



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**TRATAMIENTO DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA, EN ESPECIAL
DURANTE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN
Análisis de su aplicación práctica**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Marisol del Castillo Celis
Profesor Guía: Claudio Moraga Klenner

Santiago de Chile

2019

*“Tarda en llegar
Y al final, al final
Hay recompensa”
- Gustavo Cerati*

Para M^a Helena Celis Rozzi y Alejandro del Castillo Zúñiga.

Mis pilares y apañe incondicional.

Para Pascal Volker Anguita.

Mi compañero de vida y mejor amigo.

Para Ignacio Celis Rozzi.

Mi padrino putativo y primo-hermano.

Gracias Totales.

Tabla de Contenidos

Introducción	1
Capítulo I. Asociación Público Privada	5
1. Contexto Histórico	5
2. Características y Argumentos esgrimidos para su implementación en nuestro país.....	7
3. Relevancia en nuestro país y experiencia en otros países.....	13
4. La Concesión de Obra Pública.....	21
Capítulo II. Tratamiento del riesgo en Contratos de Concesión de Obra Pública en Chile	23
1. Tratamiento General del Riesgo en los Contratos	23
1.1 Normativa Vigente	28
1.2 Mecanismo de Solución de Conflictos	30
2. Tratamiento de Riesgos en el Contrato de Concesión de Obra Pública	33
2.1 Normativa Vigente	36
2.2 Mecanismo de Solución de Conflictos	46
Capítulo III. Tratamiento del Riesgo según tipo de riesgos	53
1. Riesgos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor	53
Jurisprudencia Relevante	
Contrato de Concesión “Ruta 5 Sur. Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago”	54
2. Riesgos de Mercado y otros operacionales	60
Jurisprudencia Relevante	
Contrato de Concesión “Sistema Américo Vespucio Sur. Ruta 78 – Avenida Grecia”	60
2.1 Otros operacionales	68
Jurisprudencia Relevante	
Contrato de Concesión “Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Talca-Chillán”	68
3. Riesgos Sobrevinientes	74
Jurisprudencia Relevante	
Contrato de Concesión “Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Río Bueno-Puerto Montt”	76
4. Otros Riesgos	83
Conclusiones	87
Referencias Bibliográficas	91

ABSTRACT

El objeto de la presente investigación es entregar una nueva perspectiva al tratamiento del riesgo en las controversias que se han suscitado en los Contratos de Concesión de Obra Pública en nuestro país y a los mecanismos empleados para su solución. Para esto, realizaremos una revisión jurisprudencial sucinta de la materia, con casos emblemáticos y ejemplares, lo cual permitirá al lector obtener una perspectiva práctica del antiguo y del nuevo sistema de solución de conflictos introducido a través de la reforma de la Ley 20.410 del año 2010. Previo a lo anterior, estimamos necesario abordar el impacto político-económico de este tipo de contrataciones y la legislación presente en nuestro país en la materia. Finalmente, analizaremos casos seleccionados en atención a su relevancia, entregando una breve compilación de criterios aplicados por la jurisprudencia, con el fin de comprender la aplicación concreta y el pensamiento lógico que da respuesta a cómo se resuelven este tipo de conflictos.

INTRODUCCIÓN

Las Asociaciones Público Privadas (APP) se han posicionado como una manera mediante la cual el sector público y el privado se unen para resolver problemas públicos (Pliscoff y Araya, 2012), aportando un elemento de innovación que difícilmente pueda pasarse por alto.

Para efectos de esta tesis, nos centraremos en la Concesión de Obra Pública, la cual consiste en un “contrato administrativo celebrado entre el Estado de Chile y un particular concesionario, en virtud del cual éste asume, en un régimen de riesgo compartido, la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactado, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias vigentes” (Rufián, 1999, p.26).

En este sentido, se ha entendido que la figura jurídica de la concesión reviste un *doble carácter*: (i) es un *servicio público* cuya gestión ha de hacerse buscando el predominio del interés general, y (ii) es una *empresa industrial*, que entraña la compensación económica al concesionario por las onerosas cargas que la concesión le impone (Moraga, 2007).

Debido a la importancia que reviste el sistema de concesión de Obra Pública en nuestro país, en términos de innovación y mejoramiento en la infraestructura pública a través de la incorporación de inversiones y la gestión del sector privado, es que resulta relevante salvaguardar el *equilibrio económico* en este tipo de contratos. Resulta de esencial importancia para el perfeccionamiento de nuestro sistema, poder alcanzar una correcta distribución de los riesgos, la cual logre equilibrar ambas esferas del contrato de concesión antes mencionadas: el interés público y la empresa industrial particular.

En esta línea, el tratamiento del riesgo en nuestro sistema de concesión de Obra Pública nos permite determinar cuál de las partes contratantes debe responder y asumir los costos ocasionados por causas imprevistas durante la ejecución del contrato de concesión

El principio imperante en todo contrato de concesión de obra pública, durante la etapa de construcción, suscrito entre el Fisco y un particular, es que los riesgos de éste sean asumidos

por el concesionario (Hayal y Mendoza, 2014). El surgimiento de discrepancias durante la ejecución de un contrato de tan larga duración es un elemento que difícilmente podremos evitar. Sin embargo, a más de 25 años desde la adjudicación de la primera obra concesionada en Chile (Decreto MOP N° 112, 1992), mirar hacia atrás pueda sernos útil para evitar ambigüedades al momento de contratar

El eje central de la presente memoria es entregar una nueva perspectiva entorno a las controversias que se han suscitado en este tipo de contratos y los mecanismos empleados para su solución, con miras a mejorar el tratamiento del riesgo en la concesión de obra pública, alcanzando así superiores niveles de certeza jurídica.

En función de lo anterior, estimamos que es necesario realizar una revisión jurisprudencial sucinta en la materia, con casos emblemático y ejemplares, con el objeto de arrojar luces respecto no sólo al perfeccionamiento del sistema de resolución de conflictos, sino que también respecto a cómo prevenir estos conflictos y su eventual judicialización.

Analizaremos de modo práctico el tratamiento del riesgo en el contrato de concesión de Obra Pública desde la perspectiva del antiguo régimen, así como también contraponiéndolo respecto a cómo ha funcionado hasta ahora el nuevo sistema de solución de conflictos introducido a través de la reforma de la Ley 20.410.

Para la composición del presente trabajo, fijamos como punto de partida la introducción en el tema, revisando el contexto histórico dentro del cual surgen las APP, sus características y relevancia de éstas en nuestro país, sumado a algunos ejemplos de dicha experiencia en otros países.

En seguida, realizaremos una descripción breve de la normativa vigente en materia de contratos de concesión de obra pública en Chile, comparándola a continuación con la regulación vinculada al tratamiento del riesgo en contratos privados.

Posteriormente analizaremos los mecanismos de solución de controversias del sistema antiguo, así como también las modificaciones introducidas en el año 2010 en esta materia, mediante la Ley 20.410.

Finalizaremos este trabajo, analizando brevemente los casos seleccionados en atención a su relevancia, entregando una sucinta compilación de criterios aplicados por la jurisprudencia, con el fin de comprender la aplicación concreta y el pensamiento lógico que da respuesta a cómo se resuelven este tipo de conflictos.

Capítulo I. Asociación Público Privada

1. Contexto Histórico

Para comenzar a comprender el tratamiento del riesgo en los contratos de concesión de obra pública y su aplicación práctica, debemos situarnos y tratar de entender aquellas condiciones históricas que se produjeron en nuestro país, que consecutivamente tuvieron por resultado la instalación del sistema actual de contratación pública.

