”<sup>38</sup> (al celebrarse el contrato), asegurando que “son contratos de tracto sucesivo. Esta cláusula, al principio, se aplicaba sólo a renunciaciones y promesas, pero con posterioridad se extendió a todos los actos de la voluntad”,<sup>39</sup> entregando así claridad sobre la relevancia que presenta esta institución, pese a que en la actualidad se le da escasa cabida en su aplicación por nuestros tribunales.

Recordando que la teoría de la imprevisión es aquella que implica la extinción o modificación de las obligaciones contractuales derivadas de un

---

<sup>37</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 19, inciso primero.

<sup>38</sup> CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. La imprevisión en los contratos. La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Artículo incluido en la Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXIII, N° 258 (Julio – Diciembre 20012).

<sup>39</sup> *Ibíd.*

contrato conmutativo y de tracto sucesivo (como ocurre en este caso particular), principalmente por el hecho de haberse verificado una variación sustancial en las condiciones que llevaron a contratar a ambas partes, esta hipótesis cobra especial relevancia en los contratos de concesión de obra pública, teniendo en especial consideración los plazos –generalmente largos- que se manejan en estos y el dinamismo con que cambian las variables (económicas, políticas, sociales e incluso culturales) que inciden en su ejecución.

Es importante recordar que esta teoría tiene como eje central el que de haberse presentado las especiales circunstancias derivadas de la variación posterior, en lo previo a contratar, al menos uno de los contratantes no habría contraído el vínculo legal o, al menos, se habría dado lugar a este con radicales diferencias.

Así, es perfectamente aplicable aquí una de las máximas en materia contractual, derivada de la cláusula *rebus sic stantibus*, jugando un importante papel el principio de la buena fe, el que, recordemos, se presenta en forma transversal en nuestro ordenamiento jurídico.

Pensemos por ejemplo en el caso de la concesión para la construcción de una ruta entre dos ciudades –denominadas A y B- del extremo sur de un país (1), ambas ciudades fronterizas y distantes a 20 kilómetros una de la otra, entre las cuales no existe comunicación vía terrestre por las dificultades que

plantea la vegetación en la zona, de modo tal que para ir a esta última ciudad B sin pasar por el país 2 sólo existe la posibilidad de abordar un barco que pasa una vez a la semana.

Supongamos que a 5 kilómetros de la ciudad ubicada más al norte (A), cercana a la frontera con un país vecino (2), se encuentra un control aduanero, hacia el cual no existe camino vehicular, sino que solo a pie. Pasado el control aduanero, a 5 kilómetros existe una tercera ciudad (C) en el otro país (2), desde la cual comienza, por el territorio de este, una carretera de 15 kilómetros y de doble vía, que une a la ciudad C con la ciudad B del primero de los países, pasando nuevamente por un control aduanero, distante a 1 kilómetro de esta última. Por el hecho de no existir camino vehicular hacia el control aduanero, a la población no le queda otra alternativa que abordar el barco.

Las obras de esta carretera de 20 kilómetros, que contempla un peaje, durarán 2 años hasta su puesta en funcionamiento. Al momento de concesionarse, e incluso ya avanzadas las obras, la situación era la descrita, pero al cabo de unos meses resulta que se presenta y da curso a un proyecto para construir un camino vehicular de 5 kilómetros que va de la ciudad A al control aduanero para pasar a la ciudad C, el que demora en construirse 3 meses.

Así, el flujo vehicular previsto para la nueva carretera disminuyó drásticamente, ya que, además de ser de un estándar inferior a la que pasa por el país B, la gran mayoría de los vehículos preferirá esta última, por su mejor calidad y seguridad, y donde además no se cobra peaje.

Esto sin lugar a dudas influye en las condiciones que se tuvieron a la vista al contratar la construcción de la carretera de 20 kilómetros entre las ciudades A y B, toda vez que ésta iba a ser la única alternativa para ir de una a otra por tierra y sin pasar por otro país, situación que ahora no será tal, atendido que con el camino de 5 kilómetros de la ciudad A al control aduanero, se puede ir por tierra, y en un camino de mejor estándar -que será preferido por los usuarios- desde ésta a la ciudad B, sin pagar peaje.

En el caso planteado, lógicamente habrá que modificar el contrato de concesión ya suscrito, puesto que la variación en las circunstancias iniciales en que se licitó han cambiado radicalmente, y los ingresos ya no serán los mismos que se tenían previstos, tornando la obligación de la Sociedad Concesionaria en una de mucho mayor riesgo al inicial, para lo cual se deben tomar las medidas tendientes a mejorar las condiciones en que queda esta con respecto al licitante, MOP.

A través de este ejemplo entonces vemos como los motivos sobrevinientes, especialmente los casos en que tiene aplicación la teoría de la

imprevisión, pueden derivar en la modificación de un contrato de concesión de obra pública ya suscrito.

Para concluir en este punto, debe recordarse que en el campo del derecho privado, el acaecimiento de la teoría de la imprevisión permite que el contratante perjudicado solicite la extinción del vínculo contractual y de las correlativas obligaciones, o bien, dependiendo de la legislación la modificación de las obligaciones de ambas partes.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos generales, la jurisprudencia es renuente a aceptar la invocación de esta teoría como fundamento para la extinción o modificación de un contrato. A su vez, este tema es discutido en el ámbito del derecho público, no existiendo un criterio unificado que permita zanjar el debate.

#### **II.4.4. La necesidad de rediseño y/o complementación del proyecto. Un caso excepcional.**

Otro de los casos que abordaremos para concluir el análisis en relación a las causas que pueden implicar la modificación de un contrato de concesión de obra pública es aquel que deriva en la necesidad de rediseñar o complementar un proyecto cuya concesión está ya en marcha, ya sea en un estado previo a la etapa de construcción o incluso ya avanzada esta.

Como cuestión previa, debemos señalar que la experiencia ha mostrado que este es un caso excepcional, particularmente en cuanto al rediseño, dándose con mayor frecuencia la complementación del proyecto respectivo.

Aquí existe, definitivamente, un tema asociado a los costos totales del proyecto originalmente aprobado.

En el ítem 2 de este apartado hacíamos referencia al artículo 20 del D.S. MOP N° 900/96, el que en su inciso segundo imponía el límite del 25% respecto de la inversión originalmente aprobada para las nuevas obras que se hicieren necesarias; pues bien, el artículo 20 bis del mismo cuerpo legal, introducido también por la Ley N° 20.410 de 2010, regula el caso en que las nuevas obras demandan una inversión que excede dicho límite durante la etapa de construcción (contemplando dicha etapa e incluidos los gastos de mantención, operación y conservación), justificado por razones de interés público claramente acreditadas.

Así, se estipula que de verificarse este escenario, las referidas obras van a poder ser contratadas por el MOP con el concesionario, pero para ello será necesario que concurren 5 requisitos, que la misma ley establece.

Dichos requisitos son:

1) Que los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de rediseño o complementación se produzcan con posterioridad a la adjudicación de la concesión y no hayan podido ser previstos al tiempo de su adjudicación;

2) Que por razones de experiencia, comportamiento, desempeño, impactos sociales y ambientales, economías de gestión o economías de escala, sea más eficiente adjudicar las nuevas obras al concesionario original;

3) Que se haya acordado específicamente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir las obras objeto de rediseño o complementación;

4) Que se hayan acordado las compensaciones por la ejecución de las obras objeto de rediseño o complementación y que dichas compensaciones estén regidas íntegramente por lo dispuesto en los incisos sexto y séptimo del artículo 19; y

5) Que el Panel Técnico, establecido en el artículo 36, se pronuncie explícitamente con su recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, sobre la base de la concurrencia de los requisitos señalados en los numerales 1), 2) y 4) de este artículo, y de las diferencias que se producirían en caso de aplicar lo dispuesto en el artículo 28 ter. En todo caso, el Panel Técnico podrá realizar recomendaciones de manera previa a su pronunciamiento definitivo.

Cumplidos los requisitos anteriores, todos los antecedentes deberán ponerse a disposición del Consejo de Concesiones, para que informe al Ministerio de Obras Públicas, sobre la conveniencia de proceder a acordar las nuevas inversiones y obras bajo las condiciones antes señaladas. Las modificaciones que se incorporen a la concesión en virtud de lo dispuesto en este artículo, se harán por decreto supremo fundado del Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda”.<sup>40</sup>

Como vemos, se trata de una serie de requisitos copulativos que permiten la contratación directa entre el MOP y el concesionario para la ejecución de las obras necesarias para la complementación o rediseño de las contempladas originalmente, lo cual si bien por un lado permite resguardar adecuadamente los intereses del Estado, por otra ponen en una situación compleja al concesionario, toda vez que se verá en la necesidad de formular nuevos estudios e informes de carácter técnico, que conllevarán un atraso en la construcción.

Para concluir el análisis de este punto, debe señalarse que existen numerosos casos en que el asunto en discordia versa precisamente sobre lo aquí expresado, puesto que los mayores costos finalmente a ninguno de los contratantes les interesa asumirlos, o por lo menos no hacerlo íntegramente. Así, se encuentran resoluciones de las Comisiones Arbitrales en diferentes

---

<sup>40</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 20 bis.

sentidos, bien sea ordenando una indemnización total o dividiendo los costos entre ambas partes, haciendo presente que es generalmente el MOP el que no acepta las bases de acuerdo propuestas por dichas comisiones.

### **Capítulo III. Régimen Jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra.**

#### **III.1. El contrato de concesión de obra pública. Contenido y alcances.**

Como se esbozó al analizar la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública, donde además se destacaron sus características y elementos, este se transforma en parte esencial de la concesión de una obra pública, durante todo su desarrollo. En efecto, el contrato acompaña todas las fases de la obra, desde su construcción, pasando por la explotación y la mantención; lo cual no quiere decir que se mantenga indemne durante todo su desarrollo, pudiendo sufrir modificaciones (derivadas del surgimiento de variables no previstas por las partes, necesidades públicas recurrentes o cambios en las condiciones económicas, por ejemplo) terminando incluso por extinguirse anticipadamente, por el incumplimiento de las obligaciones de las partes, como veremos.

En este sentido, y por comprender una visión global e incluyente de la gran mayoría de puntos a considerar en un contrato de concesión de obra pública, hacemos mención a lo expuesto por el profesor Andrés Barberis Martín

durante el curso impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante el primer semestre del año 2011, quien afirma que el contrato de concesión de obra pública “es un contrato administrativo regulado en virtud del cual el Estado a través del MOP encarga a un privado, previo proceso público de licitación, la ejecución y/o conservación de un obra pública fiscal a cambio del derecho del adjudicatario a explotarla con plazo, precio o tarifa predeterminado, cuyos riesgos han sido preestablecidos por normas, esencialmente modificable y que cuenta con un método de solución de conflicto entre las partes”.<sup>41</sup>

Un punto importante a considerar, y que tiene que ver con una cuestión de formalidad, dice relación con el hecho que para proceder a la constitución del contrato, el concesionario debe constituirse en una Sociedad –“Sociedad Concesionaria” propiamente tal– que es la persona jurídica contratante por parte del administrado (sujeto privado concesionario).

En términos generales, el alcance y los contenidos del contrato quedan de manifiesto a través de sus cláusulas, que deben tender a mantener las máximas en que descansa el sistema de concesiones de obras públicas, logrando en lo posible mantener el equilibrio económico (como contrapeso al poder de la entidad gubernamental por el hecho de ser tal), una adecuada distribución de riesgos (entre la entidad gubernamental, el concesionario, los

---

<sup>41</sup> BARBERIS MARTIN, Andrés. Curso “Taller de Memoria: Concesión de obras públicas”, Apuntes de clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Primer Semestre (2011).

financistas y los usuarios finales), claridad y especificidad en las obligaciones de ambos contratantes (haciendo clara referencia a los plazos y porcentajes de avance de las obras), estándares de conservación, acertada fiscalización, estructuras de cobro, garantías al financiamiento, mecanismos que otorguen certeza jurídica y reglas de interpretación lo suficientemente claras, todo ello ciñéndose estrictamente a lo establecido en la legislación, toda vez que se trata de un contrato administrativo, inmerso en el universo del derecho público.

### **III.2. Los convenios complementarios.**

Los convenios complementarios tienen como razón de ser regular aspectos que se relacionan con cualquier aspecto de la concesión de la obra pública en general, pudiendo versar sobre nuevas obras, indemnizaciones y plazos de esta, entre otras.

Para contextualizarlos, los autores Engel, Fischer, Galetovic y Hermosilla exponían, previo a la reforma del año 2010, que “hay dos formas de renegociar los contratos: Primero el MOP y el concesionario pueden negociar en forma bilateral y, si llegan a acuerdo, el resultado del proceso es un convenio complementario que modifica el contrato de concesión original e indica los

montos que una parte debe pagarle a la otra. Segundo, si el MOP y el concesionario no llegan a un acuerdo, la disputa se traslada a una comisión”.<sup>42</sup>

Recordando que ellos se consagran en el ya citado artículo 20 del D.S. MOP N° 900/96, el cual analizamos respecto a los acuerdos entre el MOP y el concesionario para mejorar los estándares de calidad de las obras, es interesante adentrarnos un poco más en ellos, toda vez que son de recurrente uso en las distintas concesiones, constituyéndose en un mecanismo que permite, como su mismo nombre lo indica, complementar los contratos respectivos, los cuales, por estar influenciados enormemente por las cambiantes condiciones en el tiempo propias de este ámbito, cuentan generalmente con temas que no se pueden regular en el acto, debiendo entonces recurrirse a los convenios en cuestión durante la vida del mismo.

Como es fácil de prever, por la naturaleza propia de estos convenios surgen dificultades en no pocas oportunidades, principalmente respecto a la mecánica de ellos. Así lo graficaba, previo a la reforma introducida por la Ley N° 20.410, el Doctor en Ciencias Económicas y Sociales nacional Eugenio Rivera Urrutia en su artículo *La regulación económica como complemento de las licitaciones en las concesiones de obras públicas*, quien afirmaba que “la industria de concesiones de obras públicas en Chile, que ha modernizado la infraestructura nacional, presenta problemas que hacen necesario modificar su

---

<sup>42</sup> ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. *Renegociación de Concesiones en Chile* (Santiago, Agosto de 2008), pp. 6.

normativa. El principal es el tratamiento de los numerosos convenios complementarios. Actualmente las renegociaciones no se construyen sobre un modelo de eficiencia económica, pueden afectar el interés fiscal y dan lugar a comportamientos oportunistas, lo que afecta la eficacia de la licitación”.<sup>43</sup> A nuestro parecer, es equivocada esta interpretación de las renegociaciones pues si bien puede producirse cierto abuso de los convenios complementarios como medida para regularizar obras adicionales, o sobrecostos de las mismas, en general son un método en extremo eficaz para avanzar (y precaver) en la resolución de conflictos. Es pertinente señalar, y sólo a modo ilustrativo, que la cadena completa de revisión de un convenio complementario como anexo modificatorio al Contrato de concesión suscrito, debe partir ante las mismas autoridades del Ministerio de Obras Públicas, para luego ser enviado al Ministerio de Hacienda donde, en definitiva, se autorizará el Decreto Supremo cuya expedición debe ser autorizada (firmado) por el Presidente de la República. Este procedimiento (sumado al trámite pertinente ante la Contraloría General de la República) supone concluir que la suscripción de un convenio complementario a la concesión no es una simple negociación o “extensión” de la misma concesión, sino un procedimiento independiente con sus propios mecanismos establecidos para salvaguardar la probidad de la concesión.

---

<sup>43</sup> RIVERA URRUTIA, Eugenio. La regulación económica como complemento de las licitaciones en las concesiones de obras públicas. Revista de la CEPAL 95 (Agosto de 2008), pp. 51.

Las situaciones que sí podrían constituir un grave atentado al desarrollo de obras en el sector público, afectando la seguridad jurídica y poniendo, por cierto, en duda la efectividad de la legislación en torno al sistema de concesiones de obras públicas en nuestro país, son aquellas que atacan directamente al menor dinamismo en inversión de concesiones: Por ello es que resulta absolutamente necesario encuadrar con claridad esta institución; incluso el autor previamente citado va más allá al sostener que “la naturaleza incompleta de los contratos surgidos de las licitaciones de obras públicas impone adecuar los contratos para enfrentar eventualidades de diversa índole. Entre esas eventualidades es posible identificar situaciones menores, como son las que derivan de demandas de la comunidad, de insuficiencias de los proyectos que se licitan y de la aparición de dificultades imprevistas. Más importantes son los cambios derivados de la naturaleza dinámica de las redes viales que constituyen el principal componente de la industria de concesiones”,<sup>44</sup> agregando que “en efecto, el aumento de la población, el crecimiento de la actividad económica, así como la expansión del ingreso y del parque vehicular, pueden hacer que los contratos de concesión queden *desactualizados* y que, por lo tanto, sea necesario introducir ajustes para adecuarlos a las nuevas exigencias de expansión de las redes viales. Cuando se trata de obras nuevas la posibilidad de realizar nuevas licitaciones es clara, pero las exigencias de modificaciones contractuales que plantean y plantearán

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, pp. 52.

en el futuro los grandes cambios que día a día experimentan dichas redes son difíciles de satisfacer mediante la aplicación irrestricta de la licitación”.<sup>45</sup> Sobre esto último, es necesario abordar el punto que toca el autor, relativo a que no sólo por medio de la licitación se deberá hacer frente a la *falta de actualización* que puede afectar a los contratos, compartiendo la idea que plantea de introducir aquí la regulación económica para efectos de resolver esta problemática. Complementando lo planteado por Rivera, los autores Eduardo Engel, et. al., en su obra “*Renegociación de Concesiones en Chile*” grafican de manera aún más patente dicha situación, al exponer que “en caso de modificaciones importantes al contrato original, debería ser posible llamar a una licitación por las obras adicionales, lo que reduciría o eliminaría los incentivos a estas renegociaciones, ya que su rentabilidad sería la del mercado”,<sup>46</sup> argumentación que va en la línea de lo que existía en la legislación previo a la reforma, variando luego el panorama.

Sobre lo expuesto por Engel, conviene realizar al menos tres precisiones. En primer lugar, quien concurre a la nueva licitación de una obra que se está *renegociando* suele ser la empresa constructora, en consorcio con la sociedad que asumirá el rol de administrador de la obra. No es, por lo tanto, una negociación sin rentabilidad o *sub estándar* a los niveles del mercado, toda vez que al concesionario le interesa adjudicarse la obra a un precio

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> ENGEL, Eduardo, et.al. Op. cit., pp. 3.

conveniente, y al Estado le interesa que se adjudique de manera correcta y eficiente. En segundo lugar, el concesionario es un administrador de la obra, no el constructor o artífice de la misma, y por lo mismo se trata de partes que buscarán objetivos diferentes en toda negociación. En tercer lugar, es cierto que los contratos de concesión van quedando desactualizados a medida que avanza la vida útil de la obra; pero, para su adecuación, los convenios complementarios han sido un excelente remedio jurídico, que cumple con las exigencias necesarias para garantizar que se trata de una obra de altos estándares de calidad, que resulta conveniente al interés público.

Teniendo en cuenta que las obligaciones del concesionario y las condiciones económicas de la prestación del servicio están normadas por un contrato de concesión de obra pública y no por una Ley de carácter general, y especialmente que el surgimiento de cambios en las condiciones originales hace necesaria la aplicación de modificaciones pertinentes a estos, estimamos que la idea planteada por el autor en cuanto a que “esta rigidez se asocia a dos problemas principales. El primero es que, por lo general, una de las partes contratantes tiene mayor necesidad que la otra de introducir las modificaciones, lo que le da a esta última una gran capacidad de negociación. El segundo surge porque el objeto de licitación es una obra específica desarrollada en detalle”,<sup>47</sup> refleja perfectamente los principales obstáculos a que debe hacer frente la concesión, haciéndose necesaria una modificación en sentido de

---

<sup>47</sup> RIVERA URRUTIA, Eugenio. Op. cit., pp. 54.

privilegiar a esta por sobre los intereses de uno u otro de los contratantes, sobre la cual creemos no se ha discutido en concreto, pese a las modificaciones - importantes por cierto, pero no sustanciales- introducidas particularmente por la Ley N° 20.410, que sobre esta materia no innovó.

Conviene detenerse un poco sobre este aspecto, que ha sido criticado en el último tiempo. Como se demostrará en esta líneas, no podemos estar del todo contentos con la apreciación que realiza Rivera Urrutia sobre la renegociación de los contratos tratándolo como uno de los problemas que emana de la aplicación de los convenios complementarios el que, en su decir, radica en que “a diferencia de la licitación, estos procesos se caracterizan por operar sobre bases no competitivas y quedan sujetos a la capacidad de negociación del Ministerio de Obras Públicas y de las sociedades concesionarias”,<sup>48</sup> lo que nos haría replantearnos la real base sobre la cual debiera operar la aplicación de este tipo de acuerdos, haciéndose necesario ampliar la discusión más allá de los temas sobre los cuales pueden versar, llevándola a los paradigmas técnicos y sobretodo económicos sobre los cuales debiera descansar, para así contribuir al contrato de concesión de modo armónico con este, no desvirtuándolo ni tornándolo más complejo de lo que por su naturaleza es, y contribuyendo definitivamente a la seguridad jurídica para ambos contratantes.

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*

No compartimos el que las renegociaciones o convenios complementarios suscritos (que en muchos casos llegan a ser múltiples, y por montos tan importantes como el contrato suscrito originalmente), como plantea este autor, sean poco competitivos. Por el contrario, normalmente conllevan un proceso de intercambio de información, bases, y método de financiamiento entre el privado y el Estado (que por lo demás requiere de aceptación expresa tanto a nivel del Ministerio respectivo, como de los demás trámites pertinentes, incluyendo el decreto que dé origen al convenio complementario, toma de razón por Contraloría, etc.), situación ésta que queda de manifiesto en la llamada “Ruta del Maule”, que ha sido objeto de cinco convenios complementarios hasta el 2013, todos regularizados por sendos decretos supremos, y por un monto que supera al de la inversión original, y cuyas obras todavía están en ejecución pues son necesarios para el mantenimiento de la inversión<sup>49</sup>.

### **III.3. Las compensaciones debidas al concesionario como consecuencia de la renegociación de un contrato.**

Ya sea como consecuencia de las modificaciones introducidas a los contratos (plasmadas a través de la suscripción de convenios complementarios), atrasos en las obras, mayores costos o cambios de servicios, entre otros factores, pueden producirse indemnizaciones que debe pagar el MOP al concesionario. El fundamento para aceptar la procedencia de

---

<sup>49</sup> Ruta del Maule Sociedad Concesionaria S.A. – Análisis Razonado al 31 de marzo de 2013, pp. 5.

las indemnizaciones se encuentra tanto en el respectivo Contrato de concesión de obra pública como en el D.S. MOP N° 900/96, que a partir del encabezado contenido en el artículo 19, en su inciso primero,<sup>50</sup> regula distintas hipótesis en torno a las compensaciones que pudieren proceder, como la retratada en el inciso segundo del mismo artículo, que no hace procedente compensación adicional alguna, a la ya prevista en las bases de licitación como en el contrato de concesión propiamente tal, para el caso de la inversión del concesionario tendiente a cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en dichos instrumentos, salvo que excepcionalmente se hubiere estipulado su procedencia en las referidas bases.

En la misma línea, el inciso tercero del ya citado artículo, regula el caso de la modificación por parte del MOP de las características de las obras y servicios contratados, ya sea para elevar los niveles de servicio y estándares de calidad establecidos en las bases de licitación o por razones de interés público, casos en los cuales deberá indemnizar cuando corresponda al concesionario por los mayores costos en que incurriere, como vimos anteriormente al analizar el tema del interés público como elemento que motive una modificación de un contrato de concesión de obra pública.

Un tema de gran relevancia subyace del análisis del inciso quinto del artículo en cuestión, en cuanto este dispone que “si el valor de estas

---

<sup>50</sup> Ver nota al pie de página N°32, y su comentario respectivo.

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, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el reglamento, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional a título de costos de administración del contrato, que será determinado en las bases de licitación. El Ministerio tendrá un plazo de 60 días para aprobar o manifestar sus observaciones a las bases respectivas, contados desde la recepción de éstas. Transcurrido ese plazo sin que el Ministerio se haya pronunciado, se entenderán aceptadas. Con todo, por razones fundadas, contenidas en las bases de licitación, previo informe del Consejo de Concesiones, podrá establecerse una excepción a la obligatoriedad de la licitación de las obras adicionales en las condiciones anteriormente descritas”.<sup>51</sup> En primer término, la fijación de un límite razonable al valor de las nuevas obras (5% del presupuesto oficial de la obra o un valor superior a 100.000 Unidades de Fomento), producto de la renegociación, para determinar que estas se deban licitar o no implica un gran paso en cuanto a la seguridad jurídica que envuelve a todo el contrato de concesión, puesto que al determinarse el monto de la indemnización que procederá equiparándolo al de la licitación de las referidas obras, se obtiene un resultado basado netamente

---

<sup>51</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 19, inciso quinto.

en criterios de mercado, sumando mayor transparencia a la concesión como un todo.

En segundo lugar, y para abrochar aún más este tema, se le otorga al MOP, que ya ha participado en la nueva licitación con su supervisión, un plazo de 60 días para aprobar o rechazar las bases del acuerdo, lo que a nuestro juicio no debiera ser tal, toda vez que si ha participado en el proceso lo debiera hacer de manera responsable y acuciosa, sin dar lugar a dudas en la interpretación del acuerdo posterior; además se pone en una situación más compleja al concesionario, que debe pasar por un doble proceso, sumado ya a la determinación de sumar nuevas obras a las originales.

Finalmente, la parte final de este inciso abre un poco el abanico, en el sentido de que en las mismas bases de licitación se puede obviar la obligatoriedad de una nueva licitación por estos conceptos, caso en el cual entendemos la ejecución de las nuevas obras se contratará directamente entre el MOP y el concesionario.

El inciso sexto viene a sellar, de alguna forma, el ítem de las compensaciones en la materia, toda vez que fija los parámetros en los cuales se deben expresar estas, al disponer que “las compensaciones económicas referidas en los incisos precedentes, deberán expresarse en los siguientes factores: Subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios efectuados

directamente al concesionario por terceros a quienes les interese 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. Se podrán utilizar uno o varios de esos factores a la vez”.<sup>52</sup>

A través de estos factores entonces se logra comprender con meridiana claridad cuál es el fundamento de las compensaciones debidas por el MOP al concesionario, lo cual refleja la importancia capital que con el tiempo han ido desarrollando tanto las renegociaciones contractuales como las respectivas indemnizaciones, lo que viene a corroborar la trascendencia de uno de los paradigmas en los que se solventa el sistema de concesiones de obras públicas y al cual se intenta siempre arribar o recomponer, y este no es otro que el equilibrio económico del contrato. Este equilibrio, como se dijo, cumple para ambas partes una posición preponderante al concesionar las obras, por un lado (MOP, representando al Estado) y al desarrollarlas, por la otra (concesionario, en estricto apego a lo convenido durante la fase de licitación).

De esta manera entonces, se ha realizado la referencia a la base legal en que se construye la regulación de las compensaciones, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.410 de 2010, no desconociendo por cierto que ello ha significado un gran avance en los términos de las

---

<sup>52</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 19, inciso sexto.

concesiones, pero sin dejar de apreciar que aún existen problemas, como los que planteaban los autores Engel y Fischer previo a la reforma, cuando notaban que “la evidencia indica que el problema de las renegociaciones existe y que se justifica describirlas como “excesivas”. En primer lugar, más de la mitad de las renegociaciones (a esa época) y el 83% de los montos fueron el resultado de una negociación bilateral entre el MOP y el concesionario, sin la intervención de terceros externos. Sólo el 17% del monto concedido a los concesionarios fue adjudicado por Comisiones Conciliatorias o Arbitrales. El MOP inicia un alto porcentaje de las renegociaciones bilaterales de contratos (66 de 78), y permanentemente solicita obras adicionales a las pactadas en el contrato de concesión”,<sup>53</sup> lo que hasta hoy en día sigue estando presente, aunque debemos hacer notar que en menor medida, dadas las modificaciones introducidas. Estas modificaciones, en términos generales han colaborado a lograr una mayor credibilidad recíproca entre los distintos actores intervinientes en las concesiones de obras públicas.

#### **Capítulo IV. Riesgos de la empresa concesionaria de la obra pública.**

##### **IV.1. Riesgos de ejecución y riesgos de explotación. Etapas diferentes.**

Necesario es distinguir entre los riesgos que enfrenta el concesionario al momento de *construir* una obra por la vía de una concesión, de los riesgos que enfrenta propiamente en la etapa de *explotación* de la misma. La distinción

---

<sup>53</sup> ENGEL, Eduardo, et. al. Op. cit., pp. 3.

es fundamental, por la sencilla razón que ha sido esgrimida en numerosas ocasiones por parte mayoritaria de la doctrina nacional, en orden a considerar al concesionario o contratante como un “verdadero colaborador de la Administración, que debe cumplir sus obligaciones siguiendo ciertas reglas más estrictas que las que se aplicarían si sólo estuviese obligado por un contrato de Derecho Privado”.<sup>54</sup> En pocas palabras, al reconocer que el *contrato de concesión de obra pública* es una herramienta que involucra en gran parte aspectos propios del Derecho Público, deberemos atender al estado de la obra para poder determinar si los riesgos los asume una u otra parte.