Durante la segunda mitad del siglo XX, los países latinoamericanos fueron objeto de una serie de intervenciones políticas, las cuales en su mayoría se tradujeron en golpes de Estado promovidos por EEUU (CIA, 1999). Este tipo de intervención en el gobierno de nuestro país, trajo consigo no sólo la represión del pueblo chileno, a través de una política de terror sistemática ampliamente documentada (Garzón, 2016), sino que también un cambio profundo en el paradigma de la función pública del Estado (Ortuzar, 1973).

La puesta en práctica de una serie de políticas neoliberales, cuyo objetivo ulterior consistía en reducir el rol del Estado, tuvo como resultado el abandono de tareas que hasta hace algunas pocas décadas eran consideradas como parte de la labor prioritaria del Estado, sobre todo en aquellas políticas referidas a materia social e infraestructura pública. Esta situación, ha sido considerada “como uno de los principales factores que han propiciado el establecimiento de las alianzas o asociaciones público-privadas (en adelante APP) en la búsqueda de mejorar el desempeño y el impacto de las políticas públicas en la sociedad (Pliscoff y Araya, 2012, p.178).”

A finales de los 80', Chile vivía una época de profundos cambios a nivel político. Con el fin de la dictadura, la llegada de una nueva administración tuvo que asumir las condiciones en que nuestro país enfrentaría la última década del siglo XX. Lo que encontraron fueron cifras abrumadoramente precarias a nivel de infraestructura pública (Rufián, 2002, p.19): Una red vial que contaba con casi 80.000 kilómetros, pero que de los cuales sólo 9.000 aproximadamente se encontraban pavimentados, esto es un 11.5% del total. Junto con esto, conforme a datos aportados por la Dirección Vial, en la década de los ochenta sólo un 15% de

esta red vial se encontraba en “buen estado”. Este alto nivel de deterioro se debió a que – encima de la falta de inversión en nueva infraestructura- la mantención de los caminos ya pavimentados fue de apenas un 30% de lo necesario para este fin.

Como consecuencia de lo anterior, se volvió manifiesto que nuestro país mostraba fuertes deficiencias en infraestructura pública: No sólo en obras viales, sino que también respecto a las instalaciones necesarias para el correcto funcionamiento de servicios básicos, las cuales se encontraban en un estado muy por debajo de los estándares deseados.

En esta línea, el retorno a la democracia no sólo presentó nuevos desafíos para el Estado en cuanto sistema político, sino que los mayores retos provinieron de las nuevas exigencias de las que la ciudadanía comenzó sentirse titular. La experiencia de la dictadura y el escenario que ésta condicionó en función de traspasar el poder, mermó gravemente las instancias participativas de la ciudadanía y su injerencia en las decisiones territoriales, tanto a nivel macro como micro (Boeninger, 1997)¹. A consecuencia de esto, el individuo como miembro de la sociedad tomó conciencia de la necesidad de exigir un *Estado flexible*, “dirigido a elevar la calidad de sus procesos, bienes y servicios y que esté en constante interacción con su propio medio ambiente, esto es, por una parte con el sector político representado por el Congreso-Parlamento y por el Presidente de la República, y por otra, con el ciudadano” (Moraga, 2007, p.20-21).

A partir de la búsqueda de *participación* por parte del individuo, ya no como ciudadano en su esfera netamente política, sino como agente activo en la producción, distribución y/o administración de la gestión pública, es que surge una suerte de “Estado de Cooperación” (Brot, 1958).

A consecuencia de esto, durante la década de los 90’ surge la APP como una importante herramienta de respuesta a las necesidades de gestión administrativa entre el Estado de Chile

¹ El autor propone el concepto de ‘Operación Legitimadora’, la cual permitió a la Concertación dar continuidad “democrática” a un sistema político económico concebido y desarrollado en dictadura.

y contratistas particulares. De este modo, aparece también como una forma de mejorar la infraestructura pública y la prestación de los servicios públicos existentes hasta a esa fecha - tarea que hasta ese entonces era realizada exclusivamente por el Fisco- a través de la incorporación de inversiones y la gestión del sector privado (Figueroa, 2009).

2. Características y Argumentos esgrimidos para su implementación en nuestro país.

El debate desarrollado con el objeto de justificar este tipo de contratación pública surge a fines de los años ochenta y comienzos de los noventa, basándose desde un principio en la capacidad que las APP tendrían de generar cambios y sobre todo, en la innovación que esto significaría en ámbito de la gestión pública.

Para la escuela de la ‘Nueva Gestión Pública’, este tipo de alianzas son concebidas como “técnicas de gestión que permiten utilizar de mejor forma los escasos recursos que posee el Estado” (Pliscoff y Araya, 2012, p.176).

De esta forma, la modalidad de APP que comienza a concretarse en nuestro país, busca captar la inversión desde el sector privado con el fin de avanzar en infraestructura pública, sin tener que imponer dicha carga solamente en el Estado. En otras palabras, resultaba imperioso que el Estado dejara de ser único inversionista en la materia, toda vez que implicaba una liberación de recursos frente a las muchas innovaciones que el fisco se veía obligado a realizar atendido el momento político y las necesidades de la población (Wright, 2007).

Para los autores Engels, Fischer y Galetovic (2014), la experiencia señalaría que esta liberación de recursos del erario y su posterior redestinación de los mismos a programas socialmente atractivos (con baja rentabilidad privada), corresponderían más bien a un *truco contable*. Esto se sustentaría en el hecho de que muchos gobiernos acuden a las APP como una forma de generar obligaciones futuras establecidas en dichos contratos, manteniéndolas fuera de la contabilidad fiscal sin una clara justificación económica. Estiman por lo tanto, que si bien en un primer momento este tipo de contratos administrativos logran su cometido al permitir acceso a infraestructura nueva sin necesidad de un endeudamiento actual, en el mediano plazo

afectaría a la administración de futuros gobiernos, en el caso de que dichas obligaciones sean devengadas directamente de pagos del fisco.

Se desprende de lo planteado por los autores que, desde el argumento fiscal, los gobiernos emplearían las APP debido a que éstas permiten separar del presupuesto anual del erario las eventuales inversiones esenciales para el mejoramiento de la infraestructura de un país, quedando por lo tanto éstas exentas de control parlamentario (Engels et al., 2014). Si bien, los autores consideran como insuficiente este argumento, nos parece que es un elemento que *por sí sólo* no puede considerarse como justificación suficiente; no obstante, dentro del sistema de la APP sobre el que se trabaja, sirve de incentivo para que el Fisco pueda “comportarse” durante las tratativas preliminares del contrato con mayor autonomía patrimonial. En esta línea estimamos que la libertad que le otorga a la Administración este denominado *truco contable*, permite mayor celeridad y disposición de “voluntad administrativa²” más cercana a lo libre y espontáneo exigido en el Derecho Civil (Gordillo, 2012).