#### **IV.1.1. Responsabilidad ante el riesgo de construcción.**

Así las cosas, comenzaremos aclarando que las obras públicas dadas en concesión, se realizan a entero riesgo del concesionario, durante la totalidad de la etapa de construcción de la misma, debiendo para tal caso efectuar los desembolsos que sean necesarios para la total terminación de lo acordado entre los contratantes.<sup>55</sup> El Estado sólo será responsable, en esta *etapa de ejecución de la obra*, de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de licitación.<sup>56</sup> Vemos entonces, que la responsabilidad en esta primera etapa es de base meramente legal cuando así

---

<sup>54</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 116.

<sup>55</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 22.

<sup>56</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp.117.

se pacte en las bases de licitación, pudiendo quedar restringida en su totalidad al concesionario.

#### **IV.1.2. Responsabilidad de los concesionarios de obra pública.**

Conviene recordar que en principio, la responsabilidad del Estado no se extingue en virtud de la entrega en concesión de calles o caminos. “El Fisco y las Municipalidades conservan una responsabilidad subsidiaria en la hipótesis de delegar en privados la prestación de un servicio que por ley les corresponde desarrollar (...) nada obsta a que leyes especiales puedan establecer reglas diferentes en la materia, pero ese no es el caso de las concesiones camineras, donde la ley especial sigue a la regla general (Ley de concesiones, Art. 35) siendo responsable el concesionario y también el Fisco y Municipalidades”.<sup>57</sup> Entonces, tengamos presente que el legislador no ha establecido en la materia un deber de cuidado que excede al que normalmente rige respecto del mantenimiento de las calles y caminos, durante su normal fase de explotación.

¿Por qué es el concesionario quien carga con la totalidad de la responsabilidad por riesgos en la etapa de ejecución de la obra? Fundamentalmente, debido a que el riesgo que asume el concesionario al momento de presentarse como postulante en la licitación, da para considerar que ha tenido en cuenta no sólo los plazos en que deberá construir y luego

---

<sup>57</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2006), pp. 744.

explotar la obra, sino que también se consideran los precios de la construcción (que normalmente es de alta envergadura) lo que muchas veces incluye el valor de las expropiaciones, retrasos en la construcción, y demás variantes propias de toda inversión altamente compleja. Es en base a esos cálculos, que el concesionario podrá recuperar su inversión y obtener la rentabilidad esperada conforme al proyecto desarrollado.

#### **IV.2. Los riesgos en la etapa de construcción.**

Grosso modo, podemos indicar sin temor a equivocarnos, que los riesgos en la etapa de construcción adoptan matices tan distintos como la obra dentro de la cual se enmarcan. Por nombrar sólo algunos, al momento de considerar la elaboración y construcción de un nuevo proyecto el concesionario deberá tener presente: los riesgos de diseño que podrían significar un sobre costo importante de la obra, los riesgos geológicos propios del terreno en que se construirá la obra, los riesgos del tipo medioambiental (que importan los estudios de impacto ambiental asociados a la etapa de construcción de la obra, y por supuesto, el impacto social que la misma producirá, todos aspectos que deben evaluarse para la construcción de una obra concesionada), entre otros.

Asimismo, existen riesgos por sobre costo de la obra a soportar durante su fase de construcción, o por no cumplimiento de los plazos establecidos en las bases de licitación, que constituyen uno de los problemas más recurrentes. O los riesgos por expropiaciones (que ya trataremos más adelante), sea por el valor de las mismas o por el tiempo que demora practicar una expropiación ante la justicia ordinaria. En las mejores condiciones, todos estos riesgos serán asumidos por el concesionario, aun si se considera en el contrato de concesión que será otro el constructor de la obra (caso de subcontratación bastante frecuente), por la sencilla derivación que estos contratos mantienen con la normativa del Código Civil Chileno, en particular las normas contenidas en los arts. 1996 y 2000, según las cuales el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación,<sup>58</sup> no siendo responsable el artífice sino cuando la materia peca por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Tema aparte se nos presenta en aquellos casos en que las propias bases de licitación establecen expresamente la exención de ciertos riesgos para el concesionario durante la construcción de la obra, obligando al Fisco a concurrir al pago de los perjuicios que ocasionare la fuerza mayor o caso fortuito. A modo meramente ejemplar, y como adelanto de los riesgos que trataremos en el presente trabajo, conviene tener presente un ejemplo clásico

---

<sup>58</sup> A este respecto, ya veremos cómo se puede ir aprobando la obra por plazos, o etapas, para acotar los riesgos en la construcción de la misma. Es común el uso de ITO (Inspectores Técnicos de Obras) externo a las partes, de carácter especializado, para que ambos contratantes tengan la certeza de un trabajo bien ejecutado, que amerita su recepción.

en esta materia, referido a los riesgos por características geológicas, lo constituye la concesión “Túnel El Melón”, ubicado 130 kilómetros al norte de la capital, donde el Estado y la Sociedad Concesionaria compartieron los riesgos en la etapa de construcción de la obra, en el supuesto de encontrarse con una geología distinta o más complicada que la supuesta en los estudios pertinentes a toda licitación. Sucedió que, atendidas las complicaciones en la construcción de la obra, el Estado debió pagar cuantiosas indemnizaciones por el *sobrecosto geológico* que significó para la concesionaria realizar las labores de excavación; a su vez, la Sociedad contrató un “seguro de todo riesgo de construcción”<sup>59</sup> que cubría daños físicos, daños por terremotos y otros daños adicionales, con Aetna Chile Seguros Generales S.A., quien se vio en la obligatoriedad de responder ante el derrumbe que se produjo en una zona ya excavada y fortificada por la concesionaria. Este caso altamente ilustrativo, nos demuestra la delgada línea que puede existir –y difuso si las partes no lo acuerdan- entre los riesgos que asume la concesionaria, o que se le han transferido en virtud de los contratos suscritos entre ella y la Administración, y los mecanismos de cobertura que pueden existir para dar mayores garantías al Estado, como ocurrió en este caso al recibir el concesionario del Túnel El Melón un monto por concepto de indemnización por parte del Estado, y de la compañía aseguradora.

### **IV.3. Los riesgos en la etapa de explotación.**

---

<sup>59</sup> Oficio N° 2.295, de 19 de Agosto de 1996, Subdirección Normativa SII. Chile.

Fundamentalmente, durante la fase de explotación el concesionario está obligado a:

- Mantener la debida conservación de las obras, sus accesos, señalización y servicios en normal estado de funcionamiento.
- Prestar ininterrumpidamente el servicio objeto de la concesión, salvo situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.<sup>60</sup>

Históricamente, estos deberes han sido entendidos como la obligatoriedad de prestar sus servicios en base a la normalidad y no discriminación hacia los usuarios. No obstante ello, el Reglamento de Concesiones<sup>61</sup> establece que ésta obligación del concesionario sólo se hace efectiva cuando los usuarios cumplan con las condiciones del servicio y el pago de las tarifas, fijadas para todos los efectos en el Contrato de Concesión.

A este respecto, debemos poner atención en la diferenciación que explicáramos al comienzo, en orden a que es el Estado quien mantiene la *administración* del bien concesionado, lo que incluye la aplicación de normas de regulación de tráfico, de policía, en fin, del *ius puniendi* en términos generales. Son las autoridades quienes deben observar el cumplimiento de dichas normas, y serán quienes respondan ante la inobservancia de la aplicación de las

---

<sup>60</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 23.

<sup>61</sup> D.S. MOP N° 956/97, artículo 60, inciso primero. Reglamento del D.S. MOP N° 900/96 (Ley de Concesiones de Obras Públicas). Sistematizado, actualizado al 28 de abril de 2010 (D.S. MOP N° 215/2010). Se hace presente que, en su inciso segundo, se establece la posibilidad del concesionario de discriminar tarifas entre usuarios en función de la intensidad en el uso de la obra, sistema de pago de la tarifa, u otras condiciones de similar naturaleza. Bajo ninguna circunstancia el concesionario podrá cobrar una tarifa superior a la pactada en el contrato de concesión.

mismas, correspondiendo al concesionario única y exclusivamente la responsabilidad de informar a las autoridades competentes las infracciones que se observen.

Como hemos advertido, los principales riesgos que corre el concesionario durante la etapa de explotación de la obra van ligados a los ingresos y su predictibilidad. Las características de la demanda, el tráfico, los horarios de circulación y la composición de las tarifas de peaje son los principales elementos que el concesionario tendrá en cuenta al momento de postular a la licitación. El concesionario buscará asegurarse de que se reduzcan los riesgos por estos conceptos.

Podemos identificar los siguientes tipos de riesgos en la etapa de explotación:

- Riesgos de Administración: En este sentido, entendemos por riesgo la variabilidad de la rentabilidad del proyecto respecto de la que los concesionarios esperan (es el manejo de la obra dada en concesión). Interesante resulta considerar lo que Felipe Morandé ha escrito al respecto, al decir que “la norma establece que el concesionario está obligado a mantener los estándares de su propuesta en la fase de construcción, y asumir cualquier riesgo derivado de la subcontratación (...) en la fase de operación, en tanto, el concesionario deberá conservar las obras en condiciones normales de funcionamiento y asegurar la

continuidad de la prestación del servicio, salvo en situaciones excepcionales”.<sup>62</sup> Por lo mismo, podemos reconocer que este riesgo ha sido asumido por el concesionario, quien responderá además por los actos de sus contratistas (en obras de mantención, conservación, seguridad y otras) aplicándose a este fin las normas ya citadas.

- Presión Social: La Ley de Concesiones dispone, en varios artículos, que se deberá atender siempre al beneficio social (bien común) al momento de concesionar una obra pública, pues éste es el motivo de fondo por el cual se ponen a disposición bienes o servicios que originalmente debiera prestar el Estado. Considerando este espíritu del legislador, es de toda lógica para el concesionario asumir los riesgos por presiones de la sociedad (usuarios) ya que, como hemos visto, el servicio otorgado mediante la concesión debe propender al desarrollo social, la eficiencia en el mismo, y a una mejora sustancial en la calidad de la obra concesionada.

Por otro lado, suelen ser las tarifas la principal causa de descontento en los usuarios.<sup>63</sup> Estas presiones, pueden redundar en un empeoramiento del servicio, y es por ello que en las bases de licitación (donde se fijan por ley las

---

<sup>62</sup> MORANDÉ, Felipe. Concesiones de Obras Públicas: Aspectos Institucionales. En: Concesiones: Agenda para el 2020, Libertad y Desarrollo (2008), pp. 51.

<sup>63</sup> Recuérdese a modo de ejemplo, las críticas iniciales de los usuarios por las tarifas que se fijaron en las autopistas interurbanas, las cuales tenían la facultad de cobrar “Tarifas de Saturación” en horas punta (de mayor tráfico y por ende, peor calidad en el servicio) en plena observancia de lo contenido en sus Bases de Licitación. También, el ejemplo de los usuarios motociclistas, quienes abogaban por pagar una tarifa diferenciada (argumentando que el espacio que ocupaban las motocicletas no equivale al de automóviles y/o camiones).

tarifas) se asume el riesgo que de ello derive por el concesionario, hasta cierto límite que puede establecerse en el texto mismo de la ley o en el contrato de concesión.

No olvidemos lo que ha sostenido la Corte de Apelaciones de Valdivia, ante una demanda basada en la responsabilidad extracontractual que le cabe a la Sociedad Concesionaria de una autopista, donde el Tribunal de Alzada sostuvo que “la concesión de obra pública es un contrato administrativo entre el Estado y un tercero, quien está por ello obligado para esos efectos a realizar una obra, y siempre en tal situación el pago no va a ser efectuado por el otro contratante, sino por los usuarios de la pista concesionada, a través del sistema de peaje, sin que exista en manera alguna entre la concesionaria y el usuario una relación contractual, toda vez que la tarifa o valor que se entera por el peaje, adquiere para esos efectos no el carácter de precio, sino que un simple gravamen, sin que aquello mute o cambie la situación existente”.<sup>64</sup>

Pablo Allard ilustra este aspecto, al decir que “una cosa es reconocer el valor económico y cultural asociado a la movilidad (aportada por una autopista urbana, en este caso), y otra es resolver sus impactos físicos y costos sociales de manera apropiada (...) cualquier intervención en áreas consolidadas de la ciudad, como las que atraviesan las autopista urbanas en Santiago, va a tener inevitablemente un impacto inmediato en la estructura de la ciudad (...) los

---

<sup>64</sup> Caso “Ramírez, Juan con Ruta de los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”, Recurso de Apelación, ROL 750 - 2010, 9/3/2011, Corte de Apelaciones de Valdivia, considerando noveno. Chile.

efectos más visibles y directos tienen que ver con los conflictos que eventualmente afectan a barrios y parques preexistentes”.<sup>65</sup> Con mayor razón, entonces, debe ser un riesgo asumido por el concesionario para asegurar que se incorpore en el proyecto definitivo de la concesión, el hacerse cargo de aspectos tan relevantes como la inclusión armónica en la ciudad de un mega proyecto, autopista urbana o interurbana, y tantos otros proyectos que afectan directa e indirectamente la calidad de vida de la comunidad.

- Catástrofe: Hemos sostenido en estas líneas, que el concesionario debe asegurar durante la explotación de su concesión, la continuidad en la prestación del servicio (que sólo puede interrumpirse por causas justificadas). Pues bien, en caso de catástrofe, los riesgos que ésta signifique no impondrán al Estado responsabilidad alguna pues se ha transferido legalmente al concesionario. En efecto, el art. 36 del Reglamento de la Ley de Concesiones, impone la obligatoriedad para la Sociedad Concesionaria de contratar seguros por riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el período de la concesión.<sup>66</sup> Una observación interesante: El objetivo perseguido tras la obligatoriedad en la contratación de seguros para riesgos catastróficos, no es otro que *asegurar el bien público, la continuidad en la prestación de servicio*, lo

---

<sup>65</sup> ALLARD, Pablo. TAG: La nueva Cultura de la Movilidad. Editorial Arte y Ciudad, Santiago, Chile (2008), pp. 282.

<sup>66</sup> Asimismo, el precitado artículo dispone que “las sumas percibidas producto de los seguros por catástrofes serán destinadas a la reconstrucción de la obra, salvo que las partes acuerden destinarlas a otros fines u obras propias del contrato de concesión”.

que se vislumbra en el fin que la misma ley impone para dichas sumas percibidas por el seguro, el que no es otro que reconstruir la obra damnificada.

- Evasión: Este es el principal riesgo que se hace evidente en la etapa de explotación de la obra pública, y que normalmente adopta dos vertientes: Riesgo de cobro y riesgo de flujo.

Estos riesgos, diferentes entre sí, afectan el modo en que se financiará la obra. Los riesgos de flujo son de fácil prevención, pues al momento de postular a una licitación, la Sociedad Concesionaria cuenta con estudios especializados que le informan cuánto va a variar el flujo durante el largo período de tiempo que dure la concesión (de hecho, es un factor determinante a la hora de fijar las tarifas en el contrato de concesión, antes de entrar en operación la obra) por lo que el concesionario puede asegurar el flujo contractualmente (el MOP se compromete a no licitar obras que pongan en riesgo el flujo asegurado para ese concesionario, a futuro).

El riesgo de cobro presenta mayores dificultades al presentarse en las concesiones de obra pública (no así en las concesiones de servicios públicos). Normalmente conocido como evasión -que no debemos confundir con *morosidad*- supone una problemática desde el punto de vista de la vigilancia en la obra concesionada, pues tratándose de obras públicas como carreteras, autovías, túneles o puentes, es difícil emprender acciones efectivas contra los

evasores; en cambio, en los servicios públicos sujetos a régimen de concesión (agua potable, electricidad, gas domiciliario) las medidas que se pueden adoptar sí son más efectivas, y usualmente se derivan a un corte inmediato del servicio.

Por lo mismo, el riesgo de evasión ha sido normalmente contemplado dentro de las garantías que se pactan entre el concesionario y el Estado en el contrato de concesión, al establecerse un Ingreso Mínimo Garantizado o subsidios, por ejemplo. Volveremos sobre estos mecanismos en el siguiente párrafo. En este punto, Gloria Hutt reconoce como uno de los principales riesgos que afrontan los concesionarios privados, aquéllos que se derivan de la “estimación de ingresos provenientes de diferentes fuentes, lo que tiene implícito un riesgo de tráfico”: Esto es, la demanda que utilizará la red en el punto de cobro directo del peaje y el volumen de viajes que generará el derecho a cobrar el peaje sombra en el resto de la red.<sup>67</sup> Así, las estimaciones de peaje y su consecuente evasión, tienen algunos rasgos de incertidumbre para la autora, ya que al no realizar el usuario un pago directo (en las nuevas formas de pago, como el Tag) y al tener la posibilidad de evadir fácilmente el pago correspondiente a los kilómetros recorridos, redundando en una estimación errada del volumen de tráfico a futuro que circulará por esa autopista, así como induce a error en la recaudación que corresponde al concesionario, siendo este un

---

<sup>67</sup> HUTT, Gloria. Autopistas Interurbanas y Caminos Transversales. En: Concesiones: Agenda para el 2020, Libertad y Desarrollo, Chile (2008), pp. 317.

tema en extremo peligroso (y cuya única solución hoy es el permitir la interposición de acciones legales contra los evasores por parte de la concesionaria, en un procedimiento judicial que es engorroso, y muchas veces, tardío).

#### **IV.4. Mecanismos comunes de prevención de riesgos.**

Dentro de los principales mecanismos, el MOP ha implementado dos que destacan por sobre el resto:

- Ingresos Mínimos Garantizados.
- Flujos comprometidos de subsidios estatales.

En términos generales, debemos señalar que estos mecanismos van emparentados con los gastos de mantención que el concesionario debe costear, pues son éstos los que por su naturaleza resultan difíciles de prever, pudiendo ser significativos en ciertos períodos de explotación de la obra. Por el contrario, los costos meramente operacionales (valor necesario para mantener en funcionamiento la obra) sí son predecibles, por lo que el concesionario puede tenerlos previamente asumidos e incorporados a la tarifa.

##### **IV.4.1. Ingresos Mínimos Garantizados (I.M.G.).**

Consiste básicamente en garantizar al concesionario un ingreso mínimo por concepto de tráfico, que correrá por cuenta del MOP en caso de no

alcanzarse. Esto mejora ostensiblemente la capacidad de la concesionaria para obtener financiamiento pues logra reducir la incertidumbre asociada a “proyecciones de demanda”.<sup>68</sup> Como contrapartida, si la concesionaria percibe ingresos superiores a lo esperado (en conformidad a lo pactado), deberá redirigir cierto porcentaje al Fisco de Chile. Normalmente, los excesos en recaudación se distribuyen 50-50, pudiendo establecerse otro porcentaje en el contrato de concesión.

La práctica ha demostrado que este mecanismo ayuda a mejorar la posición del concesionario a la hora de endeudarse para la construcción, ejecución y mantenimiento de la obra: Sin duda se establece un piso sólido a los ingresos de la concesión. No obstante ello, los principales problemas que se han asociado a esta fórmula, dicen relación con la “oportunidad de pago” del IMG por parte del MOP; valga decir que desestimamos esta observación, toda vez que la oportunidad de pago no descalifica a este método como punto importante de apoyo al financiamiento de la obra, permitiendo disminuir la calificación riesgosa de la obra para el concesionario.

Como sostiene Felipe Morandé al explicar el tenor de la Ley de Concesiones, nos podemos percatar que el argumento típico para otorgar este tipo de garantías no es otro que impulsar la inversión, y a la vez, evitar que se sobre-invierta pues ello conduce a una ineficiencia en el mecanismo de

---

<sup>68</sup> Feller Rate Clasificadora de Riesgos, informe Marzo 1998, Santiago de Chile.

concesiones nacional. “Respecto de los riesgos de demanda y costos, la ley establece garantías explícitas de ingresos mínimos en la etapa de operación para los primeros, en tanto que los segundos los asume enteramente el concesionario (el Estado no comparte sobrecostos)”.<sup>69</sup>

#### **IV.4.2. Subsidios Estatales otorgados a las concesionarias.**

Los subsidios se entregan sólo por razones de interés público. Es un compromiso de pago a todo evento, que aumenta la calificación del riesgo para el Estado chileno, pues el riesgo del proyecto será pagado por el Fisco y no por el concesionario.

Sin lugar a dudas, esta garantía impone un costo adicional a los contribuyentes, ya que estas subvenciones no se ven reflejadas en los presupuestos públicos y generan obligaciones futuras. Con todo, ciertos autores (Timothy Irwin, Michael Klein, Guillermo Perry y Matten Thobani)<sup>70</sup> señalan que en ciertas circunstancias, estas garantías podrían no sólo incentivar las inversiones sino también asegurar la eficiencia del sector, en particular cuando el riesgo político y regulatorio es alto, las garantías que se entreguen a un concesionario (o que éste ofrezca) podrían servir como mecanismo para alcanzar la segunda mejor asignación (*second best*).

---

<sup>69</sup> MORANDÉ, Felipe. Op. Cit., pp. 55.

<sup>70</sup> IRWIN, Timothy; KLEIN, Michael; PERRY, Guillermo y THOBANI, Matten. Así lo sostienen los autores referidos en su obra *Dealing with Public Risk in Private Infrastructure*, Washington D.C. (1997).

#### **IV.5. Riesgos menores en la concesión.**

Aunque el concesionario puede recibir subsidios y garantías, existen una serie de riesgos que afectan la explotación de la obra y que van asociados a esta nueva línea de concesiones, pues alteran los parámetros de ingresos que el concesionario previó al momento de postular a la licitación. Fundamentalmente, se trata de riesgos asociados a factores externos a la normal explotación de la obra, tales como: Daños medioambientales producidos con motivo de la explotación (estos deben mitigarse, o evitarlos en medida de lo posible),<sup>71</sup> tasa de usuarios infractores (responsabilidad del Estado en esta materia, cooperación con el concesionario en entrega de información), y riesgo de endeudamiento en moneda distinta a la acordada en el contrato de concesión.

En este sentido, Gloria Hutt, al referirse al futuro de las concesiones interurbanas y caminos transversales, señala que las nuevas concesiones serán más dependientes de mercados poco diversos. “Serán en general monopolios con demandas más bien bajas y en algunos casos fuertemente estacionales (...) se requerirá una consideración detallada de las condiciones locales, mayor énfasis en el mercado potencia y en la estructura de las decisiones de viajes más que en la elección de rutas como ha sido el caso

---

<sup>71</sup> El dictamen N° 7634 - 2007 de Contraloría General de la República, dispuso que la obra pública fiscal concesionada Autopista Vespucio Sur deba someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instancia que permite al Municipio correspondiente y a los vecinos hacer las observaciones que estimen pertinentes, con objeto de la ejecución de la obra (30/10/2008).

tradicional”.<sup>72</sup> Por lo mismo, anuncia el nacimiento de *los riesgos estructurales* asociados con la clasificación del país, la capacidad institucional y el contexto político, los que sólo podrán combatirse cuando el MOP incorpore mecanismos que agilicen los procesos de estudio y aprobación de las ideas tanto públicas como privadas. De otro modo, los riesgos en la demanda de cada concesión caminera serán por lo bajo, imprevisibles.

## **Capítulo V. Tratamiento de los riesgos en base al Artículo 22 del Decreto Supremo MOP N° 900/1996.**

### **V.1. Fuerza mayor y caso fortuito. Un tratamiento diferente al Derecho Privado. Comparación.**

Como veremos más adelante, el principio imperante en todo contrato de construcción de obra pública suscrito entre el Fisco y un particular, es que los riesgos que nacen de la construcción misma sean asumidos por el concesionario. Esto, señala Dolores Rufián, “emana de los contratos de construcción tradicionales en los que la administración paga un precio por la ejecución de la obra y ésta se construye a riesgo y ventura del contratista. No obstante, puede plantearse si dicho riesgo es el riesgo empresarial o también

---

<sup>72</sup> HUTT, Gloria. Op. Cit., pp. 320.

se incluye el de caso fortuito y fuerza mayor”. En principio, nos recuerda la autora, las normas civiles chilenas liberan al deudor del cumplimiento en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor<sup>73</sup>; sin embargo, la Ley de Concesiones nos señala expresamente que el concesionario responderá, en principio, del caso fortuito o la fuerza mayor, lo que es validado por las normas civiles como una estipulación expresa de las partes, lo cual constituye una excepción a la regla general<sup>74</sup>.

Entonces, sería admisible que las Bases de Licitación liberasen al concesionario de la obligación de cumplimiento del plazo para la construcción de la obra, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, no imponiendo en dicho caso las sanciones previstas para el incumplimiento de los plazos. En ese sentido, el tenor literal del artículo 1547 de nuestro Código Civil sería sustituido por este acuerdo expreso entre las partes que claramente establece un sentido diverso al legal, en el entendido que las Bases de Licitación frecuentemente son revisadas por ambas partes (el MOP quien las origina, y el concesionario que por su parte, dará aplicación real a lo allí dispuesto) y por consiguiente, revisten

---

<sup>73</sup> Código Civil, artículo 1547, inciso segundo. “El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”. En su inciso final, el mismo artículo 1547 nos señala: “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

<sup>74</sup> En este sentido, RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 126. El D.S. MOP N° 900/96 (Ley de Concesiones de Obras Públicas), modificado recientemente por la Ley N° 20.410 de 2010, señala en su artículo 22: El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente: 2.- 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 (...) No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, así así lo establecieren las bases de la licitación” (subrayados nuestros).

el carácter de acuerdo entre ambas partes, lo que a su vez se ve reforzado por la correspondiente suscripción del contrato de concesión de obra pública, el mejor exponente del concurso real de las voluntades de los suscriptores.

Un ejemplo conocido y notable en este sentido, lo constituyeron las Bases de Licitación del Túnel El Melón, las que “establecieron expresamente la posibilidad de que el Fisco asumiera un sobre costo de origen geológico, definido como la diferencia entre el costo real de construcción de las partidas en que tiene incidencia la geología del túnel, calculado una vez terminadas y recibidas conformes, y el costo estimado en el presupuesto oficial correspondiente al conjunto de partidas relacionadas con la geología del túnel”<sup>75</sup>. Así, el MOP se comprometió contractualmente a asumir un 70% de la parte del sobre costo de origen geológico que exceda del porcentaje propuesto por el licitante. Con esta lección aprendida como telón de fondo, es fácil percatarse que en general el Fisco no ha asumido expresamente en ninguna de las Bases de Licitación elaboradas por el MOP, aquellos sobre costos provenientes de ciertos riesgos (como son los riesgos ambientales o de descubrimientos de sitios arqueológicos, o los mismos riesgos geológicos) para el periodo de construcción, toda vez que un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental bien elaborado puede minimizar dicho riesgo. Es más, sí se presentan ciertas Bases de Licitación en que el MOP “ha establecido que el Estado asume ciertos riesgos relacionados con las mayores exigencias

---

<sup>75</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 125.

ambientales que pudieran derivar de la aprobación final del Estudio de Impacto Ambiental”<sup>76</sup>, lo que limita su responsabilidad a dicho aspecto, como un resguardo ante cualquier eventualidad geológica, ambiental o arqueológica la que deberá ser soportada por el concesionario.

En primer lugar, señalar que para Engel, existen renegociaciones justificadas (por ejemplo, un crecimiento de la demanda que requiere de obras adicionales, o nuevos estándares de seguridad en carreteras) y otras que se deben a *imprevisión* del MOP o a malas decisiones del concesionario. Señala que hay varias medidas que deberían reducir este riesgo, devolviéndole al proceso competitivo de adjudicación su efectividad<sup>77</sup>. Pero, como sabemos, la función del caso fortuito o fuerza mayor es más bien excusar el incumplimiento de una obligación preexistente<sup>78</sup>, circunstancia que se da con mayor facilidad en el derecho de contratos pues estos hechos darían lugar a excusas de caso fortuito o fuerza mayor (por regla general), sin perjuicio de poder pactarse lo contrario en el caso de las concesiones donde la voluntad de las partes es el primer elemento a considerar, seguida de la norma específica contenida en el artículo 22 de la Ley de Concesiones (y que hemos comentado), estableciendo una reglamentación distinta al derecho de contratos tradicional.

## **V.2. De los sobrecostos sufridos en la etapa de construcción.**

---

<sup>76</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 126.

<sup>77</sup> ENGEL, Eduardo, et. al. Op. Cit., pp. 154.

<sup>78</sup> En ese sentido, BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., pp. 414. Agrega el autor que “así, su estudio (del caso fortuito) pertenece esencialmente al derecho de los contratos (donde, a su vez, tiene especial interés respecto de obligaciones de resultado)”.

Como afirman Bitrán y Villena, “el principal problema es que al estar enfrentado el Estado a un monopolio, existe el riesgo de sobrepuestos y de falta de transparencia en el proceso de renegociación, afectándose la eficiencia y legitimidad del sistema”<sup>79</sup>, lo que viene a graficar que en el marco de la concesión de una obra pública, y específicamente en la etapa de construcción de la misma, es común la presencia de sobrecostos. Estos, generalmente asociados a la necesidad de nuevas obras, traen como consecuencia la modificación del contrato, pero lo que más problemas genera este tema dice relación con quién los asume, principalmente por la discusión en torno a quien se atribuyen las causas por los que se produjeron.

El artículo 22 del D.S. MOP N° 900/96, como se sostuvo al analizar las etapas del contrato de concesión de obra pública, contiene el régimen jurídico al que se sujetará la concesión durante la etapa de construcción, siendo relevante, a efectos de comprender acertadamente los sobrecostos en relación a esta fase, exponer lo indicado en la primera parte del N° 2, que prescribe que “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”<sup>80</sup>. Si bien la redacción resulta clara, cabe preguntarse si las referidas obras abarcan solo las

---

<sup>79</sup> BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. Centro de Estudios Públicos CEP, N° 117, año 2010, pp. 195.

<sup>80</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 22 N° 2.

de la ingeniería inicial o además las nuevas obras que se hicieren eventualmente necesarias.

A este respecto, debe especificarse que no obstante existir certeza en cuanto a que estas últimas deben ser efectuadas por el concesionario bajo el mismo régimen jurídico, se han presentado a lo largo de las diferentes obras concesionadas en nuestro país discrepancias en torno a los costos que ellas generan -los sobrecostos- existiendo sentencias de comisiones arbitrales que resuelven el tema en base a razonamientos jurídicos similares pero que a veces llevan a resultados distintos, especialmente si se trata de temas como el que analizamos, donde los hechos son por cierto distintos en cada caso, debido a la multiplicidad de factores involucrados.

Es común que los sobrecostos sean regulados en los contratos concesión de obra pública respectivos, ya sea al inicio de estos o bien a través de convenios complementarios, tal como sostiene la ex Ministra de Obras Públicas Loreto Silva, que al explicar los detalles de la obra “Puente sobre el canal Chacao” expresó en conferencia de prensa que “El contrato no admite modificación en esta materia, todo costo adicional es de cargo y costo de la empresa (...). Nosotros sólo nos tenemos que asegurar que la obra se construya conforme a las normas técnicas. Es una propuesta afirme y no

existen convenios complementarios”<sup>81</sup>, lo que se explica indudablemente en que el Estado, representado a través del MOP, intenta resguardar al máximo los recursos comprometidos en este tipo de proyectos, haciéndonos volver sobre el equilibrio económico del contrato, que puede verse seriamente afectado en ciertas ocasiones, especialmente cuando no existe una adecuada distribución de riesgos y particularmente de costos.

Otro tema discutido a propósito de los sobrecostos en la etapa de construcción, materia que por cierto forma parte sustancial del tratamiento de los riesgos en el contrato, deriva de los producidos por atrasos en las obras. En efecto, es usual que las obras se retrasen, dando lugar a indemnizaciones, las que – pactadas o no en las bases de licitación o contrato – son siempre materia de ardua discusión, toda vez que el factor imputabilidad en las causas de los atrasos que les dan origen es de difícil resolución, puesto que de ello dependerá prácticamente el resultado del conflicto. Así, es presumible en este tipo de casos, que las partes centren sus esfuerzos en imputar responsabilidad a la otra para lograr, o bien rebajar la indemnización, o bien distribuir los costos con la otra, obteniendo así resguardar el patrimonio que puede verse afectado, existiendo fallos de las comisiones arbitrales en ambos sentidos.

De este modo, hemos constatado como a través de las dos situaciones más comunes que causan sobrecostos en el contrato de concesión de obra

---

<sup>81</sup> Conferencia de prensa MOP del 10/12/2013. Recurso electrónico disponible en: [www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/10/634166/detalles-tecnicos-del-puente-chacao.html](http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/10/634166/detalles-tecnicos-del-puente-chacao.html).

pública existen distintos elementos a considerar, los que por cierto dependerán de la valoración que hagan los distintos actores involucrados en la materia, toda vez que, como se dijo, existen altas posibilidades de que sean foco de discusión durante su desarrollo.

Para cerrar el análisis en torno a este factor de riesgo, es interesante detenerse en el hecho de que todo aquello que contribuya a clarificarlos en el contrato será de la máxima utilidad, pero ello no quiere decir que deba cargarse al concesionario con todos los riesgos asociados a la concesión, lo que resulta injusto y poco afín a las políticas públicas a nivel mundial en la materia, que si bien tienden a la cooperación público – privada, no lo hacen solo en cuanto a la ejecución de los proyectos, sino también en todos los aspectos que forman parte de este, siendo el tema de los sobrecostos uno que debiera revisarse en nuestra legislación y específicamente en los contratos mismos, para tender a una mayor equidad en su responsabilidad entre los distintos actores.

### **V.3. Tratamiento de los riesgos en la fase de construcción, en el derecho comparado.**

Como ya hemos señalado, el artículo 22 del D.S. 900/96 MOP establece perentoriamente en su numeral segundo, que “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 base de la licitación". Entonces, lo habitual en el derecho chileno es que las Bases de Licitación –representativas de la voluntad de las partes- establezcan si el concesionario responde o no de los riesgos (inclusive si provienen del caso fortuito o fuerza mayor), y a falta de dicho acuerdo se aplicará lo dispuesto por esta normativa. Conviene preguntarse, entonces, si este ejemplo de regulación especial se ha replicado en otros países: por citar solo algunos ejemplos, señalaremos que en la jurisprudencia francesa se ha optado en un momento por seguir analógicamente el criterio de concurrencia de las culpas, atribuyendo una parte de los daños a la culpa y otra al caso fortuito<sup>82</sup>. Esta conclusión debe mirarse con cautela, pues "como se ha visto, lo que importa en el juicio de responsabilidad civil es si la negligencia fue significativamente determinante en el resultado, sin consideración de la intervención de otras causas"<sup>83</sup>. En efecto, el jurista francés Florence Millet señala que la importancia más precisa del caso fortuito o fuerza mayor es como excusa de responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones de resultado. Pero más allá de su carácter liberatorio de responsabilidad, conviene analizar su aplicación en las normativas sobre

---

<sup>82</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., pp. 415.

<sup>83</sup> Ibíd. Por esta razón, señala Barros, esta jurisprudencia francesa ha sido luego revisada.

concesiones que hemos tratado en la presente obra, como son el derecho australiano o puertorriqueño, que veremos a continuación.

### **V.3.1. El caso Australiano.**

En el derecho común australiano, la fuerza mayor no constituye una doctrina reconocida propiamente tal. En cambio, la fuerza mayor es un *término contractual* utilizado para manejar los riesgos en el evento que una de las partes (o ambas) se vean imposibilitadas de cumplir lo pactado<sup>84</sup>. Tal y como se ha descrito en una de las publicaciones oficiales del Gobierno australiano, denominada *National PPP Guidelines Overview*<sup>85</sup>, uno de los principales riesgos que resultan aplicables a los contratos PPP australianos (consorcios público-

---

<sup>84</sup> CHALET, Andrew y HIRSCH, Gabrielle. Force Majeure, paper de estudio elaborado por TressCox Lawyers (2011), pp.2.

<sup>85</sup> En el modelo australiano de concesiones, existe una serie de lineamientos generales que rigen a las concesiones o asociaciones público-privadas, las que se contienen en documentos de elaboración oficial, como son estas National PPP Guidelines Overview (elaboradas por: Australian Government – The Council of Australia Governments, November 29, 2008). Su aplicación es común para todas las jurisdicciones existentes en Australia, y reemplazan todas las políticas existentes hasta esta fecha (Fuente: Infrastructure Australia – Australian Government, en [www.infrastructureaustralia.gov.au](http://www.infrastructureaustralia.gov.au)).

privados) lo constituye la fuerza mayor<sup>86</sup>, evento en el cual se ha constituido un criterio específico de ayuda al concesionario. En efecto, según se desprende de dicho documento, el concesionario o la parte privada respectiva podrá recibir una serie de ayudas o exoneración de sus obligaciones (y, en determinados casos, ciertas compensaciones) si ciertos eventos adversos ocurriesen: A grandes rasgos, estos eventos incluyen los desastres naturales, incendios, ciertos incumplimientos de contrato por parte del Gobierno, modificaciones a la obra iniciadas a petición del Gobierno, cambios en las leyes sustantivas que rigen el contrato, acciones o disputas industriales o procedimientos judiciales iniciados, entre otros. Nótese desde ya, que los supuestos considerados para el evento del *caso fortuito* son tanto más acabados y precisos en este caso, que en la legislación chilena, lo que demuestra una técnica legislativa diferente.

Luego, en los proyectos de infraestructura concesionados bajo la ley australiana, es habitual que el concesionario soporte un nivel de riesgo alto en relación a los daños provenientes de la *fuerza mayor* o caso fortuito, pero sólo en lo relativo a la obligación de continuar prestando el servicio (e incluso seguir adelante con la construcción del proyecto) si los efectos de la catástrofe son de larga duración, sin derecho a suspender la prestación del servicio por este sólo evento, y sin derecho a recibir un *pago por terminación* de parte del gobierno, situación que no obsta a la compensación económica que recibiría el

---

<sup>86</sup> *Force Majeure risk: This refers to the risk that events may occur which will have a catastrophic effect on either party's ability to perform its obligations under the contract. (National PPP Guidelines Overview, Chapter 5.4.1 Key Risks).*

concesionario por tener que continuar prestando el servicio bajo estas circunstancias<sup>87</sup>.

### V.3.2. El caso de Puerto Rico.

El caso puertorriqueño destaca por un aparataje público especialmente diseñado para dar cabida a las Alianzas Público-Privadas (APP), siempre revestidas de un alto grado de interés público, es decir, el Gobierno no renuncia ni cede su derecho a recibir un servicio eficiente, sin renunciar a la titularidad de los activos públicos incluidos en el “*contrato de alianza*” que suscribirá la autoridad con el privado.

Una alianza Público-Privada permite mayor participación del sector privado en el desarrollo y financiamiento de proyectos de infraestructura y prestación de servicios<sup>88</sup>. Estas alianzas se pueden formar con el propósito de ofrecer un servicio a los ciudadanos, así como para construir u operar una instalación o proyecto (infraestructura) considerado de *alta relevancia* para el Gobierno<sup>89</sup>.

Resulta necesario, a nuestro parecer, dedicar unas líneas al tratamiento de los riesgos bajo este nuevo marco del derecho de concesiones

---

<sup>87</sup> National PPP Guidelines Overview, 5.5. Key Commercial Principles.

<sup>88</sup> Autoridad para las Alianzas Público-Privadas de Puerto Rico.

<sup>89</sup> Así se describen sus objetivos en el mensaje de la **Ley de Alianzas Público Privadas**, Ley N°29 de la 16° Asamblea Legislativa de Puerto Rico, aprobada el 8 de junio de 2009, referente a las Alianzas Público Privadas como nueva política pública (y establece marco legal aplicable) en el Estado Libre de Puerto Rico.

puertorriqueño. Como base, señalar que en dicha legislación se contempla la existencia de *Alianzas público-privadas*, definidas en la “Ley de Alianzas Público Privadas” como cualquier acuerdo entre una entidad gubernamental y una o más Personas, sujeto a la política pública establecida en esta Ley, cuyos términos están provistos en un Contrato de Alianza, para delegar las operaciones, funciones, servicios o responsabilidades de cualquier ente gubernamental<sup>90</sup>.

En el derecho de Puerto Rico, el “Contrato de Alianza” otorgado entre el proponente seleccionado y la entidad gubernamental participante para establecer una Alianza, puede ser (sin que se entienda una enumeración taxativa) de los siguientes tipos: diseño-construcción (design/build), diseño-construcción-transferencia-operación (design/build/transfer/operate), de joint venture o empresa común, de llave en mano (turnkey), contrato de arrendamiento a largo plazo, contrato de concesión administrativa y cualquier otro tipo de contrato que separe o combine las fases de diseño, construcción, financiamiento, operación o mantenimiento de los proyectos siempre que no sean contrarias a la ley, la moral ni al orden público<sup>91</sup>.

De particular importancia es el artículo 6 del precitado cuerpo legal, el que enumera una serie de facultades y poderes de la Autoridad según le sean

---

<sup>90</sup> Ley de Alianzas Público Privadas N°29 de 8 de junio de 2009, artículo 2 letra b).

<sup>91</sup> Ley de Concesiones de Puerto Rico, artículo 2, letra g). Adicionalmente, se hace presente que por “entidad gubernamental” debe entender cualquier departamento, agencia, junta, comisión, cuerpo o entidad pública perteneciente al Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

necesarios o convenientes para llevar a cabo sus propósitos, en cuyo numeral (xiii) se incluye el “obtener seguros contra pérdidas en las cantidades y con los aseguradores debidamente licenciados que considere deseable, cuyo seguro podría incluir, sin que se entienda como una limitación, seguro contra responsabilidad civil de directores o directoras, oficiales, agentes y empleados o empleadas”.

Sobre los **riesgos y controversias**, en el artículo 10 numeral (vi), se señala que el contrato deberá contener los mecanismos y procedimientos que utilizará la Entidad Gubernamental Participante para resolver y adjudicar controversias y querellas de los ciudadanos sobre el Servicio, Función o Instalación objeto de la APP. Lo interesante, y que no se contempla en Chile como mecanismo perfeccionado de solución de controversias, es el denominado “Proceso de Revisión Judicial” (artículo 20 de la Ley de Alianzas), por el cual los proponentes que hayan sido cualificados para participar en la selección de propuestas podrán solicitar revisión judicial de la aprobación de un Contrato de Alianza, método este que “reemplaza a cualquier otro procedimiento o criterio jurisdiccional y de competencia que de otro modo aplicaría de conformidad con otras leyes o reglamentos”<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Se trata, según indica el artículo 20, de un recurso de revisión ante el Tribunal de Apelaciones, con un procedimiento especial reglado en esta ley. De particular importancia es la letra (g) del mismo artículo 20, que dispone: “Limitación del Daño: La parte recurrente no podrá, bajo ninguna circunstancia, como parte de sus remedios, reclamar el derecho a recibir resarcimiento por daños indirectos, especiales o previsibles, incluyendo ganancias dejadas de percibir”.

Aplicando lo anterior al caso concreto, podemos tomar como ejemplo la reciente licitación del 20 de junio de 2011 –una de las más grandes en la historia de Puerto Rico- para elevar las autopistas PR-22 y PR-5 a unas de clase mundial, rehabilitando y mejorando la seguridad de dichas vías. Como parte de las estipulaciones del contrato se estableció que el consorcio privado (Goldman Sachs Infrastructure Partners y Abertis Infraestructuras, con su consorcio *Metropistas*) no podría aumentar el costo de peaje hasta el 2014, y a contar de dicho año, para realizar un aumento en el valor del peaje este deberá justificarse por un aumento en el costo de vida. Adicionalmente, y como se desprende de su *Partnership Report* donde se realiza un análisis del estado de la concesión por la Autoridad para las Alianzas Público-Privadas de Puerto Rico, en el evento de fuerza mayor o caso fortuito que produjese cualquier retraso por un período superior a los noventa días, afectando con ello al concesionario, se liberará su derecho a aplicar la cláusula de “compensación por eventos” que, si bien es bastante reglada y con limitantes serias, pretende proteger al concesionario de un sobre costo excesivo ante eventos que escapan a su natural dominio sobre la concesión<sup>93</sup>.

Vale la pena detenerse sobre el siguiente punto: originalmente, los primeros contratos de concesión en Puerto Rico eran mucho más favorables para el inversionista privado que en la actualidad. De hecho, para la concesión

---

<sup>93</sup> Partnership Report for the procurement to acquire a concession to finance, operate, maintain, rehabilitate, expand and toll PR-22 and PR-5. 10 de Junio de 2011, Autoridad para las Alianzas Público-Privadas, pp.10.

de la ruta PR-66 y puente Teodoro Moscoso en ese país, no se conocía el coste total de construcción al iniciar las obras (hoy, esto sería una inseguridad tremenda para el concesionario) para lo cual se estableció un Precio Máximo Garantizado (PMG) del proyecto equivalente a USD 83.000.000 de 1990<sup>94</sup>. Adicionalmente, esta misma concesión contemplaba una cláusula de salida para el concesionario en caso de no cumplir con el mínimo de tráfico en la ruta.

Hoy, por el contrario, los contratos de concesión en el derecho de Puerto Rico son una garantía de que el título de la propiedad queda siempre en manos del Gobierno (no es una privatización), siendo el sector público quien controla cuánto se puede cobrar a los usuarios por el uso de la infraestructura, manteniendo el control estricto sobre las condiciones de infraestructura mediante el contrato de alianza que hemos mencionado, en el que siempre se contempla una fórmula de financiamiento por parte de una compañía privada o una cooperativa. Por lo mismo, los contratos de alianza pueden tomar la forma de *joint venture*, o de una concesión administrativa y operación a largo plazo, siempre que se enmarquen dentro de los “proyectos prioritarios” contenidos en el artículo 3 de la Ley de Concesiones, que ya hemos replicado. Esta fórmula, que garantiza diversidad en la contratación, sí ha resultado ser ventajosa para los privados y para el Estado (que no financia las obras públicas, que

---

<sup>94</sup> GUTIÉRREZ, Elías. Evolución del Concepto de Concesión Aplicado a Puentes y Autopistas en Puerto Rico. Universidad de Puerto Rico, año 2009, pp.12.

continuarán perteneciéndole), redundando en una mejor calidad de vida para los usuarios de la infraestructura concesionada.

#### **V.4. Revisión de Dictámenes de la Contraloría General de la República.**

Dentro del control estatal, la Contraloría General de la República, como órgano fiscalizador supremo en Chile a través de la ejecución del control de legalidad de los actos de la Administración Pública, tiene como una de sus funciones, dentro de la amplitud de ellas, la de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales. Así, al comprometerse el patrimonio del fisco en las concesiones de obras públicas, los distintos actos que en su desarrollo se producen están afectos al referido control, y tanto respecto a temas específicos de la etapa de construcción como de la de explotación la entidad en cuestión se ha pronunciado en algunas ocasiones. En adelante pasaremos a revisar particularmente dos dictámenes emanados de la Contraloría, los que darán luces sobre el actuar de ella en estas materias.

##### **V.4.1. Dictamen N° 29.955 (15/9/1997).**

En este dictamen se establece que la Dirección General de Obras Públicas debe reintegrar a la Sociedad Concesionaria Camino de la Madera S.A. las cantidades recibidas por indemnización al haberse hecho efectivo el seguro que se contratara a favor de ese Servicio, por haber acaecido el siniestro que afectara al contrato de concesión del Camino de la Madera. Ello,

en virtud del artículo 22 n° 2 del DFL 164/91 de Obras Públicas, vigente a la época de celebración del contrato, que establece que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, el cual debe hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquiera otra causa, concurriendo el fisco al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo estableces las bases de licitación. En esta contratación, las bases establecieron la obligación de la concesionaria de contratar un seguro por catástrofe que tendría como beneficiario único al Ministerio de Obras Públicas, a lo cual se dio cumplimiento en su oportunidad. Además, la empresa constructora aludida, en virtud de un convenio que a su vez mantenía con la mencionada S. A., procedió a ejecutar y financiar los trabajos para reparar los daños producidos durante la etapa de construcción con motivo de un deslizamiento de tierra en el camino concesionado, provocado por intensas lluvias, las cuales se ejecutaron adecuadamente, con aprobación del Inspector Fiscal.

Finalmente, en conformidad con las estipulaciones del contrato de seguro referido, el 30/1/97 el MOP recibió de la Compañía de Seguros contratada un documento (cheque) por una suma determinada, en concordancia con el informe de liquidación practicado al siniestro. Así, este contrato de seguro cumplió el objetivo que le es propio, o sea, el resarcimiento de los perjuicios causados por la ocurrencia del siniestro cubierto por la póliza, de manera de

dejar indemne al asegurado. Asimismo, aunque el beneficiario del seguro es el MOP, los riesgos de las obras fueron asumidos contractualmente por la concesionaria, quien efectivamente los soportó al solventar la reparación de los daños registrados, resultando indudable que el pago efectuado por el asegurador debe ceder en beneficio de esa empresa y no del Fisco, que no sufrió deterioro alguno. El hecho de que la póliza indique al señalado beneficiario, no tiene otro alcance que el de resguardar en forma expedita el interés público frente a un eventual perjuicio que pudiere haber sufrido con ocasión de algún siniestro, sin que pueda estimarse como título para retener las sumas pagadas por el asegurador. Tal retención, por el contrario, en la medida que no obedezca a un resarcimiento de perjuicios, daría lugar a un lucro sin causa y al correlativo empobrecimiento para la contraparte, y el seguro, en lugar de producir sus efectos propios, originaría una alteración al equilibrio económico propio de los contratos conmutativos.

En este pronunciamiento de la Contraloría General de la República, vemos como, con fuente en la regulación jurídica de la etapa de construcción, se realiza un razonamiento en orden a concluir que el pago del seguro en cuestión tiene como fundamento resarcir los perjuicios sufridos por la concesionaria en la construcción de la obra, con motivo de la ocurrencia de uno de los casos contemplados en el n° 2 del artículo 22 del DS 900/96.

#### **V.4.2. Dictamen n° 30.978 (4/7/2008).**

Informa a Senador requirente sobre contratos celebrados por el MOP, relativos al programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria de conformidad al DS 900/96 y su reglamento, contenido en el DS 956/97, refiriéndose a la infraestructura penitenciaria, mayores pagos efectuados por el MOP, responsabilidad de la inspección fiscal, responsabilidad del equipo profesional de las empresas, causales de extinción, subcontratistas, resolución de controversias y auditoría técnico financiera.

En cuanto a los temas que nos competen, en el requerimiento se hace presente que el Fisco se vio obligado a pagar la realización de mayores obras, no obstante las bases de licitación estipular que los trabajos serían de cargo de la concesionaria, agregándose que existiría responsabilidad de la Inspección Fiscal contratada para cada una de las obras, ya que no habrían cumplido con sus labores de supervisión, como también del equipo profesional de cada una de las empresas involucradas, ameritando todo lo anterior que el MOP hubiese aplicado alguna de las causales de extinción de la concesión mencionadas en los pliegos de condiciones respectivos, dando origen a una falta de probidad administrativa de los funcionarios de este Ministerio. Además, se sostiene que existe perjuicio fiscal, por responsabilidad de las concesionarias, por la paralización de las obras, quedando incluso algunas de ellas abandonadas.

Conforme al artículo 22 n° 2 de la Ley de Concesiones, los trabajos deben efectuarse a entero riesgo del concesionario, el que asume todos los

desembolsos que fueren necesarios hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier otra causa.

Por su parte, los artículos 19 y 20 de la mencionada ley facultan al MOP para modificar, por razones de interés públicos, las características de las obras y servicios contratados, así como su ampliación y mejoramiento por iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, suscribiendo el respectivo convenio complementario, en que se deje constancia de las compensaciones que sean procedentes por estos mayores trabajos. En concordancia con ello, los mayores pagos realizados por el Fisco a las distintas empresas como antes se hiciera presente, obedecieron al cumplimiento de cada uno de los convenios celebrados por las partes, los cuales fueron aprobados a través de los respectivos decretos supremos tomados de razón por la Contraloría General, así como a sentencias dictadas por la Comisión Arbitral contemplada en la Ley de Concesiones.

En definitiva, la Contraloría, pese a estimar que en lo relativo particularmente a las nuevas obras que generaron mayores costos no hubo irregularidades, si cree procedente la configuración de la falta de probidad aludida en el artículo 52 de la Ley n° 18.575, de Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado por los otros aspectos contenidos en el requerimiento, especialmente lo vinculado a los Inspectores Fiscales involucrados, por lo cual el Servicio deberá practicar la investigación

correspondiente, a la luz de los aspectos auditados, de cuyo resultado deberá darse cuenta a la Entidad de Control.

Así, hemos visto como la Contraloría General de la República ha hecho un acertado análisis respecto al tema de los riesgos en la etapa de construcción de la obra, el cual compartimos y estimamos va en la dirección correcta al tenor de lo dispuesto en la legislación de la materia.

#### **Capítulo VI. De los riesgos en la etapa de construcción.**

En toda obra concesionada, en principio, la realización de los trabajos de construcción será realizada de manera directa por la sociedad concesionaria (que suele encabezar una empresa constructora) o bien, contratando su realización con uno o varios terceros. Cualquiera sea la modalidad escogida para la construcción, es evidente que la sociedad concesionaria será concebida como la gestora del contrato (lo que entrega una responsabilidad mayor a su rol, por sobre las demás empresas participantes), situación de particular relevancia pues las Bases de Licitación usualmente exigen que, de emplear subcontratación, sea en base a empresas calificadas a través del Registro de Contratistas del MOP con la finalidad de reducir los posibles riesgos durante la vigencia de la obra.

Como bien señala Dolores Rufián Lizana, “los riesgos en el período de construcción de la obra son muy variados y el contrato considera, por ejemplo,

los riesgos en el proceso de concepción o de ingeniería, los riesgos de sobrecosto, los riesgos de no performance, de no cumplimiento del plazo, o de concurrencia de catástrofes que destruyan la obra<sup>95</sup>. De este breve esbozo de los principales riesgos que realiza la autora, podemos ya adelantar de manera bastante obvia, que es el concesionario quien los puede asumir en las mejores condiciones: Es por lo mismo, que normalmente celebrará subcontratos con empresas proveedoras o constructoras que le garanticen los precios durante todo el periodo de construcción, por señalar sólo un ejemplo. El mismo caso aplica para resguardarse en el cumplimiento de los plazos previstos a la época del contrato, para lo cual las Bases de Licitación suelen emplear un sistema de primas y sanciones, a fin de resguardarse ante estos riesgos, y de promover la antelación en el cumplimiento de las fechas de entrega de las obras (en el mejor de los casos).

En lo concerniente a las primas, para adelantar la construcción se incluyen, por ejemplo, la posibilidad de comenzar a cobrar las tarifas una vez finalizada la construcción, o la posibilidad de cobrar tarifas en ciertos tramos cuando se terminan parcialmente las obras. Dentro de las sanciones, por otro lado, el mandante suele contar con mecanismos de resguardo lo suficientemente fuertes (multas por el no cumplimiento de los plazos de terminación, o por no cumplir con las entregas parciales acordadas) como para garantizarse el cumplimiento de los plazos previstos.

---

<sup>95</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 124.

En suma, el principio de que el riesgo en la construcción es asumido por el concesionario deriva de los contratos de construcción tradicionales, en que la administración paga un precio determinado por la ejecución de la obra, la que a su vez se construye a riesgo y ventura del contratista. Esto no obsta a que se busquen mecanismos de resguardo para cada una de las partes: Por parte del inversionista, quien con frecuencia no quiere asumir riesgos tales como los que provengan de características geológicas del terreno en que se construye, o el probable descubrimiento de sitios arqueológicos, entre otros; y por parte del Fisco, quien sobre todo propone sanciones ante el no cumplimiento de los plazos, limitando el aumento del mismo en la construcción sólo cuando las causas sean imputables a un actuar de la administración (esto es, no sólo un actuar del MOP que retrase la construcción, sino de cualquier órgano de la administración o institución pública).

#### **VI.1. La paralización de la obra. Supuestos generales.**

Adentrándonos en el tratamiento de los riesgos en la etapa de construcción, que como se expresó está regulada en el artículo 22 del DS MOP N° 900/96, la paralización de la obra es uno de los escenarios que pueden darse.

Este es un tema presente en la realidad, produciendo diversos efectos cuando se materializa. Además de modificar el contrato respectivo,

particularmente en cuanto a los plazos, repercute en la concesión a nivel general, puesto que en su historial quedará contemplado este hecho, lo que será motivo de dudas en cuanto a los pasos que vendrán en su desarrollo, en el entendido de que es previsible que se desencadenen conflictos en cuanto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo contractual original, luego modificado esencialmente.

Es interesante analizar el rol de las garantías en esta materia, puesto que ellas están contempladas justamente para subsanar problemas derivados de este tipo de situaciones, entre varios otros motivos. Ello, sin dejar de tener presente que las indemnizaciones y compensaciones cumplen también un papel relevante en este sentido. Prueba de ello es que, comúnmente, a excepción de los casos en que la empresa a cargo de las obras se declara en quiebra, la paralización de la obra se daba en el contexto de obras públicas no concesionadas, existiendo al respecto casos emblemáticos.

Sin embargo, aún hoy existen casos de obras que se han paralizado - incluso abandonado (liquidándose el contrato) y luego retomado - como la conexión vial Camino de la Fruta - Melipilla y la Ruta Internacional 225 Ensenada (X región), lo que ha generado diversos conflictos, ya sea políticos, económicos o sociales. Así, por ejemplo, la paralización de una obra produce el despido de trabajadores (que por cierto no son pocos), contribuyendo al desempleo, repercutiendo económica y políticamente para el gobierno de turno.

Particularmente, en el caso de la segunda de estas rutas, que es la de mayor importancia a nivel turístico en nuestro país después de la Ruta 68, ello significó una merma en este rubro durante el tiempo que estuvo paralizada la obra, que se extendió por diez meses (desde el 22 de Marzo del año 2012), lapso que se demoró la Contraloría General de la República en tomar razón respecto a la liquidación del contrato de la empresa constructora.

Abordados los principales temas en los supuestos generales de la paralización de una obra pública concesionada, a continuación pasaremos a revisar los riesgos particulares en la etapa de construcción, derivados de causas imputables a la paralización provocada por el MOP.