Otra característica y argumento a favor de las APP, es aquella que dice relación con una mejor gestión de presupuesto e inversión, las cuales atenderían a una supervisión de alto estándar a propósito de la dualidad de intereses y funciones que conforman este tipo de contratos. Esta dualidad constituiría un catalizador de cambios altamente eficiente y diligente, especialmente en aquellas áreas en que el Estado no posee los recursos ni las capacidades para intervenir, y por lo tanto, se ha vuelto necesario un acuerdo con el sector privado (Pliscoff y Araya, 2012). Debido a esto, para los casos en que el Estado encarga a una empresa privada la construcción de una obra pública, resulta altamente recomendable que sea esta misma empresa la que se encuentre a cargo tanto de la construcción de dicha infraestructura, como también del mantenimiento de esta. De lo contrario, la empresa a cargo de dicha gestión minimiza los costos en los que incurre a fin de cumplir estrictamente lo encomendado, sin

² El Profesor Agustín Gordillo estima que “Hablar de ‘voluntad’ en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección (...) pero a falta de término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear éste...” “¿Qué entendemos comprender entonces dentro del concepto de voluntad que se emplea en cuanto elemento del acto administrativo? A nuestro juicio, trátase del *proceso objetivo* a través del cual uno o varios *individuos humanos* producen o aportan las *partes intelectivas* de una *declaración* realizada en ejercicio de la función administrativa.

hacerse cargo de cualquier costo futuro que pudiera surgir de una construcción de obra en malas condiciones y baja calidad. De este modo, el coste que eventualmente pudiera surgir en mantenimiento y operación de la misma quedaría completamente a cargo del Estado.

En este aspecto, las APP logran prever esto, siendo las concesionarias quienes internalizan dichos costos por operación y mantenimiento durante la etapa de construcción sin que se vea afectada la calidad del servicio (Engels et al., 2014). La internalización de estos costos tiene como justificación el hecho de que resulta mucho más rentable en el largo plazo realizar una inversión inicial mayor, toda vez que reducen los gastos que en ejecución y conservación se producirán a futuro. Esto se contrapone a lo que ocurre cuando una obra se realiza bajo provisión pública, puesto que en este caso puede llegar a prevalecer otros incentivos de índole política, estimulando la inauguración de nuevos proyectos por sobre la inversión en el “ciclo de vida” de aquellas obras ya inauguradas y en pleno funcionamiento.

La optimización de las inversiones y la seguridad jurídica, también han jugado un rol esencial en la implementación de este sistema. El marco dentro del cual operan este tipo de alianzas ha buscado plantear un sistema claro y con normas tendientes al equilibrio entre las partes (Hayal y Mendoza, 2014), lo cual resulta en extremo fundamental cuando conjugamos normas públicas y normas privadas. La viabilidad de este reposaría sobre la base de licitaciones públicas *competitivas* y *transparentes*, que permiten adjudicar la concesión a quien está dispuesto a comprometer la mayor cantidad de recursos propios, ya sea a través del mayor pago inicial, de la menor tarifa a cobrar o de la solicitud del menor nivel de subsidio (Figueroa, 2009).

Lo anterior, se trataría de una forma de fijar competitivamente las condiciones para la provisión de un bien. Este procedimiento se conoce como ‘Mecanismo de Demsetz’, quien sostuvo que en aquellos casos en que se asignen derechos de explotación de monopolios naturales a privados, sólo se podría evitar los abusos de poder del mercado mediante la creación de un escenario de competencia en el contrato (Demsetz, 1968). Dicho en otras palabras, el derecho debía asignarse de tal manera que se crearan las condiciones de competencia que aseguraran el precio óptimo desde el punto de vista del bienestar social. Demsetz sugiere entonces que la asignación de dicho derecho debiera ser para aquel que ofrezca el menor costo

para la sociedad, arribándose en consecuencia a un precio determinado por la competencia entre los postores (licitación) (Rivera, 2008). En términos generales, este es el mecanismo de adjudicación de contratos que subyace al derecho de las concesiones de infraestructura en nuestro país.

Para que el ‘Mecanismo de Demsetz’ pueda darse en un país, es necesario que se verifiquen ciertos prerrequisitos institucionales. Esto atiende a principios y dinámicas político-económicas, respecto de los cuales el Estado debe operar con cautela al momento de celebrar contratos del calibre de la concesión de obra pública. En este ámbito, resulta fundamental que la aparente competencia y transparencia propia de toda base de licitación pública, sean efectivamente tales; no una mera formalidad de contratación que tienda a beneficiar a un grupo empresarial vía clientelismo. Ante una institucionalidad vulnerable a estos malos hábitos, con baja o nula fiscalización en materia de corrupción, suelen producirse prácticas que merman los beneficios que las APP pudieran reportar a la economía fiscal, anteponiendo los intereses de algunos pocos sobre el bien común.

Dentro de la misma hipótesis anterior, la falta de fiscalización y sanción en ámbito de conflicto de interés y corrupción podría incluso redundar en bases de licitación que no se adjudiquen al mejor postor, midiendo la eficiencia que una empresa posee para ejercer presión política y/o sus habilidades de (re)negociación, por sobre una evaluación de carácter técnico (Engels et al., 2014; Diario El País, 2016).

Estos parámetros, establecidos por la institucionalidad que refuerza la labor del Estado, resultan –como mencionábamos más arriba- fundamentales para el funcionamiento sano en la economía de las APP, atienden a las implicancias prácticas propias de la asociación de lo público con lo privado.

Por tratarse de un acto administrativo, la concesión surge a partir de una facultad discrecional de la Administración Pública. Esto implica que es la Administración quien encomienda a empresas de carácter privado la satisfacción de una necesidad colectiva, en este caso por medio de la ejecución de una obra. En razón de esto, la “causa” del contrato de concesión será a lo largo de toda su vigencia el *interés público*, de modo tal que ante cualquier

circunstancia que pudiera emerger, deberá prevalecer la utilidad pública del mismo, como también el interés general por sobre todo tipo de especulación privada (Moraga, 2007).

En razón de esta misma “causa” del contrato de concesión, es que la administración ostenta facultades exorbitantes y prerrogativas de derecho público, las cuales afectan desde un primer momento el sano equilibrio económico necesario en todo contrato sinalagmático. El alto interés social de este tipo de contratos redundan –por ejemplo- en la obligación legal de prestar de manera ininterrumpida el servicio la obra y la no discriminación a los usuarios que cumplan normativas y tarifas. Del mismo modo, este fin público fundamenta en gran medida la existencia de figuras especiales sancionatorias, tales como son los casos del abandono de la concesión y la causal de cesión forzosa o de extinción del contrato, por incumplimiento grave (Moraga, 2007).

Por este motivo, es que resulta en extremo relevante al momento de poner en práctica el sistema de concesiones o de APP en un país, el cumplimiento de los prerequisites institucionales mencionados anteriormente, toda vez que cumple un rol que protege no sólo a la administración en materia de relaciones de dinero y poder; sino que también protege a su contraparte ante las facultades exorbitantes del Estado en el cumplimiento del interés general. Uno de los presupuestos indispensables para que el sector privado materialice su participación como agente colaborador de la función administrativa, es que exista una regulación normativa que se oriente por principios básicos y que esté destinada a perdurar en el tiempo (Soto, 1978; Ponce de León, 2013). En particular, resalta la importancia que al interior de este orden público económico exista algún grado de respeto por los derechos de propiedad, sumado a un mercado financiero bien desarrollado, que permita a las empresas reforzar la seguridad del proyecto en el mercado local al terminar el periodo de construcción, sin incurrir en primas por el riesgo de tipo de cambio y el riesgo país (Engels et al., 2014).

En atención de esto último, se desprende que la existencia de facultades exorbitantes a favor del fisco, de un modo u otro deberá ser compensada en función de racionalizar la posición dominante de la Administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye –en teoría- como la parte más débil de la relación

contractual (Rodríguez, 2011). Estos poderes especiales de la Administración constituirían para Ferrada una “potestad-función constitutivas al mismo tiempo de un privilegio y de una carga, lo que determina en último término los poderes especial que se entregan a la Administración estatal” (Ferrada, 2007, p.76).

De este modo, ambas partes en este tipo de contratos deberán velar por diversas condiciones atendida su naturaleza, en función de que la ejecución de estos se pueda cumplir del modo estipulado, en función de una ‘honesta equivalencia’. Esto es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión (Rodríguez, 2011).

En este sentido, el Estado será la parte que entregue todas aquellas herramientas que permitan que este tipo de proyectos puedan ser financiados por privados, además de dotar a las concesiones del marco regulatorio necesario, para que se genere seguridad jurídica y confianza entre las partes contratantes, como también respecto de terceros. Este marco regulatorio, hará las veces de cortapisa respecto de las ya mencionadas facultades exorbitantes, limitándolas con los principios de supremacía de la Constitución y de legalidad (Díaz y Pérez, 2015), así como también, respecto de la relación del fisco con los particulares, a través de los derechos fundamentales a los que el éste debe total respeto.

Por su parte, el sector privado deberá aportar a la ecuación no sólo el financiamiento de la obra, sino que también deberá contribuir con aquellos elementos que históricamente han caracterizado al sector privado respecto del público, tales como son la innovación y la eficiente gestión de recursos, experiencia y tecnología.

Con todo, se requiere un esfuerzo en conjunto de ambas partes del contrato de concesión, sumado a una adecuada voluntad política que demuestre la cristalina intención de impulsar la concretización exitosa de la APP, incluyendo los respectivos criterios económicos, financieros y jurídicos de recuperación de la inversión que ejecutará el privado concesionario (Ponce de León, 2013).

3. Relevancia en nuestro país y experiencia en otros países

La APP llevada a cabo en nuestro país, manifestada principalmente en el sistema de concesiones de obras públicas, atendió desde un comienzo a un fenómeno de tendencia mundial, en el cual países tales como Argentina, Colombia, Francia, España, Italia, México y Reino Unido, han implementado las APP de manera extensiva. La implementación de este tipo de asociaciones ha servido en la ejecución de grandes obras de construcción, de autopistas, obras portuarias, sector sanitario, cárceles, etc. Por lo general, estas enormes inversiones se han ido recuperado posteriormente con la explotación de los servicios prestados a los usuarios. Ejemplo de esto es la construcción del túnel del Canal de la Mancha, el cual fue producto de compromiso internacional suscrito en 1986 por Gran Bretaña y Francia, y que se realizó mediante un contrato de concesión para la explotación de servicios por parte de particulares (Figueroa, 2009).

En nuestro país, tal como mencionábamos anteriormente, el regreso a la democracia encabezado por la agrupación de partidos que conformaron la Concertación develó una serie de carencias presentes en diversos niveles de nuestra institucionalidad. El quebrantamiento del Estado de Derecho y las violaciones a los Derechos Humanos, sumados a la falta de infraestructura, hicieron urgente un cambio de paradigma en cuanto al financiamiento de las grandes obras que nuestro país. En este punto, necesitábamos poder endilgar de algún modo aquellos procesos truncados por una deficiente gestión, la cual incluyó el rescate estatal al sistema financiero y posterior proceso de privatización de empresas del Estado chileno entre 1985 y 1989 (Monckeberg, 2001).

En razón de esto, en 1991 se aprueba el Decreto con Fuerza de Ley (en adelante DFL) 164 y el Decreto Supremo (en adelante DS) 240, los cuales permitirían a los siguientes gobiernos, concesionar la mayoría de las obras públicas, incluyendo caminos, aeropuertos, embalses, hospitales y cárceles³.

³ El antecedente de estas leyes reside en artículo 87 del DFL 850, la cual corresponde a la Ley Orgánica del MOP. En dicho artículo se permite la licitación de públicas fiscales a través del sistema de concesión.

Actualmente, la enorme cantidad de fondos que han sido aportados a través de los proyectos otorgados por el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP) a empresas privadas para la construcción de obras públicas, se traducían hasta el año 2007 en un 10% del PIB chileno anual (Engels et al., 2014). Si bien desde un inicio se estableció un principio de otorgar las licitaciones bajo un régimen de alta competitividad, sin distinción entre empresas privadas nacionales y extranjeras, lo experimentado por el MOP desde comienzo de la década del 2000 nos demuestra que este proceso no ha estado exento de escándalos de corrupción y de renegociaciones excesivas, las cuales han mermado el ingreso de empresas privadas altamente calificadas.

Con respecto a esto último, uno de los más grandes casos de corrupción de aquellos años en nuestro país ocurrió justamente en el interior del departamento de APP del MOP. El bullado caso del *MOP-GATE*, generaría un alto impacto no sólo en la política, sino que también tendría repercusiones en el programa mismo de concesiones. En este sentido, el modelo que durante muchos años buscaba perfeccionarse concesión tras concesión, quedó paralizado ante una seguidilla de investigaciones que recayeron sobre la mayoría de los más altos escalafones de la unidad de APP, todo esto sumado a la consecutiva renuncia de éstos.

Para Engels, Fischer y Galetovic (2014), no se pudieron realizar nuevos proyectos durante este periodo, puesto que para cuando el escándalo salió a la luz en 2002, el entonces ministro del MOP -Carlos Cruz Lorenzen- ya había comprometido “todos los recursos del ministerio por varios años, por lo que no había recursos disponibles para usar en nuevos estudio de proyectos de concesión (Engels et al., 2014, p.61).”

Por otro lado, y a pesar de que durante los primeros años del programa de concesiones se buscó evitar renegociaciones respecto de los contratos firmados entre el MOP y las concesionarias; a partir del año 2000 estas aumentaron significativamente, especialmente entre los años 2001 a 2007. Engels, Fischer y Galetovic estiman que durante este periodo, en promedio los contratos de concesión se renegociaban cada 2.5 años, lo cual conlleva un colosal aumento en los pagos de dichos contratos con respecto al proyecto original. Lo más grave es que durante estos años, gran parte de las renegociaciones se realizaron mediante acuerdos

bilaterales entre el MOP y el concesionario, los cuales por ley (Ley N° 21.044, 1996) no requerían de un examen externo, sin la necesidad de dar a conocer públicamente los cálculos que permitían arribar a determinadas cifras. Fue así que, libres de todo tipo de fiscalización, de los 11.300 millones de dólares invertidos por el Estado en 50 concesiones hasta el año 2007, el 23.89% corresponden a dineros agregados como resultado de una renegociación (Engels et al., 2014).

A consecuencia de lo anterior se instala en nuestro país la agenda de Transparencia y Probidad de los gobiernos, la que también comenzó a formar parte de las nuevas reformas sufridas por la ley de concesiones, con el fin de proveer una mayor supervisión respecto de los proyectos, disminuyendo así el gasto exacerbado producto de las renegociaciones.

Como mencionábamos anteriormente, los primeros procesos de licitación⁴ por los que transitó el Estado chileno, consistentes principalmente en la construcción de caminos, sirvieron de aprendizaje y experiencia. Posterior a esto, los programas de concesiones experimentaron un proceso de diversificación, incorporando áreas tales como la edificación de recintos penitenciarios, centros culturales o de recreación, y hospitales (MOP, 2016). Sin embargo, respecto a estas últimas áreas, el modelo aún no ha demostrado ser lo exitoso que pudieren ser aquellos proyectos dedicados a la construcción de autopistas y aeropuertos. Quizás, plantea tentativamente el MOP (2016), las licitaciones de edificaciones públicas (tales como hospitales o recintos penitenciarios) son de índole más compleja, puesto que su gestión atiende a un diseño institucional en el que el mandante debiera cumplir un rol diverso, debido a que los usuarios en estos proyectos no pagan por un servicio, sino que se trata de una institución pública con presupuesto limitado (sistema de pago por disponibilidad), la que finalmente financia el uso de este tipo de edificaciones, las cuales se tratan de infraestructura “social”, en vez de infraestructura “productiva”.