## **VI.2. Riesgos en la fase de construcción imputables a una paralización provocada por el Fisco.**

En el desarrollo ordinario de cualquier construcción de obra pública concesionada, es lógico asumir que el responsable del cumplimiento de los plazos en esta etapa será el concesionario. No obstante ello, en ocasiones suelen producirse retrasos por causas imputables al Fisco, lo que significará un aumento en el plazo respectivo para el concesionario igual al periodo de entorpecimiento, paralización o detenimiento que sufra la obra (sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes según se hayan pactado).

En primer lugar, señalar que una paralización causada o provocada por el Fisco incluye aquellas que sean imputables no solo al MOP, sino “a cualquier institución pública de cuya actividad dependa el normal desarrollo del plazo de concesión (...) De esta manera, las BALI han regulado los retrasos que pueden plantearse como consecuencia de demoras que pueda sufrir la ejecución del contrato por las autorizaciones ambientales que correspondan, o retrasos debidos a autoridades descentralizadas de los municipios o regiones”<sup>96</sup>. Lo anterior resulta lógico, toda vez que el contrato de concesión no es un contrato del MOP exclusivamente, sino un contrato del Estado de Chile pactado con el concesionario y por consiguiente, cualquier falta imputable a un organismo estatal debiera ser considerado como causal de retraso por cuenta del Fisco, riesgo que el concesionario no debiese asumir. A mayor abundamiento, así ha sido considerado en algunas Bases de Licitación preparadas por el MOP.

En segundo lugar, corresponde despejar una duda netamente de derecho, cual es grado de imputabilidad señalado en la ley<sup>97</sup> en el entendido que se pudiera exigir al Fisco cierto tipo de negligencia o culpa en el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo al contrato de concesión, para que el retraso le sea efectivamente imputable. En este sentido, si lo que se pretende es hacer responsable al Estado por estas paralizaciones, deberemos referirnos esencialmente al hecho que genera esa responsabilidad, teniendo en

---

<sup>96</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 127.

<sup>97</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 22 N°3: “Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del 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”.

mente que lo normal en el derecho chileno es que el Estado esté sujeto a distintos criterios de atribución de responsabilidad, que se hacen cargo de la diversidad de actividades y funciones asumidas por las administraciones modernas.

A este respecto, Enrique Barros señala que “leyes especiales pueden establecer reglas en materia de responsabilidad. Es el propósito inequívoco de la Ley de Concesiones (DS 900/1996) que hace residir en el concesionario las responsabilidades que naturalmente corresponden al Estado de conformidad con las reglas generales (artículos 22, 23, 24 y 25 de la norma ya citada)”<sup>98</sup>. Para Barros, es comprensible esta reglamentación especial pues como hay un desplazamiento de la labor pública hacia un concesionario, resulta lógico hacerle responsable de aquellas funciones que también le son delegadas. Por lo mismo, el sujeto finalmente responsable será el concesionario, y ello es consistente con el régimen general de concesiones. “El concesionario responde en tales casos como sujeto privado que ha asumido delegadamente una función pública (...) en otras palabras, para que haya lugar a una responsabilidad es necesario que el demandante acredite la comisión de una falta de servicio, del mismo modo que si la Administración estuviese actuando directamente”<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Op. Cit., pp. 530.

<sup>99</sup> *Ibíd.* Sin embargo, agrega, “todo indica que el Estado permanece como garante de la prestación del servicio de conformidad con el estándar exigible”. En el caso de una concesión caminera, como hemos tratado extensamente en esta obra, deberemos entender que el Estado conserva una responsabilidad al menos como garante de que el servicio público concesionado haya sido prestado de manera correcta.

### **VI.3. Los mayores costos de construcción y/o merma en los ingresos de la concesionaria.**

Al referirnos a los denominados mayores costos de construcción, debemos tener presente que en esta obra, únicamente analizaremos las variaciones que experimenta el costo de la construcción para un determinado tipo de obra (autopistas o autovías). Es necesario hacer esta prevención, ya que no debe hacerse extensivo un análisis de aumento de costos a diferentes obras arquitectónicas a las tratadas en estas líneas.

En términos generales, cuando existen mayores costos asociados a la construcción de una obra concesionada (por ejemplo, al licitar la concesión de una autopista) se debe determinar cuáles partidas específicas han sufrido variación. Normalmente, estas partidas dicen relación con: un aumento en gastos generales como consecuencia de un aumento de los plazos de las obras; mayores costos por una gestión de contrato mayor al original; costos financieros (precio del dinero); mayores costos en boleta de garantía; reintegro de multas; costos por aumento de obra durante el desarrollo del contrato; mayores costos por aceleración (normalmente ocasionada por el mandante, MOP); costos adicionales por cambio de especificaciones (debe diferenciarse al cambio de diseño); los mayores costos por pérdida de rendimiento; mayores gastos en subcontratistas y saldo de obras extraordinarias; y, por último, las

reclamaciones por utilidades en base a las modificaciones ya señaladas, que también redundará en un mayor costo de la obra.<sup>100</sup>

De estas múltiples causales, en el evento de verificarse, se derivará como consecuencia directa un detrimento patrimonial importante que sufrirá el concesionario (quien muchas veces debe soportar los mayores costos por estos u otros conceptos *incluso hasta terminada la construcción de la obra*), situación que debe regularizarse antes de finiquitar la relación con el mandante. Pero no sólo constituye un riesgo para el concesionario este mayor costo en la obra, el que lógicamente, siempre deberá regularizarse para que no se produzca un enriquecimiento ilícito del MOP a costa del empobrecimiento sufrido por el concesionario, sino también la merma en los ingresos de la sociedad concesionaria debe precaverse como un riesgo importante, que puede condicionar la construcción y ejecución de la obra.

Para graficarlo simplemente, respecto de los ingresos (o flujos de la concesionaria) podemos señalar que fundamentalmente serán: los ingresos provenientes de los cobros en las plazas de peajes, ingresos mínimos garantizados (IMG) e ingresos financieros. En caso de falta de liquidez para enfrentar sus obligaciones, la concesionaria dispone de una línea de liquidez con algún Banco de la plaza; en tanto, los principales egresos corresponden a los costos de construcción y de explotación, los pagos al Estado y demás

---

<sup>100</sup> Ingeniería DICTUC, Informe de Mayores Costos – Proyecto de Corredor PAC. División Ingeniería y Gestión de la Construcción, 2011, pp. 3 - 7.

gastos financieros. Para el caso de obras adicionales requeridas, por ejemplo, a través de *convenios complementarios*, se suele emplear un financiamiento a través de las respectivas compensaciones del MOP recibidas directamente por el concesionario, ya sea por intermedio de Bancos o por emisión de bonos<sup>101</sup>.

#### **VI.4. Riesgos específicos en la etapa de construcción.**

Adentrándonos en el análisis de los riesgos específicos que pueden presentarse en la etapa de construcción durante el desarrollo de un contrato de concesión de obra pública, nos encontramos con varios tipos de ellos, y en adelante pasaremos a revisar los que revisten mayor importancia, no obstante no ser los únicos.

##### **VI.4.1. Riesgo de diseño.**

El riesgo de diseño a que se puede ver expuesta la concesión de una obra pública se erige como uno de los más complejos y al cual los encargados de la construcción ponen mayor atención en minimizar, pues no depende de factores externos, por lo que su ocurrencia desliza siempre la opción de cargar su responsabilidad a la misma empresa concesionaria, debiendo asumirlo por regla general, siendo excepcional en los casos en que los seguros comprometidos contemplan otro régimen.

---

<sup>101</sup> Análisis razonado al 31 de Marzo de 2013. Ruta del Maule Sociedad Concesionaria S.A. (correspondiente a los estados financieros por los ejercicios terminados al 31 de marzo de 2013 y 31 de diciembre de 2012), pp. 4.

Dicho lo anterior, cabe analizar un poco más detalladamente a qué nos referimos al hablar de riesgos de diseño, el que usualmente se entiende como aquel que se desprende de los cálculos, mediciones y demás especificaciones técnicas de los organismos encargados de realizarlos, el que determinará finalmente los parámetros en base a los cuales se realizará la construcción de la obra.

Como podemos ver, se trata de un tema netamente técnico, pero cuyas implicancias, de incurrirse en errores u omisiones durante la construcción o una vez ya concluida la obra, pueden llevar a controversias entre el MOP y la empresa concesionaria, por lo que es un tema de gran relevancia y al que los involucrados prestan especial atención.

Es interesante abordar el tratamiento del riesgo de diseño que se utiliza habitualmente en los contratos de concesión de obra pública -que como sabemos tiene su estatuto jurídico en el artículo 22 N° 2 del DS MOP N° 900/96-, comparándolo con lo que ocurre en los casos de contratación directa, donde por regla general la obra tiene un precio máximo a suma alzada, siendo el costo para el Estado dicho valor, asumiendo por consiguiente el constructor el riesgo de construcción, de diseño y el de costo de los suministros, es decir, el Estado se hace responsable en forma limitada, dejando en manos de quien construye lo vinculado al riesgo de diseño, quien lo asume por completo, situación similar al caso de las obras concesionadas.

Estimamos oportuno recordar el Dictamen N° 44066 de la Contraloría General de la República, que en su oportunidad y frente a un caso en el cual hubo diferencias entre los documentos impresos y aquellos archivos digitales que formaron parte de una licitación, sostuvo que se debía compensar al contratista por los mayores costos en que incurrió por efecto de la referida diferencia, la cual era de estricta responsabilidad del mandante, quien suministraba la información y antecedentes para la obra. Por lo tanto, sí es posible que un contratista sea compensado cuando el MOP (o la entidad pública correspondiente) no ha sido suficientemente diligente con la provisión del diseño para la obra, recordando en ese sentido, que al menos se debe contar con la *ingeniería de detalle* necesaria al momento de comenzar con la construcción.

#### **VI.4.2. Riesgo geológico.**

Otro de los riesgos a tener en cuenta al momento de licitarse un proyecto sujeto a las reglas del sistema de concesiones de obras públicas es el que dice relación con los que revisten características geológicas.

Ello, puesto que es evidente que existen zonas donde aún hoy no se sabe a ciencia cierta qué tipo de elementos y materiales pueden encontrarse, pensando particularmente en el caso de la construcción en el subsuelo. Este es

el caso más común, ya sea que se trate de hospitales, cárceles, colegios y, por cierto, autopistas.

Al igual que ocurre con otros factores de riesgo, aquí adquieren gran relevancia los estudios dirigidos a conocer las variables técnicas, en el área geológica, que tienen incidencia en la decisión de llevar a cabo la construcción de una determinada obra pública concesionada, permitiendo tener claridad sobre la factibilidad de llevarla a cabo.

Existe, no obstante lo anterior, un vínculo con la ocurrencia del caso fortuito y/o fuerza mayor, temas analizados anteriormente, y que revisten a este factor de riesgo con una difícil forma de abordar, puesto que si bien existen los mecanismos para reducirlo significativamente, siempre estará la posibilidad de que se escenifique alguno de estos casos, y es precisamente ahí donde se producen las controversias asociadas a este ítem.

Actualmente, en nuestro país se encuentra en etapa de licitación la obra del puente sobre el canal Chacao, en la X Región de Los Lagos, concesión que ha debido ser sometida a diversos estudios geológicos, los cuales han contribuido a que esta obra se demore más tiempo del presupuestado en aprobarse, ya que el factor geográfico - absolutamente ligado al geológico -, ha sido objeto de análisis por las posibles complicaciones que podría traer a la

concesión una vez que se esté ya en la etapa de construcción, lo que demuestra lo relevante de esta materia.

Casos comunes de riesgo geológico en las obras públicas concesionadas dicen relación con hechos derivados de excavaciones, modificación de cauces fluviales, inundaciones y movimientos de tierra, entre otros, los que de no contar con los resguardos y respaldos técnicos específicos pueden generar problemas mayores en la concesión, desencadenando procesos que finalmente son resueltos a través del sistema de solución de controversias contemplado en la ley.

No obstante lo anterior, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y el nuevo reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (D.S. 40/2012, que entró en vigor recientemente tras ser publicado en 2013), se establece como mecanismo de prevención, tanto para el MOP como para el concesionario, la pertinencia de un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, según corresponda. Lo anterior, como señala Dolores Rufián, supone que “Este es un riesgo que puede ser fácilmente superado al inicio del período de construcción mediante un buen estudio de Impacto Ambiental, que dé cuenta de cuáles son los sitios arqueológicos para proceder conforme a lo determinado por la ley”<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 126.

### **VI.4.3. Riesgo de expropiaciones.**

En cuanto al riesgo de las expropiaciones, este se subdivide en dos específicos, a saber: riesgo por el valor de la expropiación y riesgo por el tiempo que demora en expropiarse.

Como aproximación al análisis de este punto, debemos comenzar señalando que este factor de riesgo ha sido tratado como una excepción al artículo 22 N° 2 del DS MOP N° 900/96, toda vez que el riesgo expropiatorio corresponde al Estado, lo cual ha sido refrendado en pronunciamientos de las comisiones conciliadoras, apartándose de la letra de la ley, que como ya hemos dicho, pone de cargo del concesionario todo riesgo que se presentare en el desarrollo de la etapa de construcción.

Como afirmábamos antes, este factor se subdivide en dos ítems, tal como lo grafica Dolores Rufián en su obra Manual de Concesiones de Obras Públicas, al disponer que “el Riesgo de las expropiaciones en las obras concesionadas es de doble tipo. En primer lugar un riesgo de precio, dado que las expropiaciones son un costo de la obra que tiene que ser asumido por la concesionaria. En segundo lugar un riesgo de plazo, dado la siempre perentoria necesidad de la sociedad concesionaria de contar cuanto antes con los accesos al terreno para construir rápidamente la obra y recuperar su inversión, ya que

dentro del plazo de concesión está incluido el plazo de la construcción”<sup>103</sup>. A la misma conclusión arriban Darío Gómez de Tojeiro y Javier Ruiz-Cámara, quienes en el artículo publicado en “Actualidad Jurídica Uría – Menéndez” (22-2009) sostienen en cuanto a las expropiaciones que “son realizadas por el Estado a cargo del concesionario, salvo que en las bases de licitación el Estado asuma total o parcialmente el pago de las expropiaciones. El Estado podrá también asumir riesgos relativos al mayor valor de las expropiaciones o al retraso del proceso expropiatorio, si bien esto, al igual que ocurre en España, es generalmente objeto de controversia entre el concesionario y las autoridades administrativas”<sup>104</sup>.

#### **VI.4.3.1. Riesgo por el valor de las expropiaciones.**

En este sentido, se trata de un riesgo asociado únicamente a costos. El riesgo por el valor de las expropiaciones correspondería, de acuerdo a la legislación nacional, al concesionario. Hasta ahí no existe novedad, pero ha sido frecuente que el Estado, a través de las Bases de Licitación propuestas por el MOP en diversos proyectos, asuma un alto porcentaje de este, o incluso su totalidad, particularmente cuando supera el valor ofertado en la licitación. De todas formas, es un tema que deja de manifiesto que existen puntos, dentro del contrato de concesión, que resisten una mayor flexibilidad que otros, permiten

---

<sup>103</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 121.

<sup>104</sup> GÓMEZ DE TOJEIRO, Darío y RUIZ-CÁMARA, Javier. En: Actualidad Jurídica Uría – Menéndez (22 – 2009), pp. 95.

espacio a la negociación, y que por cierto contribuyen a mejorar el equilibrio económico de este, materia que está indefectiblemente ligada a la distribución de riesgos en él.

#### **VI.4.3.2. Riesgo por el tiempo que demora en expropiarse el terreno.**

Aquí es donde se presentan los mayores problemas en cuanto al factor de riesgo expropiatorio. En efecto, se trata de procesos que generalmente duran un tiempo más prolongado de lo que se estima a priori. Ello hace que, aunque normalmente no se contemplen plazos específicos y estrictos para la entrega y puesta a disposición de los terrenos para las construcciones determinadas, si resulte lógico que, de excederse notoriamente los tiempos necesarios para comenzar las obras o existan problemas en la disposición de ellos, sea el Estado quien se haga cargo de este riesgo, ya sea concediendo más plazo para la finalización de la construcción o derechamente indemnizando los perjuicios que pudiera sufrir la empresa concesionaria a raíz de estos eventos. A esta misma conclusión arriba Dolores Rufián, quien señala que “Sin duda el mayor riesgo relacionado con las expropiaciones se refiere al plazo en que estas se realizan (...), sin embargo, ni la ley ni las bases de licitación establecen claramente compromisos por parte del Estado de hacer entregas de terrenos, ni de cómo medir eventuales atrasos”<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. Op. Cit., pp. 122.

En definitiva, el tema de los plazos de las expropiaciones deviene en que uno debe ir, necesariamente, muy ligado al proyecto concesionado considerado como un todo, en la medida que se trata del punto de partida de la obra, y por ende debiera estar regulado en el sentido de dotarlo de mayor celeridad y certeza en cuanto a las cifras y especialmente en lo relativo a la disposición final de los terrenos.

#### **VI.4.4. Riesgo medioambiental.**

En lo relativo al riesgo medioambiental, es preciso señalar que este es uno de aquellos que presentan bastante importancia en la concesión, ya que para avanzar en los trámites dirigidos a obtener permisos para construir, este punto es el que concita la necesidad de la mayor cantidad de resoluciones favorables necesarias para estos efectos. Previo a la instalación de los Tribunales Ambientales (creados por la Ley N° 20.600 y que actualmente son tres), el tratamiento de los conflictos en la materia era abordado en los distintos servicios involucrados, pudiendo ser elevados a la justicia ordinaria como última instancia, dependiendo obviamente de la controversia.

Pues bien, estos nuevos organismos jurisdiccionales vinieron a solucionar bastantes dificultades que se presentaban en las concesiones, puesto que como es lógico suponer, en ellas se involucran diversos temas que tienen implicancias en materias medioambientales, impactando directa o indirectamente en la población.

En el sistema de concesiones de obras públicas chileno, los autores antes citados estiman, en cuanto a las consideraciones medioambientales, que “El concesionario deberá cumplir las obligaciones en materia de medio ambiente señaladas en las bases de licitación y en la resolución ambiental que califique el proyecto, cuando corresponda”<sup>106</sup>.

Para apreciar la preocupación que provocan los temas ligados al medioambiente, el sistema de concesiones de obras públicas descansa - en este punto específico - sobre pilares esenciales, toda vez que conservar el medio ambiente y evitar el deterioro de los recursos naturales y la calidad de vida de la población, ha sido una de las principales preocupaciones del Ministerio de Obras Públicas. Por ello, esta dimensión del desarrollo se encuentra presente en el trabajo previo y posterior a la concesión de todos los proyectos de infraestructura, acorde con lo señalado en la Ley de Bases del Medio Ambiente. Para ello, se ha trabajado en la implementación de herramientas de gestión ambiental y territorial, como el Manual de Planes de

---

<sup>106</sup> GÓMEZ DE TOJEIRO, Darío y RUIZ-CÁMARA, Javier. Op. Cit., pp. 97.

Manejo Ambiental para Obras Concesionadas, desarrollado por la Unidad de Territorio y Medioambiente de Concesiones del MOP, que permite que las obras públicas concesionadas se desarrollen de acuerdo a los conceptos de desarrollo sustentable que la política ambiental de Chile promueve.

Paralelamente, también se ha trabajado en un Manual de Manejo de Áreas Verdes para Proyectos Concesionados, ello con el propósito de mejorar las condiciones de diseño, construcción y mantención de los proyectos paisajísticos, sistemas de control de erosión y reforestación de los proyectos de infraestructura pública.

Dicho manual pretende ser una herramienta eficaz de consulta para la toma de decisiones en relación a consideraciones técnicas que se deben incorporar a los proyectos concesionados, los cuales están relacionados con las características geográficas particulares de los lugares donde se ubican las obras.

Por su parte, la citada ley N° 20.600 establece que el Tribunal Ambiental es competente para conocer reclamaciones de ilegalidad de determinados actos administrativos y normas dictadas por el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental, el Comité de Ministros y otros organismos del Estado con competencia ambiental, además de demandas por daño ambiental y solicitudes realizadas por la

Superintendencia del Medio Ambiente (dependiente del Ministerio del Medio Ambiente), respecto de medidas temporales, suspensiones y ciertas sanciones aplicadas por la SMA.

En el ítem de análisis jurisprudencial de nuestra presentación, es posible ver cómo, en uno de los casos más bullados a propósito de materias medioambientales, se ha puesto en riesgo la concesión de la obra Camino de la Fruta, estando actualmente el proceso radicado en la Corte Suprema (recurso de casación), siendo este el primero de los casos desarrollados ante Tribunales Medioambientales que es elevado hasta el máximo órgano de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, lo anteriormente expuesto nos hace ver cómo el riesgo medioambiental debe ser abordado siempre con sumo cuidado por ambas partes, tanto el concesionario como el MOP, puesto que hoy más que ayer, la preocupación por la protección del medioambiente ha generado nuevas instancias de acción, lo que evidentemente pone un punto de atención especial en esta materia, tanto por la conciencia misma que genera en la población como -principalmente- por las consecuencias que puede tener en la concesión respectiva, tal como lo grafica el ejemplo entregado y que será abordado más adelante<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> En este sentido, ver capítulo VIII.3.

## **VI.5. Los riesgos asociados a los cambios de servicios.**

Hoy en día, lo relativo a los cambios de servicios ha cobrado gran relevancia, toda vez que al existir numerosos servicios que deben modificarse en el desarrollo de las obras que contemplan la concesión, se hace necesario regular adecuadamente lo vinculado a este tema. Aquí existen distintos actores involucrados, encontramos al MOP, al concesionario, a los contratistas y sub contratistas y a las empresas titulares de los respectivos servicios.

Los cambios de servicios se constituyen entonces en una parte importante en la etapa de construcción, y así ha quedado de manifiesto, puesto que existen cada vez más regulaciones en este campo, ello para evitar llegar a una controversia en torno a ellos. A propósito de ello, más adelante veremos en detalle un caso en que se discutía justamente sobre el número de cambios de servicios en la construcción de una obra, existiendo una indemnización asociada a ellos.

En nuestro país, este es un tema que no se ha desarrollado todo lo que sería necesario, lo que demuestra un cierto retraso en cuanto a los avances que deben tenerse en consideración al momento de entregar en concesión una obra determinada. El abogado chileno Franco Devillaine, en el marco de una ponencia en un foro organizado por Copsa efectuada en el mes de marzo del año 2014, expresaba a este respecto que “El dinamismo que exige la

modernización de la infraestructura pública en Chile, especialmente respecto a los caminos públicos, enfrenta al MOP a resolver distintos problemas asociados a la ejecución de los proyectos viales. Uno de los temas más relevantes es gestionar el traslado de los servicios públicos que ocupan la faja fiscal e interfieren con la ejecución del proyecto”<sup>108</sup>, agregando que “Las empresas de servicios dueñas de las instalaciones hasta ahora no han querido asumir el costo del traslado”<sup>109</sup>, lo cual nos da claras luces sobre lo controversial en que se han convertido las modificaciones a los servicios -tema que como se dijo- por los distintos intervinientes, se hace complejo de regular adecuadamente.

Particularmente desde que se han transparentado los convenios complementarios a partir del año 2006, podemos ver como en algunos casos, los montos involucrados en los cambios de servicios han sobrepasado con holgura los valores estimativos al momento de evaluar los respectivos contratos, existiendo casos emblemáticos, como por ejemplo el ocurrido con la Autopista Vespucio Norte (sobrecostos asociados a cambios de servicios por un 350%) o el de la Ruta Litoral Central, caso analizado en el Capítulo VIII.

Sin lugar a dudas los costos producidos por este factor han incidido drásticamente en el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión,

---

<sup>108</sup> DEVILLAINÉ GÓMEZ, Franco. Ponencia: Cambios de servicios: Una realidad compleja. Recurso electrónico disponible en: [www.cnc-copsa.cl/congreso-2013/presentaciones](http://www.cnc-copsa.cl/congreso-2013/presentaciones).

<sup>109</sup> *Ibíd.*

puesto que los montos involucrados en los respectivos cambios son generalmente elevados, lo que hace perder su condición de accesorios a la concesión, ocupando un sitio mucho más relevante del que originalmente se tenía en consideración a este respecto.

Así las cosas, es evidente que actualmente la normativa no permite que los mayores costos derivados de los cambios de servicios sean fácilmente recuperados por el Estado, debiendo asumirlos junto con el concesionario, lo que lógicamente produce un condicionamiento en las bases de licitación, incrementando el valor de la obra pública respectiva.<sup>110</sup>

Como es dable deducir, los costos adicionales originados para el concesionario influirán directamente en la formulación de la oferta económica, especialmente por el gran impacto en el financiamiento de las obras asociadas a la etapa de construcción y las interferencias que puede sufrir como consecuencia de la difícil relación con las respectivas empresas titulares de los servicios. Sobre el particular, la deficitaria regulación de las bases de licitación, que no contempla una clara manera de cancelar los montos derivados de los cambios de servicios, constituye un grave obstáculo para la alta judicialización a la que son sometidos estos.

---

<sup>110</sup> En este sentido, creemos que una normativa que permita redistribuir los costos asociados a los cambios de servicio no contemplados en el diseño original, sería una medida adecuada para obtener soluciones a un tema práctico como este.

El hecho de que la ley no faculte al MOP para forzar a las empresas de servicios al traslado a su cuenta de estos, ha contribuido a aumentar los problemas, lo que ha sido potenciado por las variaciones en la interpretación de ella, aún más cuando tampoco existen facultades para que el MOP ejecute los cambios a cuenta de ellas.

Otro de los puntos que dificulta obtener claridad en este tema es aquel vinculado al procedimiento para obtener el reembolso de los costos para la Administración cuando esta ordena a las empresas titulares de los servicios la realización de los cambios, tema que debiera claramente estar regulado en la legislación respectiva. Ello encuentra justificación en que comúnmente las empresas concesionarias entregan al MOP facturas derivadas de pagos a empresas de servicios, pero no existe claridad sobre quién debe asumirlos, como se expresaba anteriormente.

Para finalizar el análisis sobre el particular, creemos que para mejorar lo relativo a los cambios de servicios, sería adecuado introducir mejoras a la regulación de las bases de licitación, estableciendo procedimientos internos para efectuar los cambios de servicios, regulando además el régimen de pagos entre el concesionario, el contratista y el MOP, para que el primero tenga claridad sobre los montos que derivan de cambios de servicios, sobre el total de los facturados.

## **VI.6. El Inspector Fiscal, sus funciones y atribuciones durante la fase de construcción.**

La figura del Inspector Fiscal está recogida en el DS MOP N° 956/97, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, y al revisar las facultades que ostenta puede apreciarse que cuenta con bastante influencia en diversos aspectos de la concesión.

Para encontrar el motivo de la existencia de los inspectores fiscales, debemos recurrir al artículo 29 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en cuyo inciso segundo se encarga al MOP la inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario, misión que desarrollarán precisamente los citados inspectores, toda vez que este dispone que “Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones. Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra” (subrayados nuestros).

En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan,

sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis.”<sup>111</sup>

Como encargado de la fiscalización del contrato de concesión, de acuerdo al Título V, el artículo 38 N° 1 del DS MOP 956/97 dispone que “El MOP nominará un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial”<sup>112</sup>, mientras que el numeral segundo se encarga de dar el marco en el cual se desarrollará la función de este, siendo el que canalizará las relaciones y comunicaciones entre el concesionario y el MOP.

El Inspector Fiscal es un dependiente de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, que es seleccionado por concurso público y contratado por la Dirección General de alguna de las divisiones ministeriales.

La figura del Inspector Fiscal actuará, fiscalizando el contrato de concesión, tanto en la etapa de construcción como de explotación, contando en ambas con diversas atribuciones y facultades. El artículo 39 del citado cuerpo legal contempla las que tendrá en la primera de estas etapas, las que se plasman en una enumeración no taxativa, toda vez que luego de mencionarlas, se dispone al final que tendrá también “cualesquiera otras establecidas en las bases de licitación”, lo que demuestra que se trata de una figura de gran

---

<sup>111</sup> D.S. MOP N° 900/96, artículo 29.

<sup>112</sup> D.S. MOP N° 956/97, artículo 38 N° 1.

importancia tanto para el MOP como para el concesionario, pudiendo otorgársele aún más de las que en la norma se expresan.

Entre sus funciones, destacan las de (a) inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto, (b) fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de la obra, (c) el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria, (d) el cumplimiento de las normas de seguridad y (e) el de las normas de calidad. Además, (f) entregará a la DGOP (Dirección General de Obras Públicas) los reportes que esta solicite en relación a la gestión de la concesión durante la etapa de construcción, (g) revisará la información estadística entregada por la sociedad concesionaria, (h) propondrá al Director respectivo compensaciones o realización de adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del mismo Reglamento, (i) entregará los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra, (j) propondrá la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión, (k) fiscalizará y velará por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato, dictará órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión y (l) revisará y propondrá al Director respectivo la aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra.

## **Capítulo VII. Principales mecanismos de solución de controversias.**

### **VII.1. La Comisión Conciliadora del D.S. MOP N° 900/96 (vigente hasta la modificación introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010).**

Previo a la reforma del año 2010, el sistema de solución de conflictos en la materia se contemplaba en el artículo 36 del D. S. N° 900 del MOP de 1996, que se enmarca dentro del Capítulo X, que lleva por título “Indemnizaciones y Resolución de Controversias”, en conexión con los artículos 84 y siguientes del Reglamento DFL MOP N° 164, de 1991, que se ubican en el Título XII, denominado “De la comisión conciliadora”.