En contraste, la construcción de caminos y aeropuertos presentaron para nuestro país un menor desafío. Desde un principio la exitosa experiencia internacional apuntaba

⁴ Primer Proyecto: Túnel El Melón en el año 1993. Segundo Proyecto: Ruta de la Madera en el año 1994.

precisamente hacia este tipo de proyectos, planteando de este modo sistemas operativos ya probados y aquellos esquemas de negocios que pudieran resultar más rentables en estas áreas.

A este respecto, al observar la experiencia en otros países, no podemos dejar de mencionar el caso del Reino Unido. Durante el gobierno del primer ministro laborista del Reino Unido, Anthony Blair, uno de los principales pilares del financiamiento público se enfocó en la denominada Iniciativa de Financiamiento Privado o PFI por sus siglas en inglés⁵. Fue así que a lo largo de su administración (1997-2007), estas APP fueron instrumento del financiamiento en la construcción de infraestructura para diversas áreas en el Reino Unido, especialmente en el área de transporte, distribuyéndose de la siguiente manera: 25% en transporte, 20% salud, 15% en educación, 15% en defensa y el restante 25% distribuido en proyectos en otras áreas (Engels et al., 2014).

La evolución que este sistema ha tenido en cuanto a la cantidad de proyectos sujetos a la Iniciativa de Financiamiento Privado ha sido la siguiente: para el año 2008 existían 69 proyectos PFI operativos y unos 50 más en estadios precoces de desarrollo (Ruane, 2008), lo que suma un total de 129 proyectos PFI vigentes para ese período. Para marzo de 2011, Reino Unido se encontraba convertido en el laboratorio de ensayos de APP a nivel internacional, con 698 proyectos con cierre financiero y 630 proyectos en operación (Engels et al., 2014). En marzo de 2016, dentro del marco de la política de transparencia del gobierno de Reino Unido, éste publicó un documento con un total de 721 proyectos en operación a la fecha (Her Majesty Treasury, 2015).

El balance y evaluación de la experiencia con los proyectos PFI en Reino Unido, fue en un primer momento, bastante favorable. En 2002, la Her Majesty's Treasury (en adelante H.M. Treasury) realizó un informe que daba cuenta del favorable efecto que habría tenido el uso del sistema de APP en los proyectos de construcción de Obras Públicas. Entre los efectos positivos que éstas habrían tenido se menciona la disminución en el porcentaje de proyectos atrasados

⁵ En el año 2000, el gobierno de Reino Unido publicó un documento en el cual define a la PFI como “un diseño institucional en que el sector público contrata la compra de servicios de calidad para el largo plazo, aprovechando las habilidades de gestión del sector privado que enfrenta incentivos por un financiamiento privado sujeto a riesgo” (Her Majesty Treasury, 2003).

en comparación con aquellos bajo provisión pública, como también una mayor diligencia en éstos por parte de los contratistas al momento de planificar y ejecutar dichos proyectos. Por otro lado, se destaca en este informe, que la cantidad de ofertas realizadas para cada proyecto fueron 4 en promedio, lo que sería una señal de una sana competencia (Engels et al., 2014).

Sin embargo, años más tarde se darían a conocer informes provenientes de otras instituciones, entre ellos uno de la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), como también de la National Audit Office (en adelante ONA), los cuales serían bastante menos favorables para las PFI.

En 2007, la OMS dejó en evidencia que, en muchos de los casos los costes de las construcciones PFI (en particular se refiere a la construcción de hospitales), eran mucho más elevados que los costos de una construcción pública, llegándose en algunos casos a hasta 4 veces más caros. Según este informe, esto se debe por un lado, a que los bancos prestan el dinero al sector privado a un interés más elevado que a la Administración Pública dada la mayor solvencia de ésta, viéndose las empresas privadas forzadas a repartir los dividendos a sus accionistas; y por otro lado, a que los costes administrativos de la negociación de contratos y consultorías son muy elevados por su gran complejidad (Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública , 2007).

De este modo, nos volvemos a encontrar con el problema de las renegociaciones, sobre todo en aquellos casos en que las empresas contratistas imponen la renegociación como mecanismo de solvencia ante un escenario de quiebra económica, dejando al Estado escasas alternativas frente a la posibilidad de dejar a los habitantes de un sector sin acceso a un servicio básico determinado. El informe es bastante categórico en su crítica respecto a la concesión de hospitales, señalando no sólo el encarecimiento de los proyectos de construcción, sino también el condicionamiento y reducción en la capacidad de inversión y presupuestos sanitarios de los gobiernos durante extensos periodos de tiempo. Menciona también en su crítica la limitación en la capacidad de los hospitales para adaptarse a cambios tecnológicos y poblacionales (debido a la duración de 30 años o más de los mismos contratos), la reducción en los niveles de información y transparencia de la gestión de los centros resguardándose en su carácter de

empresa privada. Finalmente, este informe menciona algo fundamental, que encierra a nuestro criterio un elemento esencial para este tipo de proyectos: el empeoramiento en la calidad asistencial. Esto último sería una consecuencia directa del hecho que para conseguir beneficios empresariales, las constructoras emplean materiales y equipamiento de baja calidad, reducen camas y personas, lo que redundaría en una menor calidad de la atención que prestan (Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública , 2007).

En 2009, la NAO realizó un informe respecto al desempeño que las PFI habían tenido en el área de construcción general, con el objeto de actualizar el reporte publicado por esta misma oficina en el año 2003, el cual fue citado de manera extensa alrededor del mundo, como uno de los ‘caballos de batalla’ de los defensores del sistema y cuyos datos también fueron utilizados en su momento en el estudio realizado por H.M. Treasury en 2003, anteriormente mencionado en esta tesis. Sin embargo, tal y como expone el mismo informe, la situación cambió de manera significativa en cuanto al aumento en número y rango de los proyectos de construcción PFI.

Uno de los principales datos que resultaron llamativos fue el porcentaje de proyectos completados a tiempo con un (69%) y de los que estuvieron dentro del presupuesto (65%), los cual no constituye una diferencia que pudiera considerarse como un “cambio estadístico” en comparación con el reporte de 2003 (NAO, 2009). No obstante, sí hubo cifras que cuentan una historia bastante diferente al reporte inicial: alrededor de un 18% de los proyectos sufrió un retardo en la entrega superior a los 6 meses, cerca de la mitad (43%) de los proyectos retrasados también incurrió en sobrecostos, el porcentaje de proyectos sin aumento en costos descendió a un 65%, entre otros datos (NAO, 2009).

Posterior a esto, en el año 2011 se realizó otro informe (NAO, 2011) ordenado por la Cámara de los Comunes a la NAO, el cual dio a conocer importantes falencias en cuanto a la flexibilidad de los contratos, tal como mencionábamos respecto de los casos que se han ido produciendo en nuestro país. Esta flexibilidad sólo está permitida en un principio, como facultad del Estado para modificar lo pactado, en aquellos casos en que exista un acuerdo con la contraparte, y siempre y cuando los cambios realizados no excedan un costo de 100.000 libras esterlinas, en cuyo caso se debe realizar una licitación competitiva. El informe revela que

respecto de aquellas modificaciones que exceden esta cantidad en el costo, sólo un 29% de los casos cumple con el requisito de llevar a cabo la licitación. Esta situación, nos recuerda aquello que mencionábamos anteriormente, respecto a las renegociaciones entre el MOP y la empresa contratista, y como cerca de la mitad de éstas fueron realizadas sin ser sometidas a una comisión arbitral, sino que simplemente se acordaban de manera bilateral. Este tipo de prácticas resultan extremadamente dañinas, puesto que invocando el principio del equilibrio económico del contrato, se incurre en graves abusos y modificaciones de contrato que no necesariamente cumplen con los estándares establecidos por la ley.