El rol de la Comisión Conciliadora fue abordado en la discusión de la Ley, donde se consignó que “la Comisión Conciliadora viene a constituir un elemento de juicio técnico altamente calificado que garantiza a las partes el conocimiento y la capacidad de apreciar los complejos problemas que puedan presentarse a consecuencia del desarrollo del contrato de concesión. Su composición y sus atribuciones (profesionales especializados y de capacidad de buscar acuerdos primero y fallar después a falta de éstos), representan elementos muy interesantes para el adecuado funcionamiento y la estabilidad del régimen de concesiones”<sup>113</sup>, lo que demuestra la motivación con la cual se estableció,

---

<sup>113</sup> La Resolución de Controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, pp. 7. Recurso electrónico disponible en: <https://es.scribd.com/doc/230654484/35-Resolucion-Controversias-Ley-Concesiones-Obras-Publicas>.

siendo efectivamente uno de los pilares en materia de solución de controversias en el sistema.

Aunque no es materia propia de esta investigación, se explicará en breves líneas el funcionamiento del sistema antes (establecido por el DFL 164/91) y modificado por ley después de la reforma del año 2010.

Originalmente, este sistema funcionaba en dos etapas. Existía una comisión conciliadora, que podía luego mutar a una de carácter arbitral, o bien se podía recurrir a la Corte de Apelaciones.

Es preciso destacar que, pese a funcionar en dos etapas, ello no constituía al sistema en uno de doble instancia, puesto que ambas se integran por los mismos miembros, cambiando únicamente el nombre y lógicamente su función.

Para tener claridad sobre como regulaba la ley este tema, citaremos el contenido esencial del artículo 36, que dispone que en caso de existir un conflicto en relación a la interpretación, aplicación y ejecución del contrato de concesión, este será conocido por una comisión conciliadora, cuyos integrantes (todos profesionales universitarios) deberán ser elegidos uno por el MOP, otro por el concesionario y un tercero nombrado de común acuerdo por las partes, siendo este último el que la presida (si no hay acuerdo, lo designa la Corte de Apelaciones de Santiago). La comisión debía formarse al inicio de la concesión

y sus miembros ser nombrados en un plazo de tres meses, existiendo otros treinta días para constituirse.

Junto a los integrantes de la comisión, había tres suplentes que eran nombrados en igual forma. De acuerdo a lo que disponía el mismo artículo 36, durante el periodo que duraba la concesión cada parte podía reemplazar al miembro designado por ella. Para reemplazar al presidente se requería acuerdo de la otra parte, lo cual constituye una excepción.

El procedimiento que se iniciaba ante la comisión conciliadora no tenía el carácter de contencioso, ya que el fin que perseguía era salvar las diferencias entre ambas partes y lograr un acuerdo. Ahora bien, de no producirse dicha conciliación en el plazo de treinta días, el concesionario podía solicitar en los cinco días posteriores que la comisión conciliadora pasara a ser arbitral. A partir de ese momento entonces, se iniciaba un procedimiento que esa vez sí tenía el carácter de contencioso.

De acuerdo con el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la intervención de la comisión conciliadora se producía cuando debía aplicarse una multa de 500 UTM (Unidades Tributarias Mensuales) o más, cuando se solicitaba la suspensión de la concesión, cuando concurría una causal de extinción del contrato por incumplimiento grave del concesionario, cuando el concesionario abandonaba la obra o interrumpía

injustificadamente el servicio, y en todos los demás casos previstos en el contrato de concesión respectivo o cuando el MOP lo estimaba pertinente. Otras hipótesis en que debía intervenir era cuando no se lograba acuerdo sobre las indemnizaciones o compensaciones que pudiera deber el MOP al concesionario, especialmente en los casos de modificación de la obra por parte del MOP, circunstancias sobrevinientes que pudiesen modificar la estructura tarifaria, suspensión de la concesión y solicitud de la concurrencia del Fisco para subsanar daños, retrasos en la etapa de construcción que podían ser imputables al Fisco, y en cualquier otro caso contemplado en el contrato de concesión o las bases de licitación.

Es importante destacar que el procedimiento ante la comisión arbitral no se encontraba reglado, siendo esta la que debía imponérselo. Ello, lógicamente, constituía un riesgo, ya que no contribuía para nada a que se resguardaran de forma segura y adecuada los derechos de las partes.

Ahora bien, el hecho de que no estuviera reglado no implicaba una total libertad, puesto que hay algunos componentes y principios que debían concurrir siempre, como lo son la audiencia de las partes y los terceros intervinientes -de haberlos-, los plazos, las instancias y mecanismos para rendir la prueba, la forma de las solicitudes y reclamaciones y las formas de notificación.

El procedimiento mismo ante la comisión, como se mencionaba anteriormente, tenía como fin que las partes arribaran a un acuerdo o consenso respecto a sus diferencias, la cual de no producirse en el plazo de treinta días, daba la opción al concesionario de solicitar la constitución de la comisión como arbitral en los cinco días siguientes. Se entraba entonces en un proceso contencioso. Esto producía que finalmente se terminaran discutiendo los argumentos en dos oportunidades, una primera ante la comisión conciliadora, y una segunda –de no haber acuerdo- ante la comisión arbitral.

Cabe destacar que si el concesionario no tenía interés en que el conflicto pase a una comisión arbitral, podía recurrir a la Corte de Apelaciones.

El problema que podía presentarse ante el paso de la comisión conciliadora a una arbitral tiene que ver con la recusación a la cual podrían verse sometidos sus miembros, tema bastante discutido en su oportunidad. En el procedimiento ante la comisión arbitral y en el que se siga ante la comisión conciliadora, podían participar los acreedores que hayan constituido a su favor la prenda especial de concesión de obra pública como terceros independientes, mientras tenían interés en el asunto en discusión. Este mecanismo opera como una medida de protección en favor de quienes han prestado el financiamiento del proyecto.

Luego de operar durante largos años de esta forma el sistema de resolución de controversias, por medio de la Ley N° 20.410, de 20 de Enero del año 2010 se introdujeron reformas, siendo uno de los temas sujetos a modificación precisamente este. Esencialmente, se contempla la creación de un Panel de Expertos, en reemplazo de la Comisión Conciliadora, órgano en el cual se ahondará en el siguiente apartado.

## **VII.2. El Panel de Expertos (vigente desde la modificación introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010).**

El panel de expertos, o panel técnico de concesiones, se integra por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras, de destacada trayectoria profesional o académica en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura, según sea el caso. El nombramiento de estos profesionales se realiza por el Consejo de Alta Dirección Pública, mediante concurso público de oposición de antecedentes (descartando cualquier posible inhabilidad, buscando a la vez condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias de selección). La duración de cada integrante del panel es de seis años, no

pudiendo ser designados en periodos sucesivos (existe renovación parcial cada tres años, comenzando por los dos abogados).

Cualquier discrepancia de carácter técnico o económico que se produzca entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrá someterse al conocimiento del Panel Técnico a solicitud de cualquiera de las partes. El Panel podrá resolver mediante una recomendación técnica la controversia puesta en su conocimiento, resolución que tendrá el carácter de no vinculante pues no es un órgano que ejerza jurisdicción (establecido expresamente de este modo por la ley), siempre que se enmarquen dentro de aquellas materias contenidas en el artículo 36 de la Ley N° 20.410 de 2010, que lo constituyó. Podemos advertir desde ya, que la conformación de este Panel es a imagen y semejanza del Panel Eléctrico con la gran diferencia de que los dictámenes de este último sí son vinculantes para las partes, a diferencia de este Panel de Expertos en Concesiones donde sólo revisten el carácter de simple recomendación pudiendo las partes recurrir a un arbitraje, en cuyo caso el dictamen del panel será considerado como un *peritaje independiente*.

En la práctica, y a diferencia de las concesiones de obras públicas, el Panel Eléctrico resolvió 14 discrepancias en su primer año de funcionamiento (año 2004) y desde entonces el nivel de controversias ha sido muy variable,

oscilando entre 2 y 35 casos por año<sup>114</sup>. Dicha instancia tiene, además, siete integrantes cuyos salarios son íntegramente pagados por las empresas eléctricas (mientras que en el Panel Técnico de Concesiones el salario se divide a medias entre el MOP y las empresas concesionarias).

Dentro de sus funciones, le corresponde al Panel Técnico de concesiones monitorear desde el principio las concesiones que son susceptibles de tener controversias ante el Panel, correspondiéndole así reunirse con las empresas, con los inspectores fiscales y realizar visitas a terreno a las que asisten sus propios integrantes, de tal forma que su sola existencia hace que existan menos renegociaciones y controversias en el sector<sup>115</sup> lo que no siempre es apreciado por la ciudadanía.

De hecho, sus miembros hacen frente a las críticas realizadas contra el rol de este Panel, como bien señala su presidente Erwin Stagno quien señala: “A ojos de la opinión pública o de quien no conoce bien el tema, alguien puede decir *esta gente no tiene trabajo, no desempeña labores*, pero es al contrario, es una labor ingrata porque esta contención y ordenamiento del sistema que está permitiendo el Panel Técnico hacen que bajen los niveles de controversia y bajen los niveles de renegociación. Y eso nadie lo va a saber porque no van a llegar reclamaciones”<sup>116</sup>. La verdad parece ser otra, pues las sociedades concesionarias han seguido ventilando juicios (tanto arbitrajes como juicios ante

---

<sup>114</sup> En base a información obtenida de reportaje realizado por CIPER Chile, “Miembros del Panel de Concesiones cobran sueldos millonarios y nunca han recibido casos”, por Francisca Skoknic, publicado el 26 de agosto de 2014. Disponible en: [www.ciperchile.cl](http://www.ciperchile.cl).

<sup>115</sup> Ciper Chile.

<sup>116</sup> Declaraciones prestadas a Ciper Chile.

la justicia ordinaria) en que se demanda al MOP, al alero de la antigua legislación, pues es su derecho. Parece ser que presentar una demanda ante el Panel Técnico de Concesiones se ha convertido en un terreno inexplorado, del que desconocemos la duración que podría tener un proceso que se tramite ante este Panel, y con mayor fuerza desconocemos el *resultado* que tendría someter el conocimiento de un contrato (en general, de elevadas sumas de dinero y que involucran a consorcios formados entre constructoras, instituciones financieras, administradoras y demás) a este Panel de profesionales, el que hasta el día de hoy no ha conocido controversia alguna.

En nuestra opinión, esta situación es un sinsentido que no requiere mayor análisis, especialmente si tenemos en cuenta que uno de los principales motivos por los que se pasó de las anteriores comisiones arbitrales al citado Panel de Expertos, es que éstas terminaron por instrumentalizarse por las partes que recurrían a ellas, pues comenzó a imperar la lógica de construir sin límites y luego recurrir a la comisión arbitral para, o bien obtener indemnizaciones por ello (alegando sobrecostos, mayores obras construidas, todo a riesgo del concesionario), o al menos repartir los nuevos costos derivados de dichas situaciones anómalas con el MOP.

Con la nueva reglamentación en marcha a contar del año 2010, y especialmente con las reglas a que se someten las resoluciones del Panel de Expertos, era de suponer que esta situación debiese cambiar, lográndose una mayor certeza y seguridad jurídica en las decisiones de los conflictos. Este fue

precisamente el objetivo que se buscó al modificar la Ley de Concesiones, teniendo como ejemplo insigne el sector eléctrico con su “Panel de Expertos del Sector Eléctrico”, el que probadamente redujo la conflictividad del área eléctrica (en sólo 35 días hábiles puede resolver una controversia) y se compone por personas con destacada *expertise* en la materia. En nuestra opinión, es tremendamente recomendable que los conflictos entre los concesionarios de obras públicas y el Estado se resuelva por este Panel de Expertos, cuyos profesionales aportan experiencia desde ambos flancos –lo público y lo privado– y que con mayor prontitud pueden otorgar certeza a las partes respecto del consorcio u obra en la cual se están embarcando de manera conjunta.

### **VII.3. Las comisiones arbitrales.**

“Lo que se buscó fue que el concesionario pudiera tener siempre la opción de pasar primero por una etapa de conciliación y después pedir que se constituyera la Comisión Conciliadora como Comisión Arbitral, o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuyo caso el recurso se tramita conforme al procedimiento de la Ley Orgánica del Banco Central.”<sup>117</sup> Como queda de manifiesto en estas palabras, con el mecanismo de solución de controversias se intentó establecer una etapa conciliatoria - que ya analizamos –, y una propiamente arbitral, donde se aportarían pruebas y se llegaría a una sentencia.

---

<sup>117</sup> La Resolución de Controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Op. Cit., pp.10. Recurso electrónico disponible en: <https://es.scribd.com/doc/230654484/35-Resolucion-Controversias-Ley-Concesiones-Obras-Publicas>.

Superada la etapa en que intervenía antes la Comisión Conciliadora y hoy el Panel de Expertos, la comisión arbitral que continúe en el conocimiento del conflicto, si bien previo a la reforma de la Ley n° 20.410 tenía libertad en el procedimiento, debía someterse a las normas de los árbitros arbitradores. Esto quería significar que en los aspectos formales regulaba su actuar por las reglas que se imponía al momento de su constitución, y en cuanto al fondo debía fundar su decisión de acuerdo a las normas de la prudencia y la equidad.

Sin lugar a dudas ello constituía una de las características más relevantes del sistema de resolución de conflictos.

Previo a la reforma del año 2010, la comisión debía integrarse por un profesional designado por el MOP, otro por el concesionario y un último designado por ambas partes, quien la presidía. Hoy en día, esta comisión debe ser integrada por tres miembros electos de común acuerdo por las partes, quienes deberán haber destacado académica y/o laboralmente, habiendo asimismo ejercido por al menos diez años la respectiva profesión (al menos dos deben ser abogados, siendo uno de estos quien presidirá).

Tal como sucedía antes de la modificación, cada contrato de concesión contará con una comisión arbitral constituida previamente, la cual se mantendrá durante toda la vigencia del contrato.

Hoy la Comisión Arbitral se rige de acuerdo a las normas de los árbitros mixtos, teniendo facultades de árbitros arbitradores en lo relativo al procedimiento y de árbitros de derecho en lo vinculado con el fallo del conflicto.

Pueden determinar las normas del procedimiento con libertad, pero existe un estándar mínimo, en el sentido de que las audiencias de las partes y las formas de recibir la prueba y antecedentes aportados por estas deben estar regladas.

En lo relativo a la apreciación de la prueba, esta deberá hacerse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que los medios de prueba serán expresados de manera únicamente enunciativa, no taxativa, pudiendo recurrirse a medios de prueba no regulados, los que serán aceptados de no haberse obtenido por medios ilícitos y pasando el examen que realizará la comisión, en el sentido de que serán concurrentes siempre que sean indispensables para esclarecer los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos previamente fijados.

Por último, es necesario dejar claro que, previo a la reforma, los fallos que emitía la comisión arbitral no eran susceptibles de impugnación a través de ningún recurso, salvo el de queja, lo cual va en la línea que recorre nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior va en concordancia con lo que ocurre con las decisiones de los árbitros arbitradores. Hoy en día, luego de la reforma, tampoco procede recurso alguno contra dichos fallos, pero la diferencia radica en que estos deberán ser pronunciados conforme a derecho, existiendo obligatoriedad en cuanto a contener las consideraciones de hecho, derecho, económicas y técnicas que le den sustento, como mínimo.

Así, vemos que lo que se buscó básicamente con la reforma fue dotar todo lo relativo al procedimiento a que se sujetan las controversias - cuyo aumento significativo fue una de las causas que confluieron en la implementación de esta – de un marco institucional y procedimental ad hoc, en la búsqueda de mayor certeza y seguridad jurídica, lo que estimamos ha sido pieza importante en aras de mejorar sustancialmente el sistema de concesión de obras públicas, pero de todas formas se siguen haciendo necesarias nuevas ideas que vayan en dirección de mejorar, sobretodo, la posición del concesionario de forma transversal a toda la reglamentación, particularmente durante la etapa de construcción.

#### **VII.4. Análisis de la situación previa y posterior a la reforma a la Ley de Concesiones del año 2010.**

Como ya dijimos, hoy en nuestro país existe una regulación distinta para las concesiones cuyos contratos fueron suscritos con *anterioridad* a la reforma introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010, en comparación con aquellos contratos que se celebraron después de la entrada en vigencia de dicha reforma.

Asumida dicha realidad, es interesante formularnos la pregunta a propósito de si ha cambiado la estructura de distribución de riesgos en la etapa de construcción, comparando la entrada en vigor de las modificaciones introducidas a las comisiones arbitrales y el establecimiento de los paneles

técnicos. La cierto es que esta interrogante no tiene una respuesta del todo clara, toda vez que el Panel de Expertos (actualmente en operación plena) aún no ha conocido de ninguna controversia y, por otra parte, a las comisiones arbitrales se les modificó las reglas a seguir en cuanto a sus decisiones, no teniendo la facultad de fundamentar sus recomendaciones en base a la prudencia y equidad (como ocurría antes de la reforma), sino con estricto apego al derecho, vale decir, los árbitros tienen el carácter de *mixtos*, con facultades de árbitros arbitradores en cuanto al procedimiento y de árbitros de derecho en lo relativo a la sentencia, siendo facultativo el establecer con mayor libertad las normas procedimentales que acuerden aplicar, contemplándose la lógica salvedad de que el procedimiento, como mínimo, regule las audiencias y lo vinculado a los mecanismos de recepción de las pruebas y antecedentes aportados por las partes.

Una de las novedades que trajo la reforma en este ítem, dice relación con la valorización de la prueba por parte de los miembros de la comisión arbitral, toda vez que ahora, contrariamente a la omisión que se hacía en este punto en la ley anterior, deberán apreciarla de conformidad con las reglas de la sana crítica, destacándose el de hecho de que además, como se dijo, en cuanto a la sentencia, esta debe apegarse estrictamente al derecho, conteniendo las consideraciones de hecho, de derecho, económicas y técnicas en que se sustente.

Es interesante determinar qué se ha comprendido comúnmente por prudencia y equidad, para lograr un mayor entendimiento de su aplicación en estas materias previo a la reforma. Así, se entiende por *prudencia* aplicada al campo del derecho, de acuerdo a Fermín Torres Zárate, “un acto del entendimiento que permite prever sucesos y tomar decisiones correctas apoyadas en la deliberación, el consejo, la experiencia, lo cogitativo, la habilidad intelectual que se tiene y que se ha adquirido con el devenir de los años, que le posibilitarán elementos y tomar una decisión con certeza para superar una incertidumbre presente”<sup>118</sup>. En tanto que por *equidad* debemos entender, en su sentido jurídico moderno, según la define la Gran Enciclopedia Rialp de 1991, “una especie de interpretación de la ley, caracterizada por un máximo de libertad y flexibilidad”<sup>119</sup>, o como explica Alejandro Romero Seguel, “en otros términos, la ley habilita a los árbitros arbitradores para que determinen lo justo en el caso concreto sin necesidad de acudir a las normas”<sup>120</sup> lo que nos lleva a concluir que se trata de un concepto dotado de un componente subjetivo, que dependerá del razonamiento previo que realice quien esté encargado de emplearla en su decisión.

En el ámbito jurídico, el tema de la equidad requiere de matices, si bien conceptualmente se entiende referida a una sola, la *equidad natural* sobre la

---

<sup>118</sup> TORRES ZÁRATE, Fermín. La Prudencia judicial. Alegatos, N° 74, México (Enero/Abril de 2010), pp. 165.

<sup>119</sup> Gran Enciclopedia Rialp, 1991. España. Recurso electrónico disponible en: <http://www.mercaba.org/Rialp/E/equidad.htm>.

<sup>120</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro. “¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador? En Archivos Universidad de Los Andes, pp. 8.

que se ha escrito variadas interpretaciones que desde ya nos diagnostican un problema no menor al tratar sobre la equidad: la posible arbitrariedad en que pudiera caer un juez. Destacamos, por ejemplo, lo sostenido por Alejandro Guzmán Brito quien a este respecto advierte que “cuando los medievales han desechado el recurso del juez y del intérprete a la equidad ruda, por el peligro de que el resultado no fuese más que la presentación bajo el prestigioso entorno de la equidad, de no otra cosa que de un sentimiento subjetivo y cordial, que ellos llamaban equidad bursátil o cerebrina, cuando ellos han dicho esto, no les ha faltado razón. El problema y la argumentación sigue en pie; los peligros de que un juez moderno, so pretexto de acudir a la equidad, actúe arbitrariamente, son tan reales hoy como hace ocho siglos o, por mejor decir, como siempre”<sup>121</sup>. Por lo tanto, concluimos que la equidad se refiere a una idea superior de justicia, que se resiste a ser capturada en una sola definición, y al menos así lo demuestra nuestra legislación.

En cuanto a la sana crítica, introducida por la reforma como parámetro para la valoración de la prueba, esta constituye un sistema racional de valoración, como la describe Hugo Alsina, al afirmar que "las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia,

---

<sup>121</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ en el Derecho Chileno”. Valparaíso, Editorial Edeval, Revista de Ciencias Sociales N° 18 - 19, 1981.

las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio"<sup>122</sup>.

Abordada la normativa legal en cuanto a los intervinientes en las controversias que pudieren tener lugar en una concesión, es preciso señalar que una regulación en un sentido u otro en la materia, si bien es cierto representa un tema a discutir, es claro que con ello puede verse seriamente afectado el equilibrio económico del contrato. Lo anterior, ya que existiendo reglas claras previo a concretarse un proyecto de concesión, mal podría esperarse -en el entendido de que las decisiones del panel de expertos se basaran en el razonamiento que antes se expuso- que estas se respetaran a cabalidad, lo que trae aparejado un desequilibrio contractual, dotando al sistema completo de poca certeza jurídica, tema que como se dijo, reviste gran importancia, especialmente en este tipo de materias. No obstante, ello es solo una posibilidad, pero evidentemente debió haberse previsto –precisamente porque uno de los temas que se buscó reglamentar y resolver de mejor manera fue este- que este tipo de incertidumbres iban a plantearse, lo que se ha visto aún más refrendado por el hecho de que estos paneles no han conocido controversia alguna desde su creación.

## **Capítulo VIII. Revisión y análisis de casos en torno al régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra.**

---

<sup>122</sup> ALSINA, Hugo. Citado por GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, en “La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, pp. 93 – 107 (2006).

### **VIII.1. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Atrasos y mayores costos asociados a nuevas obras en la etapa de construcción.**

El caso que a continuación se analiza versa sobre demoras alegadas por el MOP, las que no estaban autorizadas en la etapa de construcción, por un período superior a 60 días, entendiéndose por demora la no concordancia entre la declaración de avance y los porcentajes de obra estipulados en el artículo 1.9.2.6 de las Bases de Licitación. Se estableció que los plazos debían contarse a partir del día 14 de enero del 2011, cuando se aprobó la ingeniería vial completa de la obra.

El concesionario, al interponer la demanda con fecha 7 de mayo del año 2012, alega que el MOP le adjudicó una determinada obra pública, que luego fue modificada, lo que derivó en una obra distinta y mayor con mucho a la licitada. Como consecuencia de ello se vio imposibilitada de alcanzar los hitos contractuales previstos en las bases de licitación, por lo que solicitó al MOP un cambio en dichos hitos, a lo cual este no accedió, trayendo como consecuencia que la institución financiadora de la obra -Banco de Chile- entendiera quebrantadas las condiciones acordadas para proveer los fondos en la forma convenida. Añade asimismo que fue precisamente el incumplimiento de sus obligaciones por parte del MOP el que generó la imposibilidad de dar cumplimiento a lo acordado, generándole perjuicios que no fueron causados por

ella misma. La causa de la inejecución de la obra provendría directamente de la combinación derivada del cambio de objeto de la concesión y la inconsecuente mantención de los hitos originales.

Por ello, solicita: (i) que se declare la existencia de una modificación de hecho del contrato de concesión por parte del MOP, generando una nueva situación que produjo perjuicios al concesionario, los cuales no estaba en posición de resistir; (ii) que como consecuencia de ello, debieron haberse modificado los hitos de avance contemplados en las bases de licitación, a lo cual el MOP no accedió en su oportunidad; (iii) que el Banco de Chile, a raíz de ello, negó el financiamiento de la obra, produciendo la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato en las condiciones originales; (iv) que la sociedad concesionaria se encontró, contra su voluntad, imposibilitada de continuar con la ejecución del contrato, ello a causa de un hecho imputable al MOP; (v) que el MOP deberá indemnizar los perjuicios causados, tanto respecto de las obras efectuadas más allá de lo pactado como de los demás daños causados, los que esta parte estimó en UF 727.181,33 (o los que la comisión estimare); (vi) que el MOP debe restituir las 10 boletas de garantía de construcción, por UF 4.000 cada una; y (vii) que el MOP deberá pagar las costas originadas en el proceso.

El MOP, por medio del Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda solicita su rechazo en todas las partes, con expresa condenación en

costas. Entre sus fundamentos, esgrime que el objeto del contrato era la construcción y operación de una obra vial bajo determinados estándares, como por ejemplo una velocidad de la ruta de 80 km/h, controvirtiendo luego al concesionario en cuanto a que sólo habría sido una repavimentación de la ruta de acuerdo a la tabla N° 23 de las bases de licitación. Luego, hace referencia a la relación entre el Estudio Referencial y la Ingeniería de Detalle, afirmando que el primero tiene por objeto describir la idea conceptual del MOP respecto de la obra, mientras que el segundo se refiere al grado de detalle necesario para convertir en obra la idea general del primero.

También hace alusión a la labor del Inspector Fiscal de la obra, quien, entre sus misiones, tiene la de velar por el cumplimiento de los estándares establecidos en el Estudio Referencial y en la Oferta Técnica de la sociedad concesionaria. Se pronuncia asimismo sobre el supuesto enriquecimiento sin causa del que se habría beneficiado alegado por el concesionario, sosteniendo que no ha sido tal. En lo tocante a la responsabilidad, distingue entre la concesión de obra pública y el contrato de ejecución de obra pública, rigiéndose el primero por las normas del derecho público, no haciendo procedente incluir las normas del derecho privado en ese vínculo contractual. Adicionalmente, se refiere a las excepciones, defensas y alegaciones de la parte demandante, controvirtiendo los hechos alegados por esta, sosteniendo que la comisión arbitral es incompetente para conocer y fallar respecto de la acción de

indemnización de perjuicios entablada (por no haberse planteado anteriormente ante la comisión conciliadora), agregando que el incumplimiento contractual imputado al MOP es inexistente, y recalcando que el Inspector Fiscal ha adecuado su actuar a lo establecido en el contrato de concesión y en la ley. Opone, asimismo, la excepción de contrato no cumplido, alegando que la sociedad concesionaria ha incurrido en retrasos en el inicio de la ejecución de las obras, atrasos y errores en la entrega del Proyecto de Ingeniería, errores en la confección del Diseño Definitivo y de la Ingeniería de Detalle (imputándolos a la negligencia de los profesionales asignados por ella), no contratación del seguro de catástrofe en tiempo y forma y, en general, incumplimiento grave de las obligaciones contractuales. Estima improcedentes los perjuicios demandados y finalmente se refiere a la improcedencia de la devolución de las boletas de garantía, puesto que no concurren los supuestos legales que la harían procedente.

Luego de la demanda y la contestación, se dio paso a los escritos de réplica y dúplica, en que las partes, en lo sustancial, hicieron defensas de las alegaciones efectuadas en sus respectivas presentaciones.

Luego de superarse la conciliación ante la comisión arbitral -en que incluso se encargó un informe pericial para evaluar los costos que cabría descontar del valor total de las obras ejecutadas en la concesión en razón de no responder lo construido a las especificaciones técnicas del proyecto-, la que por

cierto no prosperó, se dio lugar a la etapa probatoria. En ella, lo que se estimó debía someterse a prueba era: (i) la efectividad de haber incurrido el MOP en exigencias (y los hechos que las constituirían) al concesionario que alteraron en forma sustancial la obra contratada, derivado en un proyecto distinto y por cierto mayor del convenido; (ii) de ser afirmativo lo anterior, efectividad de que las referidas exigencias impidieron a la parte concesionaria cumplir con sus propias obligaciones constructivas en tiempo y forma; (iii) efectividad de que el concesionario incurrió en incumplimiento culpable de sus obligaciones (y los hechos que la constituirían); (iv) en la eventualidad de ser afirmativo lo expuesto en el ítem (i), efectividad de haber causado ello perjuicios al concesionario (monto, naturaleza y cuantía de ellos); y (v) efectividad de que el concesionario solicitó al MOP modificar los hitos contractuales y, en su caso, respuestas recibidas por ese requerimiento.

Finalmente la comisión, con fecha 29 de enero del año 2014, al resolver la cuestión sometida a su decisión, acoge la demanda sólo en cuanto se declara que el MOP debe pagar a la demandante, Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A., la suma única y total de UF 180.134,99, no dando lugar a las indemnizaciones por “los demás daños causados”, como solicitaba el concesionario en la demanda. Ello, luego de tomar en cuenta el costo total original de la obra y particularmente teniendo en consideración el informe

pericial elaborado por el IDIEM de la Universidad de Chile, que incluyó el estado de la obra hasta el mes de septiembre de 2013.