En retrospectiva, parece ser que la principal motivación para la implementación del sistema de APP en Reino Unido fue obtener una fuente de inversiones públicas que no aparecieran en el balance de la inversión pública, y como motivación secundaria, estarían los beneficios potenciales de eficiencia, propio del sector privado (Engels et al., 2014). Respecto a lo primero, resulta esencial mencionar que la razón para esto tiene como base la suscripción del Tratado de Maastricht o de la Unión Europea (1992), el cual arguyendo la necesidad de crear las condiciones para la moneda única, estableció que el gasto público de cada país no debería superar el 3% del PIB, ni su endeudamiento público el 60% del mismo (Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, 2007). Por lo tanto, en una primera instancia sería éste el real gatillador de la implementación del sistema de APP en Reino Unido, y no habría existido inicialmente una razón que tuviera directa relación con el bienestar social; sino que dichos argumentos habrían ido surgiendo de manera ex post.

La experiencia en los países latinoamericanos ha sido diversa. En el año 2014, el Banco Interamericano de Desarrollo publicó un Informe elaborado por *The Economist Intelligence Unit* (brazo investigativo del Diario The Economist, en adelante EIU) en el cual estableció a Chile, Brasil, Perú, México y Colombia como los primeros en el ranking de países con mejores condiciones para las APP (Economist Intelligence Unit, 2014).

Con respecto a Brasil, debemos tener en cuenta el contexto actual de este país, al momento de analizar su experiencia con la implementación de las APP. Como mencionábamos, Brasil se ubicó en el segundo lugar del ranking, muy cerca de Chile en puntaje. Esto se debió principalmente porque en la mayoría de los ítems de la evaluación nuestro país obtuvo cerca

del puntaje máximo en cada una de las clasificaciones de categoría, incluyendo su marco regulatoria e institucional, pero se encuentra por debajo en cuanto al desarrollo de la actividad subnacional (Economist Intelligence Unit, 2014). Es a este nivel, que Brasil ha logrado desarrollar un sistema de financiamiento privado, que le ha permitido ir resolviendo problemas de infraestructura a nivel regional, lo cual no es menor si tomamos en cuenta el tamaño de este país, con un 85% de los proyectos APP total distribuidos entre Municipios y Gobiernos regionales, quedando sólo el restante en proyectos de nivel federal.

Resulta importante mencionar que este enfoque de proyectos a nivel subnacional, se presentan una serie de problemas (Economist Intelligence Unit, 2014). En un primer lugar, al ser las instituciones ediles y regionales las que contratan con las concesionarias, existe un riesgo de incumplimiento mucho más alto en estos casos, debiendo incluir garantías adicionales a los contratos, por parte de los respectivos gobiernos subnacionales, lo cual en el futuro podrían comenzar a causar un decaimiento en este tipo de actividades. Por otro lado, y también por causas de falta de un piso de financiamiento más amplio, los gobiernos regionales poseen menores capacidades para poder confeccionar complejos contratos de APP, variando en exceso entre cada estado y municipalidad. Esto también repercutiría en la falta de recursos humanos con experiencia en el área privada, debido a los bajos salarios del sector público, lo cual inevitablemente nos hace recordar que en nuestro país esto tuvo importantes consecuencias por el bullado caso de los sobresueldos del MOP. Otros problemas presentes en los proyectos APP subnacionales de Brasil, es su complejo sistema impositivo (el cual encarece tremendamente los proyectos) y las deudas políticas en materia de transparencia y probidad.

Sin embargo, uno de los desafíos que enfrenta Brasil en materia de APP subnacionales, surge a partir de “la renuencia del sector público a absorber riesgos asociados a los proyectos y, en lugar de ello, ponerlos en la esfera del socio del sector privado” (Economist Intelligence Unit, 2014, p.14), lo cual redundo en un mayor nivel de provisión en el contrato por parte del privado, elevando significativamente su costo.

No es baladí mencionar que en los últimos años Brasil ha pasado por importantes transformaciones y conflictos (tanto a nivel político como económico), sumado al hecho de haber sido país sede para un mundial de fútbol en el año 2014 y luego Rio de Janeiro como

ciudad sede de los Juegos Olímpicos en 2016. Todos estos elementos, han conjugado contingencias que – a nivel de contexto APP – obligaron a este país a “madurar” su situación de manera acelerada.

Otro caso interesante de mencionar es la incursión de un proyecto APP en la construcción de un centro hospitalario en la ciudad de Bahía en Brasil, inaugurado en el año 2010. El contrato se estructuró de modo tal que el pago a la empresa concesionaria se encuentra relacionada a “indicadores de desempeño clave en base a metas cuantitativas y cualitativas, creando así incentivos para altos niveles de desempeño” (Economist Intelligence Unit, 2014, p.16), el cual ha tenido bastante éxito, poniendo así la primera piedra de APP en el sector de cuidado de la salud y siendo actualmente replicado en al menos otros seis estados brasileños.

4. La concesión de obra pública

La Concesión de Obra Pública ha sido definida de diversas maneras por la doctrina a lo largo de los años. Para Moraga es un contrato administrativo, esto es, de Derecho Público, celebrado entre el Estado y un tercero particular –denominado concesionario-, donde este se obliga a realizar una obra a su cuenta y riesgo cuyo pago no será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados (usuarios de la obra) durante el tiempo que dure la explotación de la misma obra por parte del concesionario (Ponce de León, 2013).

En un principio, y por el hecho de provenir del Derecho Privado, el contrato administrativo aplicaba ampliamente los principios *pacta sunt servanda* y la buena fe contractual. Como consecuencia de esto durante el siglo XIX, y en particular respecto del contrato de obra pública pactado a precio fijo o alzado, se aplicó en éstos el principio del riesgo y ventura, conforme al cual el cocontratante de la administración tenía la carga de ejecutar el contrato en los términos económicos en que fue pactado, sin importar que la concreción de los riesgos le hiciera mucho más onerosa la ejecución (Rodríguez, 2011).

Pero tal como comentábamos anteriormente, esta situación comenzó a cambiar con el advenimiento de la Teoría del servicio público, la cual insistió en la importancia de establecer ciertos contrapesos a las facultades exorbitantes que dispone el Estado en este tipo de contratos. A este respecto, se establece como elemento necesario una honesta equivalencia

entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige (Rodríguez, 2011). Si bien se trata de un equilibrio delicado y de difícil alcance en la práctica, estimamos que poco a poco se ha ido corrigiendo la legislación en miras de este objetivo.

Actualmente, respecto a las obligaciones adquiridas por el concesionario en la ejecución, reparación, conservación y explotación de las obras fiscales, resulta relevante lo establecido en el artículo 1° inciso segundo de la Ley de Concesión de Obra Pública (Ley N° 20.410, 2010). Este inciso prescribe que las concesiones otorgadas impondrán sobre el privado contratante la carga de cumplir con los niveles de servicio y/o estándares técnicos, establecidos en las respectivas bases de licitación. A continuación, la Ley hace hincapié en que este estándar establecido deberá ser cumplido durante las diversas etapas y circunstancias que el contrato deba atravesar.