En el análisis de este fallo, podemos ver como la posición del concesionario está notoriamente castigada en relación a la del MOP, puesto que se ha visto obligado a soportar perjuicios que no se derivan de su propia negligencia, sino que de nuevas obras encargadas por el MOP y que no quedan del todo claras en cuanto a su procedencia al analizar la comisión arbitral las bases de licitación y demás documentos involucrados. Si bien el fallo está fundamentado de acuerdo a la interpretación que la comisión realiza, estamos en desacuerdo con la resolución que se ha dado a este caso, pues estimamos que la sociedad concesionaria mal podría haber previsto cambios de la magnitud mencionada en la etapa de construcción, lo cual ha redundado en mayores costos asociados a las mayores obras. Se hace necesario entonces volver sobre el ya citado artículo 22 del D.S. MOP 900/96, pues es a partir de su redacción, en concordancia con el artículo 49 del Reglamento contenido en el D.S. MOP 956/97 que debieran abordarse las controversias originadas en la etapa de construcción, sea que se susciten durante esta o versen sobre ella una vez superada. Creemos que los dictámenes de la Contraloría General de la República han contribuido en esclarecer el sentido y alcance de la primera de estas normas, pero no obstante ello es común encontrar fallos que no van en la misma dirección.

## **VIII.2. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Demoras no autorizadas en la etapa de construcción.**

En este caso, que se desarrolló coetáneamente con el revisado en el capítulo anterior, se discute sobre demoras no autorizadas en la etapa de construcción. En este caso, el MOP es el demandante y la Sociedad Concesionaria, la demandada.

En su demanda, el MOP alega que, de acuerdo a los plazos para entrega de avances, al día 14 de marzo del año 2012 debía alcanzarse el 30% del total de la obra, lo cual estima no ocurrió, por lo tanto solicita a la Comisión Conciliadora declarar el incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato de concesión por parte de la Sociedad Concesionaria.

El día 11 de julio de 2012 la Sociedad Concesionaria contestó la demanda, solicitando su rechazo. Ello debido a que no existiría el incumplimiento grave imputable a esta, sino una infracción al contrato de concesión por parte del MOP, derivando en mayores costos, tema discutido en un proceso paralelo discutido ante la Comisión Arbitral.

Funda su contestación en que el MOP habría transformado la responsabilidad de la Concesionaria en un caso de *responsabilidad objetiva*, pasando por alto la normativa que los vincula, que requiere para el incumplimiento la inejecución de la prestación y que ello sea atribuible a través

de un factor de imputación. La existencia de un contrato de concesión determina que el conflicto se solucionará de acuerdo a las reglas de la responsabilidad contractual, lo que lleva a la regla general de nuestro ordenamiento jurídico, que no es otra que la responsabilidad subjetiva. Dicha hipótesis de responsabilidad obliga, para poder atribuir responsabilidad, que concurra dolo o culpa, siendo la responsabilidad objetiva un caso excepcional, y que como tal no puede aplicarse en forma general. Distinto habría sido que en la Ley de Concesiones de Obras Públicas o en su Reglamento se estipulara como regla general la responsabilidad objetiva, pero no es el caso.

Continúa analizando la concurrencia de los supuestos de la responsabilidad, afirmando que, al no concurrir estos, mal podría existir un incumplimiento culpable de la Concesionaria, puesto que esta desarrolló la conducta debida, siendo atribuible a la culpa del acreedor, en este caso el MOP, el hecho de no haberse podido dar cumplimiento íntegro a la prestación. A mayor abundamiento, sostiene que la inejecución de la prestación se debió a los obstáculos puestos por el MOP, no a un incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato por parte de ésta.

En su escrito de réplica, además de insistir en su tesis de incumplimiento grave, el MOP argumenta que, conforme estipula el artículo 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, los vínculos contractuales entre

éste y la Sociedad Concesionaria se sujetan a las reglas del derecho público, mientras que las de esta última con terceros, a las del derecho privado.

Ante el argumento sostenido por el concesionario, consistente en la transformación de la responsabilidad en una de tipo *objetivo*, el MOP alega que no pretendió poner la controversia bajo las normas de la responsabilidad objetiva, toda vez que el artículo 22 N° 2 del citado cuerpo legal dispone que los riesgos presentes en la etapa de construcción son de cargo exclusivo del concesionario, lo cual no permite bajo ninguna circunstancia hacer responsable al Fisco de sus actuaciones argumentando que el MOP pudiera haber modificado unilateralmente las Bases de Licitación o BALI.

Finaliza sosteniendo que, por su parte, se ha dado fiel y estricto cumplimiento a la normativa que lo relaciona con la Sociedad Concesionaria, no existiendo en ningún caso una modificación unilateral del contrato.

En el escrito de réplica, el concesionario insiste en la inexistencia de un incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, añadiendo que ha actuado con el grado de diligencia debido, y que no obstante ello, la culpa imputable al acreedor es la que no ha permitido dar cumplimiento íntegro a su prestación; debiendo preguntarse el Tribunal sobre este punto específico, si pese a haberse desplegado la conducta exigida en su grado debido, no se ha logrado la prestación debida.

Sin ir más lejos, alega que el MOP, a través del Inspector Fiscal quien actuó con culpa grave, modificó el objeto del contrato, por lo que claramente la culpa atribuible al acreedor es la que no permitió dar cumplimiento a la meta pactada al 14 de marzo del año 2012.

Además, argumenta que el no haberse alcanzado dicho objetivo hace que necesariamente se circunscriba dicha circunstancia bajo una presunción simplemente legal, de acuerdo al artículo 1547 inciso tercero del Código Civil, que atribuye provisionalmente responsabilidad al concesionario, pudiendo este probar que ha obrado con la diligencia y cuidado debidos, quedando, de comprobarse dichas alegaciones, exento de responsabilidad.

La tramitación del proceso tuvo una serie de actuaciones, entre las que se cuenta la solicitud por parte del MOP de la designación de un Interventor –la cual fue rechazada por el Tribunal- recursos interpuestos con posterioridad que no viene al caso comentar y bases de conciliación que finalmente no prosperaron, pues si bien fueron aceptadas por la demandada, no lo fueron por el demandante, invocando el interés fiscal como base de su decisión.

Así, finalmente se dictó la interlocutoria de prueba, en que se fijaron los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos a probarse, siendo los siguientes:

- Determinar si el MOP exigió al concesionario hechos que produjeron una desnaturalización del proyecto original.

- Situaciones que determinaron el no cumplimiento de la Sociedad concesionaria en cuanto a los avances al 14 de marzo del año 2012.

Finalmente, luego de efectuar un razonamiento basado en lo establecido tanto en las BALI como en el contrato de concesión celebrado entre las partes, el Tribunal, omitiendo referirse a la controversia sobre el factor de imputación que desencadenó el incumplimiento de la prestación debida por el concesionario, se limitó a declarar finalmente extinta la concesión. Esto lo hizo atendiendo al tenor literal de los textos antes citados, no por ello desconociendo que jurídicamente la Sociedad concesionaria estaba en lo correcto, en el supuesto de que fueran las causas que llevaron al incumplimiento lo discutido, pero no obstante ello, al existir conformidad en ambas partes en cuanto a que efectivamente no se había dado cumplimiento al avance del 30% en la obra al 14 de marzo del año 2012 y principalmente a la claridad de lo dispuesto en los artículos pertinentes de los textos ya mencionados, se pronunció dando por extinta la concesión que ligaban al MOP y a la Sociedad Concesionaria en cuestión.

En nuestra opinión, este fallo, si bien resuelve a propósito de la cuestión de fondo debatida, yerra en el hecho de no haberse pronunciado sobre las

causas que llevaron al incumplimiento del concesionario causante de la extinción de la concesión, toda vez que, como bien hemos señalado, ambas partes estaban de acuerdo en el incumplimiento debiendo determinarse con suficiente claridad que dicha situación derivó de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad subjetiva. En ese sentido estuvo planteado el argumento de la Sociedad Concesionaria sobre este punto particular del conflicto.

A la hora de analizar los fundamentos de una y otra parte, lo que salta a la vista es que tanto en los escritos de demanda y réplica por parte del MOP, como en los de contestación y dúplica por el lado del concesionario, se insiste en repetir lo planteado en los primeros escritos de cada una, controvirtiendo lo esbozado por la contraria por medio de desvirtuar las ideas de fondo, haciéndose cargo de lo imputado por una y otra parte. Ello contribuyó a que se fallara con meridiana claridad sobre el fondo, pero lamentablemente la sentencia no ahondó en las causas que llevaron al incumplimiento – pudiendo, y en nuestra opinión debiendo hacerlo – lo que sin lugar a dudas llama a un cuestionamiento de la comisión arbitral, toda vez que el análisis de los factores de imputación de responsabilidad, particularmente en este caso, podría haber llevado a una decisión distinta.

### **VIII.3. Conexión vial Melipilla - Camino de la fruta con Ministerio de Obras Públicas. Riesgo medioambiental.**

Junto a lo analizado anteriormente a propósito de la misma obra, existe hoy en día una nueva controversia en esta ruta. En efecto, durante la construcción de ella ha surgido un nuevo obstáculo, que dice relación con el riesgo medioambiental –materia siempre presente en cualquier obra licitada bajo el sistema en análisis- conflicto que se comenzó a desarrollar durante el mes de Agosto del año 2013.

Aquí encontramos la influencia de la comunidad local que se verá afectada por la construcción de la obra, lo que se vio reflejado en la reclamación interpuesta por el ciudadano Sergio Reiss G. ante el Segundo Tribunal Ambiental, quien entre otros puntos, argumentó que durante el EIA (Estudio de Impacto Ambiental) del proyecto, el SEA (Servicio de Evaluación Ambiental) dejó fuera del proceso de la participación ciudadana información relevante, especialmente en relación a emisiones atmosféricas y ruido. Lo anterior habría ocurrido –según el reclamante- porque el servicio accedió a la solicitud de reserva de información realizada por el MOP, facultad que habría sido mal utilizada por parte de este último.

En la sentencia del Tribunal Ambiental, se dejan sin efecto las resoluciones del Director Ejecutivo del SEA y todo el procedimiento administrativo de la EIA del proyecto, incluyendo su Resolución de Calificación Ambiental (RCA), ordenando “que el procedimiento de evaluación ambiental se retrotraiga al momento inmediatamente anterior al de la dictación de la

Resolución que accedió ilegalmente a la petición de reserva de información solicitada por la Dirección General de Obras Públicas”.

Entre los considerandos del fallo, el Tribunal indica que la reserva de información fue solicitada por el MOP más de un año y medio después de la adjudicación de la concesión del proyecto, habiendo el licitante cerrado ya su modelo de negocio. En efecto, “en el momento de la solicitud de reserva no tenía sentido alguno mantener fuera del conocimiento público la información relativa a los flujos de tránsito, incluyendo además las emisiones atmosféricas y de ruido, información de capital importancia para la efectividad e integralidad del proceso de participación ciudadana del SEIA (...). El argumento de la confidencialidad comercial (...) deja de ser razonable y se transforma en absurdo”, afirma el fallo.

Además, el Tribunal Ambiental precisó que, aun cuando la reserva no impidió continuar con el EIA de la carretera ni afectó al titular del proyecto, sí provocó indefensión de la comunidad ligada a la construcción de la autopista, quien no contó con toda la información necesaria para desarrollar un adecuado proceso de *participación ciudadana informada*.

Cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico es el Director Ejecutivo del SEA el encargado de asegurar la participación ciudadana informada y que, excepcionalmente, ante una solicitud de reserva, no sea ésta

sacrificada. Pues bien, el fallo sostiene que “la participación ciudadana informada es una pieza clave dentro del SEIA (Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental), es un derecho de los ciudadanos que permite, aunque no garantiza, alcanzar mayores grados de justicia distributiva (cargas y beneficios ambientales), y otorga mayores grados de legitimidad a los proyectos de inversión, lo que no sería posible lograr si no existiera participación o si esta fuera defectuosa o no informada”, lo que viene a confirmar que es precisamente este el mecanismo que asegura la participación ciudadana, por cierto vulnerada en el caso que nos ocupa.

Asimismo, el Tribunal desestima el argumento del Director Ejecutivo del SEA, en relación a que no habría existido vulneración de la participación ciudadana porque los servicios públicos con competencia en el proceso de calificación ambiental sí analizaron los antecedentes contenidos en la reserva.

El fallo culmina señalando que “los órganos públicos con competencia ambiental distintos del SEA no suplen, claro está, la participación ciudadana ni ellos están encargados de asegurarla de manera directa, pues, como se dijo, esta es una obligación legal del Director Ejecutivo del SEA”, reforzando el razonamiento previo que había informado la tendencia demostrada en el texto de la sentencia, la que por cierto compartimos, pues resulta de toda lógica que, existiendo un canal único para asegurar la participación ciudadana, especialmente considerando que se trata de una variable medioambiental –que

influye directamente en las personas-, esta debe respetarse a cabalidad, resguardándose todos los medios proclives a hacerla efectiva.

#### **VIII.4. Infraestructura Penitenciaria Grupo I con Ministerio de Obras Públicas. Atrasos en la etapa de construcción.**

La controversia surgida en este caso, en que es demandante la Sociedad Concesionaria BAS S.A. (consorcio que agrupa a BESALCO S.A., Astaldi S.P.A. y Sodexho S.A.) y demandado el MOP, tiene su raíz en los atrasos en la construcción de las obras públicas concesionadas, consistentes en los nuevos establecimientos penitenciarios de las ciudades de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua, los cuales atribuye la demandante al Ministerio de Obras Públicas. Debe precisarse que la sentencia de la Comisión Arbitral se enmarca dentro del expediente 2120 J, que surgió de la acumulación de 4 procesos paralelos en que conocía la misma Comisión, tanto en su calidad de Conciliadora como posteriormente de Arbitral. Asimismo, precisamos que la Concesionario no se acogió a la Ley 20.410 de 20 de enero de 2010 (ley que, como señalásemos, introdujo modificaciones a la ley de concesiones). En su demanda, BAS S.A. se refiere al pago de algunos daños específicos y hace reserva respecto de otros daños y perjuicios ocurridos durante la concesión.

La concesionaria demandó por los siguientes conceptos: (i) Por daños y mayores costos administrativos sufridos durante la explotación de la obra; (ii) por un mayor costo de operación y mantención por cambio en la Planta de

Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) a conexión a alcantarillado público en el Establecimiento Penitenciario Alto Hospicio; (iii) mayores obras e inversiones adicionales ejecutadas por la concesionaria durante la explotación (dos muros, en los patios 31-A y 52-A de la cárcel de Alto Hospicio); y (iv) costo de la reclamación.

Dentro de su primer concepto, “daños y mayores costos administrativos sufridos durante la explotación de la obra”, incluyó la aplicación del ajuste según la cláusula 1.12.9 de las Bases de Licitación (BALI) al pago del Número Promedio de Internos (NPI) multiplicado por el Indicador de Precio Variable (IPV) Semestral, hasta el estado de pago correspondiente a septiembre de 2010. Por aplicación de esta cláusula, exigía el pago de UF 22.041, sumado a UF 11.127 por concepto de IVA de pretensiones ya acogidas por concepto de construcción (sentencia definitiva favorable, en causa Rol 2120-J, donde la concesionaria obtuvo la extensión en 210 días para la explotación de la obra concesionada) y a UF 17.026 por concepto de diferencia de valor en las UF de los Estados de Pago 1 a 7 de la concesión. Asimismo, valorizó en UF 13.307 el mayor costo de operación de alcantarillado público en el Penal de Alto Hospicio y en UF 39.875 el mayor costo en valor presente que se debe y deberá soportar la concesionaria por este mismo concepto entre el 1 de junio de 2010 y la fecha de término de la concesión (otorgada a 20 años). Finalmente, por la construcción de obras adicionales (que consideraron, primeramente, labores de

demolición) correspondientes a los muros de patios y de contención, se demandó por la concesionaria la suma de UF 5.250.

En su escrito de contestación de la demanda, el MOP se refiere puntualmente a la no procedencia del ajuste de conformidad a la cláusula BALI 1.12.9, toda vez que dicho artículo no es extrapolable al ítem de pago referido (esto es, el resultado multiplicar el número promedio de internos NPI de cada uno de los establecimientos penitenciarios para el semestre calendario anterior, y el indicador de precio variable IPV ajustado según las BALI). Esta situación, afirma, se comunicó por el Inspector Fiscal a la concesionaria, la que siempre lo entendió así hasta junio de 2010, actitudes a las que debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 1560 y 1564 del Código Civil para la interpretación de los contratos, donde se establece tanto el principio de la buena fe como la teoría de los actos propios, ambos de general aplicación.

A continuación, el MOP sostiene que en lo referente al supuesto mayor costo de operación y mantención en el cambio desde Planta de Tratamiento de Aguas Servidas (PTAS) por conexión a alcantarillado público, las BALI establecían la construcción de esta PTAS sin especificación sobre la capacidad de evacuación de aguas servidas pues dicho detalle se contenía en las Pautas Mínimas de Diseño y Construcción (señalando un consumo diario de 600 litros por hombre al día, siendo que la oferta técnica de la concesionaria era de sólo 200 litros por habitante). Esta exigencia de 600 litros, dice, no se originó de la

voluntad del Inspector Fiscal sino que nació en las Pautas de Diseño a las que el concesionario, por diversas disposiciones de las mismas BALI, estaba obligado. Por este motivo se optó por la conexión al alcantarillado, ya que al internalizarse los efectos negativos que hubiera conllevado el haber construido una PTAS que no era capaz de tratar dicha cantidad de litros al día, habría significado mayores costos cuantificables en daños ambientales, multas y sanciones.

En lo que importa al análisis de este caso, es oportuno referirse a la contestación esgrimida para desechar las “supuestas obras e inversiones adicionales ejecutadas” (en palabras de la demandada). En primer lugar, señala la contestación a la demanda que el desplome del muro de patio 31-A tuvo su origen en la etapa de construcción de la obra, por lo que serían aplicables los artículos de las BALI que establecen una clara responsabilidad de la concesionaria en el siguiente sentido: El informe de deficiencia que se presentó en su momento “como si aquel constituyera una aprobación del desplome por la ITO de la época de la construcción, fue objetado y no corresponde al documento emanado de la Inspección Técnica”<sup>123</sup> (con lo que busca restar importancia a dicho informe de deficiencia); a mayor abundamiento, el Inspector Fiscal en ningún momento instruyó que el muro debía demolerse y reconstruirse ni amenazó con aplicar multas para que se procediera a su reconstrucción, sino

---

<sup>123</sup> Sentencia del Rol 2192-J, de la Honorable Comisión Arbitral de la Obra Pública Fiscal denominada Programa de Concesiones de Infraestructuras Penitenciarias Grupo I, considerando 65.

sólo se señaló que las BALI categóricamente establecen la responsabilidad del concesionario tanto para los defectos originados en la etapa de construcción como para los defectos surgidos posteriormente, situación que se reitera en los casos de los muros de contención de patios 32 y 34, pues en ningún caso el Inspector Fiscal especifica los trabajos a ejecutar ni entrega órdenes, siendo de exclusiva responsabilidad de la concesionaria las reparaciones, según lo disponen las BALI. Concluye que la solución corresponde a la obligación de conservación y reparación de la infraestructura que tiene la concesionaria, en virtud de las BALI, por lo que debe remitirse a lo señalado.

En su réplica, la concesionaria sostiene que la incorrección de las normas de las BALI siempre fue un hecho indiscutido y aceptado por el MOP, y dado que existe un diferencial a favor del consorcio BAS es el MOP quien debe pagar el resto del capital insoluto con los intereses pactados, sin aprovecharse de una incorrección de las cláusulas que el mismo Ministerio redactó, conforme al artículo 1566 del Código Civil. Mismo razonamiento emplea para referirse a la criticada capacidad de la Planta de Tratamiento de Aguas Servidas, señalando que “la situación original con que se hizo la oferta es el único parámetro válido ya que la oferta era de 200 litros día habitante, lo que el Ministerio consideró adecuado al aceptarlo. No es posible exigir una dotación mayor al aceptado en su momento, pues supone desconocer lo que en aquella etapa se dio por válido

o no se habría adjudicado la licitación”<sup>124</sup>. El hecho de que se gasten 500 litros por día, sostiene, se debería a una mala gestión de Gendarmería al no controlar el uso abusivo del recurso hídrico por parte de los internos, en cuyo entendido no se puede endosar a la concesionaria los efectos negativos de esta mala gestión.

En definitiva, se recibió la causa a prueba por el tribunal arbitral, estableciéndose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1. Efectividad de haber dado cumplimiento el MOP a lo previsto en el artículo 1.12.3 de las BALI. Monto adeudado en caso contrario.
2. Efectividad de haber dado cumplimiento el MOP a las disposiciones legales y contractuales aplicables, con motivo del pago del IVA correspondiente al estado de pago 42. Monto adeudado en caso contrario.
3. Efectividad de haberse producido un mayor costo de operación y mantención con motivo de haberse cambiado el sistema de eliminación de aguas servidas en el Establecimiento Penitenciario de Alto Hospicio, desde PTAS a Conexión a Alcantarillado. Monto de dicho mayor costo y obligado a su pago.

---

<sup>124</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, considerando N° 93, pp. 26.

4. Efectividad de corresponder que el MOP pague a la concesionaria los costos de reparación y construcción de los muros 31-A, 52-A, 32 y 34 de Alto Hospicio. Monto a pagar en caso afirmativo.
5. Monto a que asciende la diferencia por el valor de la UF (estados de pago 1 a 7).

De conformidad a las pruebas rendidas, y en especial el informe pericial entregado por el Ingeniero Sergio Moreno, que estableció que se debía compensar a BAS S.A. en 3.331.828 UF, y atendido la cuantía establecida por el presupuesto inicial que ascendió a 2.800.000 UF sin IVA, y habiéndose indicado que el referido presupuesto de inversión es meramente referencial y la sociedad concesionara deberá realizar a su costo, todas las obras requeridas para obtener los niveles de servicio y seguridad exigidos, se determinó que hubo una exigencia del MOP a ejecutar mayores obras y/o con estándares superiores, derivando en un aumento de la superficie total construida con el consiguiente retraso en la terminación de la obra.

En definitiva, la comisión arbitral dictó sentencia ordenando extender el plazo de la etapa de explotación en 210 días, y un aumento del plazo de la concesión en cada uno de los establecimientos penitenciarios, además del pago por concepto de obras adicionales y servicios, entre otros. La importancia de

este fallo radica precisamente en este punto, pues aquí se produjo un abuso de parte del MOP al exigir mayor cantidad de obras dentro del mismo plazo, a ser ejecutadas por el concesionario, todo dentro del marco del contrato de concesión cuyo monto original, en definitiva, era indeterminado y que el MOP pretendía hacer respetar.

Como conclusiones, en primer lugar debemos tener en cuenta que el cambio en la Ley de Concesiones tuvo su razón de ser en este fallo desfavorable al MOP, que devino en una cuantiosa suma por compensaciones pagadas por los atrasos, sobre costos, y demás estipulaciones que el Tribunal Arbitral consideró abusivas. Por lo mismo, la reforma a la Ley buscó –a nuestro parecer- mejorar la protección efectiva de los intereses del Fisco a través de la redacción de un contrato de concesión mucho más acabado y, por supuesto, al eliminar la figura de árbitro arbitrador reemplazándola por un **arbitraje de derecho en cuanto al fallo, y arbitrador en el procedimiento (árbitro mixto)**. Lo anterior resulta lógico, toda vez que desde la visión del concesionario el mejor mecanismo para la solución de controversias sería (en un orden de mejor a peor): árbitro arbitrador, árbitro mixto y justicia ordinaria.

En segundo lugar, es lícito concluir que en base a este fallo, la nueva Ley de Concesiones ha aumentado el riesgo que deben asumir las sociedades concesionarias y, por lo tanto, se ha aumentado la dificultad para la obtención del financiamiento que proyectos de estas características requieren, con el

consiguiente encarecimiento de las nuevas concesiones o la ralentización en su implementación, todo como consecuencia de una menor libertad para el concesionario.

En tercer lugar, debemos reconocer que el MOP cometió un error considerable al licitar sin contar con un anteproyecto, circunstancia esta que, en su decir, explicaría los mayores sobre costos por más obras y mayor necesidad de superficie a construir. Un proyecto acabado, con ingeniería lista a nivel de detalle, planos aptos para construir, inspectores técnicos de obra calificados, etc. habría significado un tratamiento distinto en la construcción de estas obras, que no significan una restricción para la concesionaria sino todo lo contrario: una oportunidad de inversión.

Esto también supone comprender que el afán de imponer un precio único y final a sus licitaciones (por esto entendemos una suma alzada a todo evento), es una intención del Fisco que en la práctica traspasa todos los riesgos al contratista, y otorga tranquilidad al Fisco pues va a pagar mucho más caro, ahorrándose los cuestionamientos de los contribuyentes a quienes sirve por haber contratado a un valor menor y, a fin de cuentas, pagado un precio mucho mayor.

#### **VIII.5. Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A. con MOP. Cambios de servicios en la etapa de construcción.**

En el caso que a continuación se aborda, es posible comprender lo importante que resulta el factor “cambio de servicio” en las concesiones de obras públicas, lo que se refuerza en el hecho de existir cada vez más controversias en torno a este tema, como se dijo anteriormente.

El concesionario alega ante la comisión arbitral (constituida así luego de no haber prosperado el acuerdo propuesto como comisión conciliadora) que en las BALI el MOP entregó a la Sociedad Concesionaria la facultad y responsabilidad de proyectar y construir las modificaciones de servicios que resultaren necesarias para la acabada materialización de las obras contempladas en el proyecto original.

Agrega que tanto en dichas BALI como en el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle entregados por el MOP se incluyeron un total de 20 modificaciones de servicios. El MOP, en opinión del reclamante, debiera haber conocido todos los cambios de servicios necesarios, incluidos los ubicados dentro de los predios privados afectos a expropiación, por lo que estimó esta parte que aquéllos 20 cambios eran los únicos existentes.

Sin embargo, y al tiempo de comenzar los trabajos destinados a cumplir con las obras, especialmente en el afán de dar cumplimiento a los porcentajes de avances pactados, el concesionario se encontró con una situación radicalmente distinta de la hecha saber por el MOP al momento de entregar los documentos antedichos.

En efecto, los cambios de servicios que debió efectuar alcanzaron los 52, es decir, 32 más que los originalmente acordados. Ello, sin lugar a dudas, generó un impacto ostensiblemente mayor en la ejecución de los trabajos, puesto que obviamente fue el concesionario quien debió soportar las interferencias derivadas de las obras que implicaron dichos cambios de servicio, debiendo adaptarse a los plazos y tiempos de los responsables de dichos servicios en cuestión.

Como era de esperar, ello trajo aparejado mayores costos que debió asumir la reclamante, derivados, entre otros, del transporte de maquinaria pesada, traslado de equipos y tiempos improductivos.

Agrega que las situaciones derivadas de dichos imprevistos fueron hechas saber al MOP oportunamente, por medio de la Inspección Fiscal, a lo que este respondió escuetamente “que de acuerdo a las BALI no correspondía lo reclamado”. Junto a ello, se requirió al MOP que el Director de Vialidad, requiriera a su vez de las empresas propietarias de los respectivos servicios afectados, el traslado a su entero costo, lo cual fue rechazado por el MOP, debiendo asumir el concesionario el pago total de los proyectos y obras de modificación de servicios, quedando por lo demás expuesta a los requerimientos desmedidos de sus propietarios.

Sostiene también que, lo esperable del MOP hubiera sido que, si incurrió en errores en el proyecto original, al menos hubiera intervenido de

acuerdo a sus facultades ante la ocurrencia del imprevisto, que era fácilmente predecible de su parte a la luz de la incongruencia entre los antecedentes y la realidad de la ejecución de las obras.

La responsabilidad del MOP derivaría, de acuerdo a lo planteado por el reclamante, del hecho que este posee facultades para conocer todas las instalaciones de caminos públicos y predios particulares que se expropian. Adicionalmente, expone que las modificaciones de servicios incluidas en el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle serían las únicas que generaría una obligación para esta parte, y que por lo tanto si ellas incurrían en errores, mal podrían dichos errores beneficiar al MOP, puesto que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o culpa, lo que estaría ocurriendo en este caso.

Uno de los puntos en que hace hincapié en su argumentación es que existe un precedente, puesto que en el caso de la Concesión Interconexión vial Santiago – Valparaíso, la comisión arbitral dijo que “el concesionario no está obligado a proyectar y construir a su costo las modificaciones de servicios no contemplados en la referencia de las BALI, incluso cuando sean de costo del MOP”. Tampoco está obligado el concesionario a trasladar los servicios que no estuvieran legalmente autorizados por la Dirección de Vialidad.