Con todo, compartimos la visión de la profesora Ponce de León (2013), en cuanto a que la vía idónea para la construcción y gestión de infraestructura fiscal es aquella que utilice técnicas que admitan una adecuada y equitativa distribución de riesgos entre el privado y la Administración. A fin de cuentas, resultará imprescindible para la implementación de un modelo exitoso de APP, el que ésta se encuentre supeditada a la “viabilidad del proyecto” desde una perspectiva financiera y económica.

Capítulo II. Tratamiento del Riesgo en Contratos de Concesión de Obra Pública en Chile

1. Tratamiento general del Riesgo en los Contratos

Para poder hablar del tratamiento general del riesgo en los contratos, debemos obligadamente abordar el concepto de Responsabilidad Civil Contractual. Este tipo de responsabilidad nos entrega el estatuto jurídico necesario para aquellos casos en que lo estipulado dentro de un contrato no se cumple o se cumple de manera parcial, provocando a la contraparte contratante un daño que debe ser reparado. Dicha obligación de reparar el daño⁶ producido, en materia civil se cumple mediante la indemnización de perjuicios. De este modo, este estatuto nos permitirá determinar si operan o no las condiciones y criterios bajo los cuales el perjuicio soportado inicialmente por un sujeto será tolerado por el patrimonio de su cocontratante, mediante una acción civil de indemnización de perjuicios. Para Alessandri, la responsabilidad civil puede ser definida como la “obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra” (Alessandri, 1943, p.11). Del mismo modo, la jurisprudencia ha fallado que por responsabilidad generalmente se refiere a aquella “obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado” (Corte Suprema, 1972, p.181). Finalmente, este es el sentido etimológico de la palabra, toda vez que responsable es quien responde (Mazeaud et al., 1963).

Resulta relevante para el estudio del tratamiento del riesgo en los contratos de concesión de obra pública examinar algunos conceptos fundamentales desde la doctrina del Derecho Civil. Esta rama del derecho ha sistematizado el estudio de los contratos principalmente celebrados entre privados, y como mencionábamos anteriormente, el contrato de concesión se entiende como una alianza público-privada, a través de la cual una persona estatal encarga determinada gestión y/o función a otra persona natural o jurídica.

Para el autor Jorge López Santa María (1998), el contrato es un acto jurídico bilateral que crea obligaciones, existiendo a partir de esta definición una serie de clasificaciones y distinciones que no son realmente objeto de esta tesis. Sin embargo, a partir de la clasificación

⁶ Sin daño no hay responsabilidad civil.

clásica entre contratos bilaterales y contratos unilaterales, surgen importantes efectos que pueden ser atribuidos únicamente a aquellos de tipo bilateral, tales como la excepción de contrato no cumplido o la resolución por inejecución, entre otros. Con ocasión de esta tesis, nos detendremos en la Teoría de los Riesgos, en cuanto efecto particular de los contratos bilaterales.

Al tratarse de una relación “bilateral” existe en este tipo de contratos un vínculo recíproco, en que ambas partes son acreedoras y deudoras entre sí. De este modo, sus obligaciones tendrán como causa las obligaciones de la contraparte, comprometiéndose así uno con otro con motivo del derecho que surge para ambos respecto del otro. Así, más que recíprocas, dichas obligaciones son interdependientes: la existencia de una se encuentra subordinada a la de la otra (Zusman, 1980).

En este aspecto, nos parece relevante detenernos en algunas de las clasificaciones presentes en nuestra legislación civil respecto a los contratos bilaterales. En el artículo 1.440 del Código Civil Chileno⁷ se establece la distinción entre contrato gratuito y oneroso, basándose en un criterio económico para dicha dicotomía. Este criterio económico se manifiesta en el concepto de *utilidad de las partes*, entendiéndose que los contratos onerosos son aquellos cuya finalidad es la utilidad que a ambos contratantes le reporta, generándose una obligación para cada uno en beneficio del otro, mientras que en los gratuitos el objeto es la utilidad reportada a una de las partes en gravamen de la contraparte.

A continuación, en el artículo 1.441⁸ del mismo código, se establece una subclasificación de los contratos onerosos que resulta fundamental para esta tesis, la cual es entre contrato conmutativo y contrato aleatorio. Si bien esta disposición ha sido objeto de críticas (López, 1998) en cuanto a ambigüedades en la redacción y a los criterios de clasificación utilizados por Andrés Bello, no logra restarle la trascendencia que ostenta. Así, nos quedamos con que en los

⁷ Artículo 1.440 Código Civil Chileno: “El contrato es *gratuito* o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y *oneroso*, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

⁸ Artículo 1.441 Código Civil Chileno: “El contrato oneroso es *conmutativo*, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama *aleatorio*.”

contratos conmutativos, aquella utilidad que reporta se *mirará como equivalente* por ambas partes; mientras que en los contrarios aleatorios, tal *equivalencia* estaría sujeta a una incertidumbre. Cabe puntualizar aquí, que para López Santa María (1998) esta última aseveración sería doblemente errada, toda vez que es poco precisa en cuanto al criterio de distinción, el cual consistiría en la posibilidad de las partes de pronosticar los beneficios que el contrato podría reportarles (cuántos y por qué) desde las tratativas preliminares. Por otro lado, sería igualmente errada por el hecho de que todo contrato que tiene por objeto la utilidad de las partes implica un riesgo, el cual es fundamental para todo *negocio* jurídico, generando en mayor o menor medida una desigualdad respecto de las prestaciones que se deben.

Ahora bien, habiendo establecido que esta “equivalencia” de los contratos conmutativos no existe *como tal* en la realidad, podemos a continuación aseverar que lo que existe en este tipo de contratos es un equilibrio financiero, el cual tiene relación con la manera en que las partes evalúan las circunstancias durante las tratativas preliminares del contrato y sus respectivos pronósticos en cuanto a los beneficios que este le reportará una vez concluido. Es por este motivo que se entiende que el problema del tratamiento del riesgo se plantee en este tipo de contratos, toda vez que la discusión busca resolver qué ocurre con el cumplimiento de las obligaciones correlativas e interdependientes que emanan de dicho tipo de contratos, en caso de cambiar las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato en un primer momento. Esto último, obedece a su vez a que el contrato además de ser bilateral oneroso conmutativo, debe ser de ejecución diferida y no inmediata al momento de celebración; de lo contrario no habría momento alguno para que los presupuestos bajo los que se contrató puedan verse alterados.

Históricamente, la mayoría de las legislaciones basadas en el Código Civil Francés, establecían un tratamiento del quiebre en la ecuación de equilibrio financiero de los contratos conmutativos bastante rígido, incluso en aquellos casos en que este era producto de perturbaciones intempestivas y posteriores a la celebración del mismo. Debía para estos casos, existir una norma legal que expresamente permitiera la revisión de las prestaciones estipuladas y, que consecuentemente permitiera, el posterior restablecimiento del equilibrio entre las partes (Rodríguez, 2011). Esta rigidez tenía su origen tanto en el Derecho Romano como el

Derecho Canónico, los cuales son reconocidos como las principales inspiraciones y alimentadores del Derecho Privado moderno, configurando así una comprensión bastante absoluta del imperio de la *lex contractus* y del principio *pacta sunt servanda*.