De lo expuesto, el reclamante estima que el MOP debiera reembolsar los mayores costos en que se incurrió, siendo lo contrario un injusto deterioro en sus condiciones económicas para la Sociedad Concesionaria, afectándose

seriamente el equilibrio económico del contrato, situación muy lejana a lo que se tuvo en mente al crear el Sistema de Concesiones de Obras Públicas vigente hoy en nuestro país. A mayor abundamiento, afirma que son características del contrato de concesión de obra pública la bilateralidad, la onerosidad y la conmutatividad. De no accederse a la petición que efectúa, estima el reclamante que el contrato pasaría a ser aleatorio, poniendo en serio riesgo el equilibrio entre lo que la Sociedad Concesionaria se obliga a efectuar y la contraprestación debida, ello en el entendido de que se asuma como “natural” que esta estuviera obligada a llevar a cabo toda modificación no incluida en el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle.

En resumen, se habría visto afectada particularmente en que i) se vio obligada a soportar costos de traslados de servicios públicos de la red pública no pactados, y que debían asumir sus propietarios; ii) quedó sujeta a la voluntad de terceros, en este caso los propietarios de los servicios en cuestión, para el cumplimiento de las obras y sus porcentajes de avances, en definitiva del contrato de concesión que la ligaba con el MOP. Ello, como era de esperar, provocó mayores costos. Sin ir más lejos, incluso el concesionario debió regularizar algunas instalaciones de empresas de servicios que estaban fuera de la norma.

A raíz de ello, estima el reclamante que debe indemnizársele por los siguientes ítems y respectivas sumas:

- a) Costos de Modificación de Servicios: UF 43.261
- b) Mayores costos directos por interferencias con los servicios afectados: UF 25.056
- c) Gastos de asesoría legal: UF 3.900
- d) Gastos generales: UF 25.486
- e) Gastos de Gestión de la Sociedad Concesionaria: UF 7.288
- f) Costos financieros en que incurrió la Sociedad Concesionaria (a septiembre del año 2005): UF 15.492

A dichas sumas deben restarse UF 13.706, monto considerado por el concesionario en su oferta por los cambios de servicios incluidos en el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle, resultando la suma total de UF 107.377 como concepto de compensación reclamada.

Por su parte, el MOP, como demandado en este caso, plantea en primer lugar que al conflicto en cuestión no es aplicable la responsabilidad extracontractual derivada de falta de servicio al Estado, afirmando que solo cabría reclamar por obligaciones de origen contractual. Añade que no corresponde incluir en esta reclamación el ítem relativo a los costos financieros, por extemporáneos en base a la etapa en que está el proceso y toda vez que ellos no se explican y podrían fácilmente confundirse con los intereses demandados.

Junto con lo anterior, estima que se estarían alegando perjuicios originados por obligaciones extracontractuales, particularmente de un tercero, como es la empresa constructora subcontratada por la Sociedad Concesionaria para la ejecución de las obras, que efectuó por su cuenta los cambios de servicios necesarios para construir las obras. Así las cosas, no existiría para el MOP obligación alguna de soportar los perjuicios en que incurrió un tercero ajeno al contrato de concesión, alegando adicionalmente que la Comisión Arbitral no sería competente para conocer de hechos que pudieren afectar a estos terceros. Dentro de este ítem, por ejemplo, cabrían los gastos generales alegados, cuya cifra rondaría las UF 25.500.

En cuanto a los costos de “Modificación de los servicios”, cuyo valor alcanza las UF 43.861, estos son normalmente contratados directamente al propietario de los servicios, como es el caso. Dichas contrataciones las realizó la empresa subcontratista de construcción y no la Sociedad Concesionaria directamente, siendo que es esta última la otra parte del contrato de concesión que originó la presente controversia. Igual razonamiento es aplicable a los mayores costos directos reclamados por interferencias con los servicios afectados, los gastos de asesoría legal, los costos financieros y los intereses.

Señala el Ministerio, que de acuerdo a la letra del contrato, todo gasto derivado de la ejecución de las obras corresponde asumirlo al concesionario, salvo la existencia de una causa legal que lo exima de ello, y siendo este el

caso debiera reclamar de su pérdida de patrimonio a las empresas propietarias de los servicios, y no al MOP. Además, en el contrato de concesión el MOP puso de cargo de la Sociedad Concesionaria todos los riesgos asociados a la ejecución de las obras, incluso las modificaciones de servicios necesarias. Así, podría el concesionario reclamar a los propietarios de los servicios el pago de los costos de dichas modificaciones, ya que el DFL MOP N°850, de 1997, dispone que *“el traslado de los servicios existentes en la faja fiscal, será pagado por los dueños de los servicios”*.

Continúa afirmando que los presupuestos incluidos en la oferta de la Sociedad Concesionaria son únicamente referenciales, y así se hizo presente en su oportunidad, teniendo ello como finalidad que los riesgos, frente a cualquier modificación que experimenten, sean asumidos por el concesionario. Sostiene que de no aplicarse dicho supuesto, podría alterar significativamente las bases fundamentales de la licitación, al afectar la igualdad de los licitantes.

En cuanto a la pretensión esbozada por el reclamante en cuanto a ser indemnizado por la no aplicación de las facultades del artículo 41 del DFL MOP N° 850 de 1997 por parte de la Dirección de Vialidad del MOP, que habría configurado una “falta de servicio”, castigada por cierto por la ley, el MOP se defiende alegando que el concesionario no informó a la autoridad competente, ni oportuna ni completamente.

Principalmente, para el MOP, la demanda carece de fundamento precisamente por lo dispuesto en el mismo contrato a propósito de los cambios de servicio, y porque, si el reclamante advirtió situaciones dirigidas a entorpecer el cumplimiento de este por parte de los terceros dueños de los servicios, debió haber actuado oportuna, adecuada y convenientemente ante la autoridad administrativa correspondiente para que esta ejerciera sus potestades, o más aún, como si le hubiera tocado hacerlo a la Administración, recurrir a la justicia ordinaria.

En cuanto a la pretensión del reclamante de que el MOP tendría que haber estado al tanto de todos los servicios ubicados al interior de los terrenos en cuestión previo a la adjudicación del contrato de concesión, este se defiende alegando que legalmente no existía obligación de estarlo, puesto que la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (DL N° 2.186 de 1978) no dispone efectuar el estudio de la expropiación, siendo una potestad discrecional, cuyo mérito lo califica la autoridad administrativa. Más aún, bien podría haber designado la comisión de peritos tasadores y no haber realizado el estudio de la expropiación necesariamente.

De los 52 casos de la controversia en comento, en sólo tres de ellos sería posible afirmar que el MOP debería haber conocido su existencia. Sin perjuicio de ello, debería probarse que contaban con autorización de la Dirección de Vialidad y la existencia de una actitud negativa de sus propietarios

para efectuar las obras por su cuenta, al ser requeridos los cambios por el concesionario.

Paralelamente, debiera considerarse la actitud tomada por el concesionario en cuanto a la oportuna información al MOP de las dificultades que las interferencias sufridas le hubieren producido en la ejecución de las obras del contrato.

En cuanto a los fundamentos jurídicos y de equidad esgrimidos por el reclamante, nada debe discutirse en este punto a juicio del MOP, ya que las BALI disponen claramente que los riesgos de la etapa de construcción son de entera responsabilidad del concesionario.

Continúa citando el artículo 1.3.4 de las BALI, que establece que “el MOP exigirá como mínimo los requerimientos técnicos establecidos en los proyectos y estudios referenciales y los contenidos en las Bases de Licitación”, para dar sustento a su argumento relativo a que el MOP no está obligado a conocer la totalidad de los servicios afectados, e incluso menciona que señaló uno (postes eléctricos) de forma meramente referencial, sin esconder información que obrara en su poder, siendo deber del concesionario, por tener bagaje en estos temas, informarse de los demás existentes; ello más aún cuando se trata de obras que se ejecutarán en más de un 65% en obras existentes, lo que hace esperable la presencia de servicios públicos.

El MOP profundiza sus alegaciones haciendo una coordinación del tema inmediatamente arriba expuesto con el contrato de concesión como un todo, diciendo que es imposible omitir el hecho de que en materia contractual impera el principio de que si un acontecimiento no ha sido previsto, pudiendo haberlo sido, no puede ni debe alterarse la responsabilidad de las partes del contrato. Así, no se estaría en presencia de un conflicto de interpretación contractual, pues las BALI ya han dado solución a este acápite, siendo este un intento del concesionario de traspasar su responsabilidad al MOP, incluso una vez concluida la etapa de construcción. Sobre la imputación del reclamante en cuanto a que el MOP se estaría aprovechando de su propio dolo, este sostiene que es precisamente quien reclama el que está incurriendo en dicha conducta, toda vez que existían obligaciones contractuales que debían cumplirse estrictamente, y ello no sucedió.

Lógicamente, el MOP también cuestiona los valores atribuidos a los costos de indemnización que reclama la Sociedad Concesionaria, por estimar que no tienen sustento, toda vez que serían consecuencia de un supuesto incumplimiento contractual de su contraparte.

En lo relacionado con el precedente alegado por el concesionario, el MOP realiza una serie de precisiones, a saber:

- El fallo arbitral acogió parcialmente la acción indemnizatoria hecha valer por el concesionario en ese caso, entre otros, por los perjuicios por *“cambios de servicios”*

- La Sociedad Concesionaria debió haber considerado en la realización de su oferta un ítem de gastos generales para los cambios de servicios, y parte importante de las acciones pudieron efectuarse con la organización creada para la administración del total del contrato, estimando la comisión arbitral que las partes estaban en posición de compartir los mayores costos asociados, debiendo la Sociedad Concesionaria a su cuenta asumir los *“gastos generales de administración”* en que se vio en la necesidad de incurrir.

- En dicha controversia se ordenó practicar un peritaje, que en lo pertinente expone que *“la reclamación no corresponde, ya que las BALI establecen claramente que los costos del proyecto y construcción de las obras de modificación de servicios deben ser asumidos por la Concesionaria”*.

- En un aspecto reglamentario, es necesario hacer presente que la sentencia en aquella oportunidad no se acordó con la unanimidad de los votos, y el miembro designado por el MOP consignó que no se había considerado lo contenido en el informe pericial antedicho, no debiendo olvidar que la autora nacional Dolores Rufián, que en este caso elaboró un informe solicitado por el reclamante, sostiene en el mismo que *“en algunos casos el MOP determina este gasto como fijo, no existiendo para el concesionario ningún riesgo en su*

*determinación y en otros, como en este caso, y en general en la mayoría de los gastos que enfrenta el concesionario en el contrato, el gasto es indeterminado en las bases y el concesionario asume el riesgo de determinación del mismo*<sup>125</sup>, y;

- No debe dejar de tenerse presente que se trata de una sentencia pronunciada en un caso particular, por lo tanto produce los denominados “*efectos relativos*”, es decir, solo para las partes involucradas, no generando obligación para otro tribunal en cuanto a fallar en el mismo sentido.

Luego de los planteamientos hechos valer por ambas partes en la demanda y contestación, se confirió traslado para los trámites de réplica y dúplica, siendo los siguientes las observaciones realizadas.

En la réplica, el concesionario hace presente que la utilización de normas de responsabilidad extracontractual es únicamente una herramienta de argumentación, no pudiendo bajo ningún pretexto ser el sustento jurídico de la reclamación, coincidiendo con la defensa fiscal en que en la especie se aplican las normas de la responsabilidad fiscal, más aún si se trata de normas que generan obligaciones para el MOP.

Ante la eventual confusión entre el costo financiero y los intereses alegados, el reclamante retruca que el costo financiero no está inmerso en los

---

<sup>125</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. En: Informe encargado por el reclamante en este caso, Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A.

intereses, esto es, el cobro del uso alternativo del dinero, sino que el mayor costo de financiamiento que implicó para la Sociedad Concesionaria efectuar el cambio de servicios reclamado, siendo ostensiblemente mayor que los intereses. Así, ambos acápite son complementarios antes que incompatibles.

Frente a la eventual carencia de legitimidad pasiva del MOP, el reclamante estima que sumido en el concepto de legitimidad pasiva de este, la defensa fiscal argumenta que por el hecho de tratarse de un reclamo de mayores costos en que incurrió la empresa constructora –la que no formaría parte del contrato-, no estaría facultada la Sociedad Concesionaria, que si es parte del mismo, demandar fundada en dichos perjuicios. Estima el reclamante que el MOP no carece de legitimidad pasiva, pero tampoco la Sociedad Concesionaria no tendría legitimidad activa para demandar, lo que se demuestra al afirmar que la Constructora Sacyr Necso S.A. no sería un tercero que fuera ajeno al contrato cuyos perjuicios le fueren inoponibles al MOP, sino que es parte del consorcio, que es a su vez parte integrante de la Concesionaria, y por lo mismo parte del contrato. Los perjuicios sufridos por la constructora, estaría en obligación de soportarlos el concesionario, ya que es en el patrimonio de este donde se radican los efectos y resultados financieros del proyecto total. Esto habría sido sabido por el MOP, autorizándolo con anterioridad a la ejecución de las obras, y por ende, no podría apropiarse de beneficios indebidos derivados de actuaciones previas.

Continúa el reclamante afirmando que si se razonara en sentido opuesto, significaría un claro debilitamiento del sistema de concesiones de obras públicas, puesto que se le validaría al MOP desconocer la validez de sus actuaciones propias.

Un punto importante de los planteados por el reclamante en su réplica es el que dice relación con el sistema de distribución de riesgos establecido en el sistema, el cual no se pretende modificar haciendo de cargo del MOP los suyos, sino que el tema es que el MOP se haga responsable de sus propios actos y particularmente de la desprolijidad en que incurrió al determinar el número y ubicación de los servicios incluidos en la obra, lo cual trajo aparejado una errónea evaluación de los riesgos a soportar por parte del concesionario. Incluso, el MOP deduciría que el reclamante estaría intentando imputarle efectos que al concesionario le corresponde asumir por obligación contractual, siendo que la materia en cuestión está conceptualizada en las BALI y en el Plan Referencial de Ingeniería de Detalle como antecedentes meramente referenciales, de lo cual se colige que es poco probable que un licitante con amplia experiencia se haya basado únicamente en dichos antecedentes para dimensionar y evaluar sus riesgos de construcción.

Finalmente, en cuanto a la atingencia de la aplicación del artículo 41 del DL 850, el reclamante afirma que lo alegado por la defensa fiscal en cuanto a la falta de información a la autoridad por parte del concesionario respecto a la

modificación de servicios, carece de sustento en la realidad, toda vez que existen una serie de documentos que hacen suponer y confirmar lo contrario, en los cuales se hacen saber antecedentes y se solicita expresamente información sobre convenios y autorizaciones otorgadas por vialidad, particularmente en cuanto a acuerdos con empresas de servicios y sobre la situación que habría estado afectando al concesionario.

Luego, se recibió la causa a prueba y se procedió a dictar sentencia.

La sentencia estimó en cuatro los puntos sobre los cuales pronunciarse, siendo los siguientes:

- Existencia o no de modificación de servicios.
- Si las modificaciones fueron más de las previstas en las BALI.
- A cuenta de quién debe ser el costo de las modificaciones no previstas en las BALI.
- Si lo anterior fuera así, establecer las compensaciones debidas.

La comisión arbitral, en los considerandos del fallo, hace presente que efectivamente de ser veinte las modificaciones de servicios iniciales, estas pasaron a ser finalmente cincuenta y dos, lo que se considera un hecho indubitado de la causa. Ello, toda vez que el demandado, MOP en este caso, no lo controvierte en ningún momento, no obstante alegar que, de acuerdo al N°

2.3.28 inciso 1 de las BALI ya citadas, es el concesionario quien debe realizar todas las modificaciones de servicios necesarias para la ejecución de la obra.

En este punto, la comisión estima que ni del tenor literal del texto, ni de su sentido natural y obvio ni tampoco de la buena fe, elemento transversal a toda la contratación en nuestra legislación, es posible deducir que se incluyen todas y cualquiera modificación de servicios necesarias para la ejecución de las obras. Sustenta este razonamiento en que es precisamente el Plan Referencial de Ingeniería de Detalle (PRID), entregado por el MOP, el que determina que son únicamente veinte las modificaciones de servicios necesarias, no apreciándose elementos que indiquen otra situación ni en este ni en las BALI. De ahí entonces es que resulta obvia la presentación de la oferta por parte del concesionario, en la que se contemplan solo dichas veinte modificaciones, no procediendo calificar esta cantidad como meramente indiciaria, toda vez que la realidad luego obligó a efectuar cincuenta y dos cambios, siendo diametralmente distinto a lo originalmente informado. Además, estima que no existió ningún antecedente que hiciera prever un aumento tan significativo.

Continúa añadiendo que razonar en sentido opuesto sería cargar a la Sociedad Concesionaria con el riesgo y la responsabilidad por cualquiera nueva obra o inversión sobreviniente, lo cual resulta ilógico siendo que ello derivó de una omisión del licitante, omisión que pudo perfectamente evitarse, toda vez

que el MOP debía necesariamente conocer los servicios ubicados en la faja fiscal, pudiendo saber además, incluso con precisión, los presentes en los predios particulares.

En base a dicha argumentación y a una serie de preceptos constitucionales y legales atinentes, entre ellos el principio de probidad con que debe obrar la administración pública (contenido en el artículo 1 inciso 8 de nuestra carta fundamental) - principio que implica el desempeño honesto y leal de la función o cargo, de acuerdo al artículo 52 de la ley n° 18.575 -, la comisión estima procedente compensar los mayores costos derivadas de las modificaciones de servicios no previstas en las BALI, ya que ello alteró sustancialmente el equilibrio económico del contrato de concesión, haciendo al concesionario soportar costos a los cuales no estaba contractual ni jurídicamente obligado.

Finalmente, la comisión estableció las indemnizaciones debidas por el MOP al concesionario, siendo la más onerosa y relevante las UF 23.312 que fijó por concepto de modificación de servicios no previstos en el proyecto referencial.

En nuestra opinión, el fallo es lo suficientemente justo, desde que establece con gran claridad conceptual los fundamentos de la procedencia de las indemnizaciones y hasta fijar sus valores, logrando recuperar el equilibrio económico del contrato, que se había quebrado como consecuencia de la

ocurrencia de una errónea aplicación de la correcta distribución de riesgos debida entre las partes, derivada de los riesgos asociados a los cambios de servicios.

### **Capítulo IX. Concesiones de obras públicas en el derecho comparado.**

Resulta conveniente, en este punto de nuestra obra, realizar un análisis sobre los principales métodos y mecanismos de concesiones de obras públicas que encontraremos en tres países que comparten un elemento común con Chile: han adoptado un sistema de concesiones de servicios e infraestructura que ha significado un avance enorme en la calidad de vida de sus ciudadanos, trayendo consigo modernidad, calidad de vida, y por cierto inversión privada tanto de sus propios países como de otros continentes.

En las siguientes líneas analizaremos el caso brasileño, puertorriqueño y australiano, cada uno con sus mecanismos propios y particularidades que han llevado a un elevado estándar de concesiones, siempre con un contrato o alianza celebrado entre un ente público y un privado, con los resguardos correspondientes a cada caso.

### **IX.1. Los principales sistemas de concesiones de obras públicas.**

Ya hemos señalado que el marco legal que rige actualmente el sistema de concesiones en Chile, con sus modificaciones comentadas, entrega al sector privado facilidades para la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales siendo además aplicable a cualquier tipo de obra en general. La modalidad utilizada en nuestro país (*B.O.T.*, por sus siglas en inglés, *Build, Operate and Transfer*), ha sido tomada de otras legislaciones que a su vez, la utilizan como principal mecanismo de alianza entre lo público y lo privado. Casos como Brasil o Puerto Rico, son muestra de una reglamentación distinta a la nuestra: mientras en Chile el régimen normal de concesiones es que una firma construya la autopista, luego la explote (firma o sociedad concesionaria que administra), y por esa explotación cobre un peaje (dos etapas claramente diferenciadas); en Brasil, lo curioso es que la firma puede comenzar a cobrar desde el momento en que construye la obra, esto es, anticipadamente y también durante la explotación por medio de los peajes cobrados directamente al usuario.

En el caso puertorriqueño, su reglamentación es mucho más reciente: recién en 1994 se aprobó la Ley General de Concesión de Obra Pública (Ley 7404), la que a tres años de su entrada en vigencia no pudo concretar la iniciación de ninguna de las obras que esperaban ser concesionadas para el período 1995-2000. Este “fracaso aparente” no fue rotundo, siendo la actualidad

diametralmente opuesta: el año 2011, Costa Rica licitó dos autopistas (que ya trataremos más adelante) por un monto de inversión cercano a los US\$ 1.436 millones, monto que representa la inversión privada más grande en infraestructura en Estados Unidos en dicho año<sup>126</sup>. En Costa Rica, el Estado está llamado a asumir el rol de regulador y planificador, haciendo de inversionista y ejecutor únicamente en aquellos casos que el sector privado no pueda, no deba o no esté interesado en invertir (conocido como *principio de subsidiaridad*, en este caso, exacerbado a nuestro parecer), siendo necesario que la Administración Concedente (sea un ente del Gobierno Central, un Municipio o ente Autónomo), la Contraloría General de la República y la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos coordinen entre sí para brindar agilidad y transparencia al proceso<sup>127</sup>.

## **IX.2. El modelo australiano.**

La expresión Public-Private Partnerships (PPP, por sus siglas en inglés, o Colaboración Público-Privada en español) abarca una amplia gama de acuerdos donde el sector privado entrega un servicio público (o colabora en un proyecto público). En el caso en estudio, estos acuerdos van desde contratos de servicios de corto plazo hasta operaciones que abarcan varios años de

---

<sup>126</sup> Según cifras de la Autoridad para Alianzas Público Privadas de Costa Rica, de dicho monto, más de US\$ 350 millones fueron destinados a inversión para mejoras y conservación de las rutas PR-22 y PR-5 a cargo del consorcio *Goldman Sachs Infrastructure Partners* y *Abertis Infraestructuras*.

<sup>127</sup> SÁNCHEZ, José Alfredo. Documento de Política de Concesiones para Costa Rica. Junio, 1997, pp. 4.

explotación que terminan con el dominio de bienes públicamente utilizados (como es el caso de ciertas carreteras concesionadas).

En la legislación australiana, existe una definición precisa para los PPP contenida en sus National PPP Guidelines Overview, una publicación desarrollada por el COAG (Council of Australian Governments) en la que se plantean todos los aspectos que debemos considerar al enfrentar una Colaboración Público-Privada. Así, los PPP se definen como un “contrato a largo plazo entre el sector público y el privado, donde el gobierno le paga al particular para que le entregue cierta infraestructura o servicios, materializada ya sea en representación suya o mediante apoyo al mismo gobierno, en atención a las responsabilidades de servicio más amplias que debe cubrir el Estado. Los PPP normalmente hacen responsable al sector privado que construyó dicha infraestructura, de su mantención y desempeño a lo largo de la vida útil del servicio”<sup>128</sup>.

De esta manera, es posible identificar una serie de características en las que se basa el modelo de concesión australiano o PPP: En primer lugar, el eje central de estas concesiones está entregado a la alta calidad de los servicios de infraestructura<sup>129</sup> y rendimiento de los mismos a lo largo de toda la vida de la obra; el gobierno, por su parte, generalmente retiene el control directo de ciertos

---

<sup>128</sup> National PPP Guidelines Overview. *Defining a PP*, pp.6, Traducción.

<sup>129</sup> En este sentido, en los PPP a diferencia de las concesiones tradicionales donde el gobierno compra o adquiere un activo (infraestructura), el gobierno contrata un servicio de infraestructura. Por este motivo se trata de contratos a largo plazo (superiores a 4 años) que integran tanto el diseño, como la construcción, financiamiento y mantenimiento de la obra.

servicios a los que está obligado a proveer en cumplimiento de su rol social (lo que es evidente en la providencia de servicios de infraestructura social, como son los hospitales o autopistas); y, el pago por los servicios recibidos, es en función de la calidad, cantidad, costo y tiempo de la concesión.

Dos ejemplos en extremo útiles de concesiones bajo esta modalidad (PPP), lo constituyen el Sydney Harbour Tunnel (túnel del puerto de Sydney, de doble vía y con una extensión de 2,8 kms., abierto al público en 1992 transformándose en una de los primeros proyectos de obras públicas concesionadas y que actualmente utilizan más de 90.000 vehículos al día) y el Royal Children's Hospital (ubicado en Melbourne, cuya reconstrucción se completó hace pocos años, convirtiendo al anterior Hospital en un gran parque). En el caso del túnel del puerto, se desarrolló una colaboración o partnership entre Nueva Gales del Sur (el Estado más antiguo y poblado, ubicado al sur de Australia) e inversionistas privados, quienes conjuntamente construyeron el túnel pactando un contrato para la operación y administración del mismo por los siguientes 30 años. Como es habitual, se pactó un peaje a cobrar por la utilización del túnel, dinero que ingresa directamente a los concesionarios. Este proyecto se inauguró dentro del tiempo estimado, y sin salirse del presupuesto estimado.<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> PPP – Evolution or Revolution? Backer and McKenzie, *Global Business Challenges* (2012), pp. 2.

El segundo ejemplo es bastante más reciente, pues se trató de un proyecto para reemplazar el antiguo Royal Children's Hospital en Melbourne, el que fue abierto al público en diciembre de 2011. El consorcio público-privado se manifiesta aquí en un Hospital público, donde el sector privado entregará tanto la administración del recinto como de sus servicios, incluyendo la gestión de camas para pacientes, el estacionamiento subterráneo, y ciertas instalaciones que convierten a este Hospital en un moderno ejemplo de investigación y desarrollo.

Lo cierto es que en el caso australiano, la concesión es una alternativa extraordinariamente imitada a lo largo del globo por sus posibilidades de financiamiento. En suma, una alianza o PPP se puede financiar ya sea con tarifas o con pagos diferidos del Estado (denominados PFI), que se evalúan tomando como base el denominado PSC (*Public Sector Comparator*, por sus siglas en inglés) que involucra la creación de un modelo financiero ajustado por riesgos, de una obra pública hipotética. Así, en el caso australiano, éste factor PSC corresponde al análisis del "valor por el dinero" aplicado a las concesiones, considerando entre otros: las diferencias en costo de financiamiento entre el sector público y privado, los aportes público que serán necesarios para el proyecto en concesión, niveles de competencia de la opción pública versus la opción privada, y una estimación de los costos de mantención de la obra pública para conservar los mismos estándares que la opción de concesión;

todos elementos que se evalúan para generar un *mínimo* o *base de cálculo*, denominado PSC.

En el modelo australiano, “si la alternativa de concesión es preferible a la de inversión pública debe considerarse un ajuste a la evaluación social del proyecto incorporando los mayores costos de transacción, los mayores costos de financiamiento y la reducción de riesgos comerciales, entre otros (...) esto es, tanto el análisis de valor por dinero, como el ajuste de la evaluación social”<sup>131</sup>.

Queremos destacar esta herramienta: el factor “*Public Sector Comparator*”, como una idea original que merece un comentario. La comparación –pública y accesible- del costo total de una obra a realizar por un inversionista privado, versus la misma obra a ser elaborada hipotéticamente con recursos públicos, permite a los usuarios conocer cuán efectiva es una concesión, y si les beneficia directamente o no. Sin embargo, se ha demostrado que para los proponentes no resulta un aporte esta herramienta<sup>132</sup>, prefiriendo el uso de *negociaciones paralelas* entre varios proponentes, lo que sí entrega beneficios para alcanzar la mejor propuesta de una obra en específico.

---

<sup>131</sup> BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo. Op. Cit., pp. 204.

<sup>132</sup> En general, sólo un 20% de los entrevistados por Backer and McKenzie en su publicación, señalaron que era un método efectivo de comparación para las concesiones; en general, un 68% prefiere el método de *negociación paralela* entre varios privados, lo que sí demuestra ser mayormente efectivo para asegurar el mejor precio a los usuarios finales (Fuente: PPP – Evolution or Revolution?, pp. 11).

De más está señalar que este mecanismo, ha sido implementado igualmente en Reino Unido, con resultados igualmente extraordinarios.

### **IX.3. El modelo brasileño.**

En primer lugar, la Constitución Brasileña de 1988 establece en su artículo 21 Numerales 11 y 12, que “Compete a la Unión: 11) explotar directamente o mediante concesión a empresas bajo control de capital estatal los servicios telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de telecomunicaciones, asegurando la prestación de servicios de informaciones por entidades de derecho privado a través de la red pública de telecomunicaciones explotada por la unión; 12) explotar directamente o mediante autorización, concesión o licencia: 1. Los servicios de radiodifusión sonora, 2. Los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento energético de los cursos de agua, en coordinación con los Estados donde se sitúen las centrales hidroenergéticas, 3. La navegación aérea, aeroespacial y la infraestructura aeroportuaria, 4. Los servicios de transporte ferroviario y acuaviario entre los puertos brasileños y fronteras nacionales o que traspasen los límites de un Estado o Territorio, 5. Los servicios de transporte rodoviario interestatal e internacional de pasajeros, 6. Los puertos marítimos, fluviales y lacustres.”<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988.

En el caso brasileño, actualmente el régimen de concesiones se rige por tres modalidades: En primer lugar, encontramos la concesión común a que se refiere la Ley de Concesiones N° 8.984 de 1995; las dos últimas son la concesión patrocinada y la concesión administrativa, que se rigen por la Ley N° 11.079 del 30 de diciembre de 2004 (en adelante, también referida como “Ley de las PPPs”). Esta última ley es la que instituye normas generales para licitación y contratación de asociaciones público-privadas en el ámbito de la administración pública. Fundamentalmente, la Parcería<sup>134</sup> público-privada de que trata, corresponde a un contrato administrativo de concesión que como ya señalábamos, puede revestir dos modalidades: Parcería público-privada Patrocinada o bien, Parcería público-privada Administrativa.

Parcería público-privada Patrocinada (PPP): Corresponde a la concesión de servicios u obras públicas en que además de la tarifa cobrada a los usuarios, existe una contraprestación pecuniaria del sector público. Ejemplo de esto es la *Linha 4* del metro de la ciudad de Sao Paulo, o la carretera MG-050 en Minas Gerais.

Parcería público-privada Administrativa (PPA): Corresponde a aquellos casos en que la administración pública sea la usuaria directa o indirecta de la obra, bien sea que se contemple la ejecución de obras, o la provisión e instalación de bienes determinados. Es un tipo de concesión atípico en lo que

---

<sup>134</sup> *Parcería*: en español, Asociación.

concierno al concepto de PPPs, pues ocurre la prestación de un servicio público por un particular con la respectiva remuneración pública.<sup>135</sup> Un ejemplo de utilización de esta modalidad, fue la concesión para recolección de basura en la ciudad de Sao Paulo (aunque en estricto rigor, su implementación práctica ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley de las PPPs).

En base a esta clasificación anterior, podemos considerar que una concesión puede ser objeto de un PPP si se reúnen ciertas características que la Ley prescribe específicamente: Las inversiones deben superar los veinte millones de reales brasileños (cerca de nueve millones de dólares), debe tratarse de contratos a largo plazo (entre 5 y 35 años), el objeto del contrato debe ser la provisión de bienes y servicios determinados que serán puestos a disposición en condiciones especificadas y cuantificables (en base a indicadores, metas u objetivos), la contraprestación gubernamental se entrega por completo o en parte después de la provisión del bien o servicio contratado (muchas veces está sujeto al logro de resultados). Adicionalmente, corresponde señalar que el financiamiento es de responsabilidad del socio privado.

Las alianzas público-privadas: También llamadas “colaboración público-privadas”, esta expresión que en brasileño se denomina Parcería Público-Privada identifica una forma especial de concesión de servicio público precedido de la ejecución de una obra pública.

---

<sup>135</sup> CASTRO CARVALHO, André. Paper de estudio “Consideraciones presupuestarias en las financiaciones e inversiones en infraestructura”, pp. 15.

El Project Finance en Brasil, consiste en una modalidad de financiación garantizada por los ingresos, activos y derechos de concesión de un proyecto específico. Se trata de una estructura de financiamiento basada en el atractivo de un proyecto determinado, y no en el análisis de crédito de la entidad privada, como sucede en el caso del Corporate Finance. En palabras de André Carvalho, “en el project finance hay la utilización de dos formas de financiación: el capital de riesgo (de fondos de pensión/inversiones o aseguradoras) y el endeudamiento (por medio de los bancos comerciales). Los riesgos son evaluados mediante instrumentos como seguros, garantías y prenda de activos, por ejemplo”<sup>136</sup> En la base de la decisión de financiamiento de un Project Finance está, entonces, la capacidad del proyecto de generar recursos que garanticen el pago y retribución del capital invertido.

En el caso particular de las concesiones de Obras Públicas, específicamente para las autopistas y carreteras, es la utilización de las *Concessão Especial Patrocinada* que consiste en una concesión común con presencia obligatoria de recursos fiscales. Es decir, el Estado tiene que asumir parte de la inversión como contrapartida para contar con una tarifa a cobrar a los usuarios, más el recurso público propiamente tal.

### **Fondo Garantizador de PPP (FGP):**

---

<sup>136</sup> CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 13. El autor, además, señala un hecho trascendente, cual es que el método del *corporate finance* es más usado en Brasil que el *project finance*; sin embargo, cada modalidad tiene sus ventajas y desventajas cuando es cotejada con el objetivo contractual de la PPP.

Un mecanismo innovador, establecido en el artículo 16 de la Ley N° 11.079 de 2004, es el Fondo Garantizador de Parcerías Publico-privadas (conocido por sus siglas, FGP), el que constituye una desafectación del patrimonio público para constituir una garantía al colaborador privado. “Posee como límite global el monto de seis billones de reales y, en el entender de Harriton Leite, tiene el objetivo principal de protección a los inversionistas del rigor de la legislación presupuestaria”<sup>137</sup>.

Pareciera que este mecanismo, cuyo propósito no es otro que garantizar la fluidez necesaria en toda inversión en el sector de obras públicas en Brasil (y, en particular, como mecanismo para atraer inversión extranjera), tiene dos contrapartidas que la han convertido en objeto de críticas desde su implementación: En primera medida, y atendido que siempre debe mantenerse un nivel de competitividad en la asignación de recursos (esto es, que los recursos sean contemplados en función de las verdaderas necesidades de emprendimiento) con el fin de evitar la construcción de “obras faraónicas” en el decir de Gustavo Maciel y João Carlos Mascarenhas<sup>138</sup>, apreciación que parece

---

<sup>137</sup> CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 17. Harrison Leite, por su parte, señala que este método “busca dar mayor seguridad a los concesionarios, en virtud de las restricciones impuestas por la legislación presupuestaria. Estas normas son limitadas en el tiempo en función del *Plano Plurianual (PPA)* de la *Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO, equivalente a Ley de Presupuesto)* y de la Ley de Presupuesto Anual (LOA). No hay una manera de predecir o estimar el presupuesto y el impacto financiero que cubra todo el período de los contratos de PPP. Así, este fondo FGP protege al inversionista ante eventuales incumplimientos en el largo plazo, pudiendo accionar directamente a la garantía otorgada por el FGP (hipoteca u otro compromiso) pudiendo ser incluso posible el embargo judicial de ciertos bienes. (LEITE, HARRISON. *Adequação da Lei de PPP às normas de direito financeiro. IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo. V.1. N.8. Abr. 2007, pp. 339).*

<sup>138</sup> MACIEL ROCHA, Gustavo Eugenio y MASCARENHAS HORTA, João Carlos. *PPP – Parcerias Público-Privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo.* Belo Horizonte: Prax Editora, 2005. Los autores señalados, son partícipes de la teoría del “financiamiento conjunto”. En su decir, “algunos programas institucionales se basan en el cálculo de la suma requerida en la capacidad de generar ingresos de los proyectos con

ser acertada si consideramos los elevados montos asignados a este fondo, pero que en estricto rigor se condice con los montos de inversión en infraestructura necesarios en Brasil; en segunda medida, varios juristas han entendido que el fondo FGP adolece de inconstitucionalidad tanto formal como material: Formal, porque viola la disposición del artículo 165, párrafo 9° II, de la Constitución Federal<sup>139</sup> que reserva el funcionamiento de fondos a leyes complementarias. Y Material, por causa de la afronta del artículo 100 de la Constitución Federal<sup>140</sup> pues desprecia el principio de la igualdad de los acreedores ante la Hacienda Pública.<sup>141</sup> Para Motta, “habrá también violación a la ley presupuestaria, dado que el Poder Público se quedaría a merced de las demandas, en cualquier momento, de créditos no pagados dentro de noventa días del vencimiento”.<sup>142</sup>

Esta crítica por la supuesta inconstitucionalidad del fondo FGP, es compartida por Celso Antonio Bandeira de Mello, para quien “el beneficio de ciertos acreedores en detrimento de los demás violaría el principio de la

---

una política de precios justos, sin beneficios exagerados para la parte privada, logrando con ello la maximización de las oportunidades de financiamiento conjunto” (pp. 22).

<sup>139</sup> Constitución Política Federal de Brasil. Sección II, “De Los Presupuestos”. Artículo 165. “Leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo establecerán: I) el plan plurianual; II) las directrices presupuestarias; III) los presupuestos anuales”. El párrafo 9° Sección II del mismo artículo, establece: “9. Corresponde a la ley complementaria: II) establecer normas de gestión financiera y patrimonial de la administración directa e indirecta, así como condiciones para el establecimiento y funcionamiento de fondos”.

<sup>140</sup> Constitución Política Federal de Brasil, artículo 100: A excepción de los créditos de naturaleza alimenticia, los pagos debidos por la Hacienda Federal, Estatal o Municipal, en virtud de sentencia judicial, se harán efectivos exclusivamente en el orden cronológico de presentación de los exhortes y a cuenta de los créditos respectivos, prohibiéndose la designación de casos o de personas en las dotaciones presupuestaria y en los créditos presupuestarios abiertos para este fin.

<sup>141</sup> FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto. *Fundo garantidor das parcerias público-privadas. Interesse Público*. Porto Alegre. V.7. N.34. Nov./Dez. 2005, pp. 27 y 28.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, pp. 28 y 29.

igualdad, impersonalidad y moralidad inscritos en la Constitución”.<sup>143</sup> Claro, su crítica parece lógica si pensamos que el fondo FGP de la Ley 11.079/2004 permite la participación directa de capitales públicos en proyectos relacionados con la iniciativa privada, pero debemos señalar que esta postura es al menos discutible, pues esta misma fórmula permite solucionar la sabida “ineptitud” que afecta a algunos entes de la federación a la hora de construir obras públicas importantes (ya que, como sabemos, una empresa privada suele ser mucho más eficiente con el uso de recursos en la construcción que una empresa estatal, salvo contadas excepciones).

Con todo, la discusión sobre el carácter legal de este FGP es innecesaria, pues sería fácilmente solucionable gracias al orden jerárquico de las normas jurídicas en Brasil. Para explicar esto, André Carvalho nos indica que “tal rigor legislativo es innecesario, bajo la pena de utilizarse normas jurídicas de mayor jerarquía para asuntos de menor importancia. Además, ya existen normas suficientes en el ordenamiento patrio para disciplinar la materia, de forma que el aparente conflicto con el artículo 100 de la Constitución puede ser disipado en una interpretación teleológica del texto constitucional”<sup>144</sup>. Por otro lado, la Ley N° 11.079/2004 en sus artículos 16 y siguientes nos remite,

---

<sup>143</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 773. En: CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 18.

<sup>144</sup> CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 18. Este autor agrega que todavía hay otro punto que merece ser mencionado: es prescindible la enmienda constitucional para alterar el artículo 100 de la Constitución Federal. En realidad, la intención de la norma es diferente de la orden de *precatorios* impuesto por dicho artículo (obligaciones de pagos por la Hacienda Pública en virtud de decisión judicial no recurrible) pues en este caso existe el establecimiento de reglas para que haya el pago de deudas de la Hacienda Pública así reconocidas por el Poder Judicial.

obligatoriamente, a la disciplina de los fondos especiales para la realización de determinados objetivos o servicios, razón por la cual la veda del artículo 100 de la Constitución Federal debe ser planteada y encarada con tranquilidad en lo que concierne a la utilización de los fondos FGP.

### **Consideraciones finales sobre el modelo brasileño:**

Queda de manifiesto que el caso brasileño adolece de los mismos males que en la mayoría de los países, esto es, la falta de recursos suficientes para invertir en infraestructura y obras públicas. Resulta interesante destacar, en el caso brasileño, que a pesar de contar con diversos programas gubernamentales a nivel central y estatal, así como una asignación de recursos superior a la media de la región para el desarrollo de la infraestructura y obras públicas, no es suficiente para garantizar la participación del sector privado, participación privada que es fundamental para que no exista un “*estrangulamiento estatal en las inversiones públicas*”<sup>145</sup> que en la práctica ataca directamente al desarrollo de la región.

En lo estrictamente legalista, la Constitución Federal de Brasil ha previsto la coparticipación del sector privado (iniciativa privada) en algunos servicios de

---

<sup>145</sup> Lo anterior, en el decir del Presidente del BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico y Social de Brasil), Luciano COUTINHO, quien afirmó que “este Banco, únicamente, no consigue soportar el inmenso flujo necesario para las inversiones públicas” (En: CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 21). Secundamos esta opinión, en el sentido que el apoyo del mercado resulta imprescindible para estas operaciones.

naturaleza pública: entre aquellos encontramos la educación y enseñanza, salud y seguridad social (ésta última, con una fórmula privada-complementaria)<sup>146</sup>. El artículo 21 del mismo cuerpo legal, y que ya reproducimos, ha permitido la delegación por la Unión a los particulares, para inversiones en diversos sectores de infraestructura.

Tras la implementación de la Ley N° 11.079/2004, el panorama cambió. Previo a su entrada en vigencia, una inversión podía considerarse *de capital público* o bien *de capital privado* desde que entró en vigencia la primera ley de concesiones, N° 8.987/1995. Actualmente, se ha concebido la inversión mixta en infraestructura (capital público y privado) con la adopción de estructuras de financiación diferenciadas (Project finance ya mencionado) permitiendo que las PPPs se conviertan en el principal medio de fomento a las obras públicas y de infraestructura con capitales privado.

A modo de cierre, comentaremos la última innovación en esta materia, que busca darle una oportunidad a las inversiones indirectas en infraestructura de la mano de la iniciativa privada. Es la ley N° 11.488 de 2007 – Ley REIDI, Régimen Especial de Inversiones para el Desarrollo de la Infraestructura – que busca estimular el desarrollo de la infraestructura teniendo como beneficiarios “*a pessoa jurídica que tenha projeto aprovado para implantação de obras de infra-estrutura nos setores de transportes, portos, energia, saneamento básico e*

---

<sup>146</sup> Constitución Política de la República Federativa de Brasil, 1988, artículos 209, 199 y 202 respectivamente.

*irrigação*<sup>147</sup>. En breve, las ventajas concedidas son incentivos fiscales (suspensión de la exigencia de las contribuciones sociales que inciden, grosso modo, en operaciones sobre máquinas, aparatos, instrumentos y equipos, materiales de construcción y servicios) para que sean menos onerosas las actividades correlacionadas a inversiones en infraestructura, incentivando así el desarrollo en el respectivo sector.

No es una medida que promueva directamente la inversión en infraestructura. Es más bien, una medida de fomento a la inversión, que puede, de todos modos, alcanzar la finalidad de desarrollo social que se busca. Así, “se verifica que, con estos ingentes esfuerzos, la financiación pública parece volver a ganar fuerza; sin embargo, jamás prescindiendo de la iniciativa privada. Únicamente en concesiones de carreteras, prevé el Gobierno Federal la inversión de \$ 3,8 billones de reales brasileños (...) no obstante, hay que reconocer el impacto presupuestario de estas inversiones, lo que conduce al respeto a la Ley de Responsabilidad Fiscal y a las leyes presupuestarias patrias”.<sup>148</sup> Sí queda claro, entonces, que la forma tradicional de endeudamiento público externo para inversión en infraestructura debe reducirse en los próximos años, pues la modalidad de concesiones en Brasil resguarda de mejor manera la salud presupuestaria nacional.

---

<sup>147</sup> Ley N° 11.488/2007, artículo 2, Brasil.

<sup>148</sup> CASTRO CARVALHO, André. Op. Cit., pp. 22-23. Los datos de inversión informados se obtuvieron desde la página web oficial transportes.gov.br dependiente del *Ministério Dos Transportes*, donde se informaron con fecha 28 de enero de 2009.

## **Conclusiones**

En el desarrollo de este trabajo hemos podido constatar cómo el sistema de concesiones de obras públicas chileno, a lo largo de su implementación y sus distintas modificaciones, se ha constituido en un motor de desarrollo local,

regional y nacional, siendo la base fundamental del crecimiento y perfeccionamiento del auge de las obras públicas concesionadas, tendencia creciente a nivel global.

Al tratar esta investigación sobre los riesgos de la etapa de construcción, creemos necesario hacer algunas precisiones y alcances en torno al régimen jurídico aplicable que, como se esbozó, está contenido en el artículo 22 del D.S. MOP N° 900/96, así como en el artículo 39 del D.S. MOP N° 956/97.

En primer lugar, estimamos que la forma en que se abordó el tema no es del todo adecuada, puesto que el tratamiento que se hace en los dos numerales del primero de los citados artículos, es genérico y no especifica situaciones de común ocurrencia. Por ello, sería adecuado efectuar un análisis más profundo en estas materias, el cual contribuyera a resolver con mayor seguridad y certeza jurídica las controversias que, naturalmente, se generan.

Asumiendo que, por tratarse de materias de derecho público - aunque con claras y notorias influencias de la normativa privada - dicha sola circunstancia es motivo de una regulación especial y distinta, más aun teniendo en cuenta que, como se explicó largamente, la posición jurídica de los concesionarios está muy desmejorada en relación al mandante (MOP), lo cual si bien se subsana, de alguna forma, cuando la concesión está operativa y produciendo sus efectos, no es tal en la larga y engorrosa etapa previa a ello,

donde evidentemente es el MOP quien tiene facultades exorbitantes en comparación con su contraparte.

Uno de los temas que ha suscitado controversias, y que hemos abordado, es el relativo a los cambios de servicios que se requieren al darse inicio a la concesión. El análisis del caso entregó claras luces sobre lo relevante que va a resultar el asignar los costos derivados de ellos al concesionario o al MOP, y especialmente que exista claridad tanto en las BALI como en el contrato a propósito de la asunción de estos. Teniendo presente, entonces, que se trata de un ítem que perfectamente puede desencadenar una controversia entre las partes, resulta necesario que se regule correctamente, lo cual no quiere significar en modo alguno que deba asumirlos por completo una de las partes, pero si la que estuvo encargada de hacer el catastro de los cambios necesarios incurre en errores -de moto tal que no reflejan lo que en realidad se debió modificar – debe, en nuestra opinión, indemnizar a la otra por los mayores costos y eventuales demoras que ello va a producir en las obras. Así, vemos que es un tema que debiera regularse de forma más completa y procurando siempre el mejor desarrollo de la concesión, en todas sus fases.

Pese a que como dijimos, no es parte central de este trabajo, también nos referiremos al sistema de resolución de conflictos presente en la legislación largamente comentada, recalcando que actualmente existen dos caminos distintos a recorrer en este sentido, dependiendo de si el contrato de la

respectiva concesión fue suscrito con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.410 del año 2010, o si lo fue luego de aquella. De acuerdo a lo recogido en el capítulo en que se abordó este ítem, creemos que, si bien los objetivos que se tuvieron en mente al impulsar la reforma apuntaban en general en la dirección correcta, en cuanto a mejorar todo lo vinculado a la resolución de las controversias (plazos, costos, certeza y seguridad jurídica resultan relevantes, pero principalmente dar solución a hechos que revisten un carácter en general puramente técnico), no podemos dejar de reconocer que han comenzado a existir enormes dudas en torno a la nueva institucionalidad encargada del tratamiento de estos temas. En efecto, desde su constitución no ha conocido conflicto alguno, algo que en palabras de su presidente, Erwin Stagno, citado en un apartado anterior, se ha debido principalmente a “las gestiones previas que realiza el Panel a efectos de que se agoten todas las instancias de negociación entre las partes”<sup>149</sup>, lo que si bien resulta adecuado, no logra por otra parte justificar su actual inactividad, la que, por cierto, continúa siendo altamente remunerada.

En otros aspectos la reforma si ha logrado efectos que son en sí más beneficiosos, como por ejemplo el nombramiento y constitución de los miembros, a diferencia de lo que ocurría antes con las comisiones conciliadoras y arbitrales, que podían ser modificadas por las partes cuando ellas quisieran, lo

---

<sup>149</sup> Reportaje de CNN Chile, exhibido el jueves 28 de agosto de 2014 a las 22:23 hrs. Disponible en: [www.cnnchile.cl](http://www.cnnchile.cl).

que evidentemente no contribuía a generar confianza, especialmente al mirarlo desde fuera.

Del breve esbozo de los principales riesgos que realiza la autora citada en esta obra, Dolores Rufián, podemos ya adelantar de manera bastante obvia, que es el concesionario quien los puede asumir en las mejores condiciones (página 12, sobre los riesgos en general a la época de construcción), pero estimamos que siguen existiendo deficiencias que no contribuyen a regular de forma íntegra la correcta distribución de ellos entre los contratantes, tema de vital importancia al momento de abordar este tipo de materias, como se ha sostenido largamente a lo largo del desarrollo de esta obra. Mientras no se agoten todas las posibilidades y la ley no se ponga en la mayor cantidad de casos posibles que podrían ocurrir -a priori-, difícilmente se van a lograr avances significativos, siendo este el punto de partida que creemos más correcto para ir en esa dirección.

### **Bibliografía**

- 1) Actas Oficiales de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, sesión 18ª (22 de Noviembre de 1973).
- 2) ALLARD, Pablo. TAG: La nueva Cultura de la Movilidad. Editorial Arte y Ciudad, Santiago, Chile (2008).

- 3) ALSINA, Hugo. En: GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, en “La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1 (2006).
- 4) ARIAS CRIADO, Bernabé. Artículos doctrinales: Derecho Administrativo. El contrato de concesión de obras públicas. Noticias jurídicas (Noviembre de 2011).
- 5) BADELL MADRID, Rafael. Régimen de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales.
- 6) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. En: CASTRO CARVALHO, André.
- 7) BARBERIS MARTIN, Andrés. Curso “Taller de Memoria: Concesión de obras públicas”, Apuntes de clases, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Primer Semestre (2011).
- 8) BARRALES B., César y VARGAS G., Christian. Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos. Santiago, Chile (2012).
- 9) BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago (2006).
- 10) BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile: Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. Centro de Estudios Públicos CEP, N° 117, año 2010.
- 11) Caso “Ramírez, Juan con Ruta de los Ríos Sociedad Concesionaria S.A.”, Recurso de Apelación, ROL 750 - 2010, 9/3/2011, Corte de Apelaciones de Valdivia.
- 12) Caso Sociedad Concesionaria Ruta del Maule S.A. - Análisis Razonado al 31 de marzo de 2013.
- 13) Caso Sociedad Concesionaria Ruta del Maule S.A. Humphreys, Chile, Octubre de 2012.
- 14) CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. La imprevisión en los contratos. La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Artículo

incluido en la Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo LXIII, N° 258 (Julio – Diciembre 20012).

- 15) CASTRO CARVALHO, André. Paper de estudio “Consideraciones presupuestarias en las financiaciones e inversiones en infraestructura”.
- 16) CHALET, Andrew y HIRSCH, Gabrielle. Force Majeure, paper de estudio elaborado por TressCox Lawyers (2011).
- 17) Código Civil de Chile. Artículo 1547.
- 18) Conferencia de prensa MOP del 10/12/2013. Disponible en: [www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/10/634166/detalles-tecnicos-del-puente-chacao.html](http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/12/10/634166/detalles-tecnicos-del-puente-chacao.html).
- 19) Constitución Política de la República Federativa de Brasil (1988). Artículos 100, 165, 199, 202 y 209.
- 20) Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre promoción de la inversión privada bajo el régimen de concesiones (1999). República de Venezuela.
- 21) Decreto Supremo MOP N° 98/2010 (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 “Camino Internacional Ruta 60 CH”).
- 22) Decreto Supremo MOP N° 900/96 MOP (Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164/91, Ley de Concesiones de Obras Públicas).
- 23) Decreto Supremo MOP N° 956/97 (Reglamento del D.S. MOP N° 900/96).
- 24) DEVILLAINÉ GÓMEZ, Franco. Ponencia: Cambios de servicios: Una realidad compleja. En: Foro COPSA (2013), Chile.
- 25) Dictamen N° 7634 - 2007 de la Contraloría General de la República, Chile.
- 26) DOMPER, María de la Luz. Concesiones de Obras Públicas: lo que hemos avanzado y cuánto ha ganado Chile, Editorial Libertad y Desarrollo (2009).

- 27) ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander y HERMOSILLA, Manuel. Renegociación de Concesiones en Chile (Santiago, Agosto de 2008).
- 28) Feller Rate Clasificadora de Riesgos - Informe Marzo 1998, Santiago de Chile.
- 29) FERREIRA MOTTA, Paulo Roberto. Fundo garantidor das parcerias público-privadas. Interesse Público. Porto Alegre. V.7. N.34. Nov./Dez. 2005.
- 30) FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile: Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos o de Expertos”. En: Gaceta Jurídica N° 350, págs. 7 – 16 (Agosto 2009).
- 31) FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. En: Revista de Derecho de la Unión Europea N°7 (2004).
- 32) HUTT, Gloria. Autopistas Interurbanas y Caminos Transversales. En: Concesiones: Agenda para el 2020, Libertad y Desarrollo, Chile (2008).
- 33) GÓMEZ DE TOJEIRO, Darío y RUIZ-CÁMARA, Javier. En: Actualidad Jurídica Uría – Menéndez (22 – 2009).
- 34) Gran Enciclopedia Rialp (1991). España.
- 35) GUTIÉRREZ, Elías. Evolución del Concepto de Concesión Aplicado a Puentes y Autopistas en Puerto Rico. Universidad de Puerto Rico, año 2009.
- 36) GUZMÁN BRITO, Alejandro. “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ en el Derecho Chileno”. Valparaíso, Editorial Edeval, Revista de Ciencias Sociales N° 18 - 19, 1981.
- 37) IBARRA CORONADO, Rafael. La Ley de Concesiones de Obras Públicas Chilena en el tiempo. En: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 19 (Julio – Diciembre 2011), Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.
- 38) Ingeniería DICTUC, Informe de Mayores Costos – Proyecto de Corredor PAC. División Ingeniería y Gestión de la Construcción (2011).

- 39) IRWIN, Timothy; KLEIN, Michael; PERRY, Guillermo y THOBANI, Matten. *Dealing with Public Risk in Private Infrastructure*, Washington D.C. (1997).
- 40) “La Resolución de Controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas”. Recurso electrónico disponible en: <https://es.scribd.com/doc/230654484/35-Resolucion-Controversias-Ley-Concesiones-Obras-Publicas>.
- 41) LEITE, Harrison. *Adequação da Lei de PPP às normas de direito financeiro. IOB - repertório de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo. V.1. N.8. Abr. 2007.*
- 42) LEPE CAICONTE, Paula. El Sistema de Concesiones de Obras Públicas. Gaceta Jurídica N° 323, 2007.
- 43) Ley N° 29, de Alianzas Público – Privadas (2009). Puerto Rico.
- 44) Ley N° 30, de Contratos del Sector Público (2007). España.
- 45) Ley N° 7.762, General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (1998). Costa Rica.
- 46) Ley N° 11.488, crea régimen especial de incentivos para el desarrollo de infraestructura (2007). Brasil.
- 47) MACIEL ROCHA, Gustavo Eugenio y MASCARENHAS HORTA, João Carlos. *PPP – Parcerias Público-Privadas: guia legal para empresários, executivos e agentes de governo*. Belo Horizonte: Prax Editora, 2005.
- 48) MORALES NÚÑEZ, José Miguel y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco Antonio. El contrato de concesión de obra pública. Fundamentos de Derecho Administrativo. Santiago, Chile (Enero de 2001).
- 49) MORANDÉ, Felipe. Concesiones de Obras Públicas: Aspectos Institucionales. En: *Concesiones: Agenda para el 2020, Libertad y Desarrollo*, Chile (2008).
- 50) National PPP Guidelines Overview, 5.5. Key Commercial Principles.
- 51) Oficio N° 2.295, de 19 de Agosto de 1996, Subdirección Normativa SII. Chile.

- 52) PEÑA TORRES, Marisol y ROSALES RIGOL, Cecilia. El interés público en el Constitucionalismo postmoderno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII (Valparaíso, Chile, 2001).
- 53) PPP – Evolution or Revolution? Backer and McKenzie, Global Business Challenges (2012).
- 54) Reportaje realizado por CIPER Chile, “Miembros del Panel de Concesiones cobran sueldos millonarios y nunca han recibido casos”, por Francisca Skoknic, publicado el martes 26 de Agosto de 2014. Disponible en: [www.ciperchile.cl](http://www.ciperchile.cl)
- 55) Reportaje realizado por CNN Chile, exhibido el jueves 28 de Agosto de 2014 a las 22:23 hrs. Disponible en: [www.cnnchile.cl](http://www.cnnchile.cl).
- 56) RIVERA URRUTIA, Eugenio. La regulación económica como complemento de las licitaciones en las concesiones de obras públicas. Revista de la CEPAL 95 (Agosto de 2008).
- 57) RODRÍGUEZ, Felipe. Concesión de obra pública. Régimen jurídico de aplicación.
- 58) ROMERO SEGUEL, Alejandro. “¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador? Archivos Universidad de Los Andes.
- 59) RUFÍAN LIZANA, Dolores. Informe encargado por el reclamante en el referido caso, Sociedad Concesionaria Litoral Central S.A.
- 60) RUFÍAN LIZANA, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Editorial Fondo de Cultura Económica (1999).
- 61) SÁNCHEZ, José Alfredo. Documento de Política de Concesiones para Costa Rica. Junio, 1997.
- 62) Sentencia de la Comisión Arbitral de la Obra Pública Fiscal denominada Programa de Concesiones de Infraestructuras Penitenciarias Grupo I, Rol 2192-J.
- 63) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso deducido en el marco del desarrollo de la Obra Pública Fiscal denominada Programa de Concesiones de Infraestructuras Penitenciarias Grupo I.

- 64) SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo V. Editorial Jurídica de Chile (1994-1996).
- 65) TORRES ZÁRATE, Fermín. La Prudencia judicial. Alegatos, N° 74, México (Enero/Abril de 2010).