Con todo, la Teoría de los Riesgos se esboza como un efecto de los contratos bilaterales de ejecución diferida y que atiende a aquella amenaza de extinción que sufre un derecho junto a su respectiva obligación, poniendo esto a su vez en peligro el equilibrio económico del contrato. Para Luis Claro Solar (1988) por medio de la voz jurídica de “riesgo” se estaría hablando de una contingencia o un peligro de determinada naturaleza, que podría ocasionar en una de las partes el tener que soportar eventualmente pérdidas o deterioros sobre una cosa que se encuentra expuesta a sufrir como resultado de un caso fortuito o de fuerza mayor⁹.

Así entendido, el problema de los riesgos en materia contractual se refiere en un primer momento a las obligaciones de dar, y a la pregunta respecto de quién debe soportar la pérdida de la *cosa* ante un evento fortuito que lo dañe o destruya.

En suma, lo que buscaría resolver la Teoría del Riesgo es quién deberá soportar la pérdida (en el sentido amplio de la palabra) o deterioro de la cosa objeto en una obligación de dar en los contratos bilaterales, en aquellos casos en que el cumplimiento de las obligaciones se vuelve excesivamente oneroso o imposible.

Con el objeto de obtener una mejor comprensión del problema que intenta plantear y resolver esta Teoría frente a la inejecución de un contrato, debemos aclarar las características de los elementos causales que convierten a la obligación en imposible o excesivamente gravosa para una de las partes. Debemos así, en una primera instancia, distinguir si dicha inejecución de la obligación se ha producido en razón de un hecho del deudor; o si por el contrario, dicha inejecución ha sido causada por un hecho absolutamente independiente de su accionar. Se desprende lógicamente que las consecuencias de un hecho del deudor deberán ser asumidas por éste; mientras que en el segundo caso, cuya causa es un evento ajeno al deudor, las

⁹ Artículo 45 del Código Civil Chileno: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible de resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

consecuencias mencionadas no se producen y la obligación quedaría extinta, como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica (Zusman, 1980), puesto que “a lo imposible nadie está obligado”.

Existen tres conceptos que se contienen en lo que comprendemos como “eventos ajenos al deudor”:

1. En primer lugar, el denominado caso fortuito (o “hecho de Dios” en Derecho anglosajón) se refiere a todo evento con consecuencias en el equilibrio económico del contrato, que tiene como origen un suceso natural (vgr. terremoto, erupción volcánica, etc.).
2. A continuación, el concepto de fuerza mayor (o “hecho del Príncipe” en Derecho anglosajón) atiende a aquellos actos provenientes de un tercer sujeto y también los que emanan de actuaciones de autoridad.

No obstante lo recién representado, no es baladí recordar que los criterios de distinción de los puntos (1) y (2), provienen de una esfera netamente teórica, toda vez que la doctrina moderna considera que la causa del evento ajeno al deudor no presenta relevancia alguna en la praxis ni en lo jurídico. Es más, existen autores que tratan ambos conceptos de manera conjunta bajo la noción de “Caso”. Para Giorgi (1909), el “Caso” alude de este modo a todo evento ajeno al hecho del deudor, imposible de prever o a lo menos ineludible, cuyas consecuencias inexorablemente previenen a éste del cumplimiento total o exacto de la obligación.

3. Un tercer concepto que aparece asociado en la doctrina y que también se hace presente en algunas legislaciones es de la ausencia de culpa. No obstante, Felipe Osterling (1967) consideran este concepto y el “Caso” como equivalentes. Consideran que, por ejemplo, al tenor de lo establecido en el artículo 1733 del Código Napoleónico¹⁰, existiría caso fortuito en circunstancias en las cuales el arrendatario no tenga culpa en el hecho. De

¹⁰ Artículo 1733 del Código Civil Francés: “Es responsable del incendio a no ser que pruebe: Que el incendio se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor o por vicio de construcción. O que el fuego ha sido comunicado por una casa vecina”.

este modo, sólo deberá probar que el incendio tuvo por origen un accidente de naturaleza tal que sea suficiente para restar toda imputabilidad a éste; o bien, si no se pudiera establecer a ciencia cierta el origen del fuego, la prueba recaerá en la diligencia de éste en el cuidado y conservación de la cosa arrendada.

1.1 Normativa Vigente

Como mencionábamos anteriormente, en materia de riesgos dentro de nuestra legislación civil, se encuentra contenido el principio general en el artículo 1550 del Código Civil. Dicho artículo reza: *“El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega”*.

Este texto, contendría la regla *res perit creditoris*, la cual explicada en palabras de don Luis Claro Solar (1937) implicaría que en los contratos bilaterales “el deudor quedará libre de su obligación por la pérdida inculpable del cuerpo cierto que debía; pero el acreedor no queda libre de la obligación que recíprocamente tenía contraída; y deberá cumplirla, aunque nada reciba en compensación”.

Lo anterior, sería a su vez reforzado por el artículo 1820 del mismo código: *“La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.”*

Este principio general en materia de riesgos resulta bastante injusto y carente de lógica jurídica, desde el punto de vista de la naturaleza misma de los contratos bilaterales conmutativos onerosos. No obstante, respecto a este punto nos extenderemos más adelante.

Teniendo en consideración el vínculo íntimo en materia de contratos existente entre “riesgo” y “caso fortuito”, es que debemos revisar el modo de extinguir las obligaciones,

malamente¹¹ denominado por el código en su artículo 1567 N° 7 como “pérdida de la cosa que se debe”. Dicho modo de extinguir las obligaciones (también conocido en doctrina como “imposibilidad en el cumplimiento¹²”) se encuentra normado en los artículo 1670 y siguientes de nuestro Código Civil.

Este modo de extinguir las obligaciones ha sido definido como aquel que es provocado por una causa no imputable al deudor, el cual –con ocasión posterior al nacimiento de la obligación- torna imposible la prestación (Fueyo, 1997). Es en este último elemento que radica el fundamento de dicho modo, toda vez que no existe obligación alguna respecto de cosas imposibles, “*impossibilium nulla, obligatio est*”.

En el artículo 1670 de nuestro Código Civil se establece que: “Cuando el cuerpo cierto¹³ que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. Este artículo se refiere al hecho de que para que opere el modo de extinguir las obligaciones en cuestión, el deudor debe estar ante una imposibilidad absoluta de cumplimiento.

La normativa en esta materia se refiere sólo a las obligaciones de dar, mas debemos añadir que por analogía, para que este modo opere en las obligaciones de hacer o no hacer, es necesario también que el deudor se encuentre ante esta misma imposibilidad absoluta. Por lo tanto, habrá impedimento total siempre que dicha obligación no pueda ser sino cumplida por el deudor, obstando la posibilidad de que esta pudiera ser ejecutada por un tercero ajeno al contrato¹⁴. En el caso de las obligaciones de no hacer, dicha imposibilidad también debe ser

¹¹ Para el Profesor Boetsch (2008) esta denominación (a) se refiere únicamente a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, cuando en realidad aplica también a las obligaciones de hacer y no hacer; y (b) la pérdida de la cosa es sólo un caso de imposibilidad, aunque hay que reconocer que es el más importante.

¹² Dicha denominación proviene de la expresión “Imposibilidad en la Ejecución”, utilizada por nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 534 para referirse a las excepciones que el deudor puede oponer en un Juicio Ejecutivo por Obligación de Hacer. La palabra “Ejecución” se vería propiamente relacionada a un quehacer, por lo que difícilmente podría referirse a una Obligación de Dar.

¹³ El género no perece (Artículo 1510 Código Civil).

¹⁴ La imposibilidad en las obligaciones de hacer debe ser absoluta, toda vez que según el artículo 1553 se establece que ante un incumplimiento de este tipo, el acreedor tendría un triple derecho, pudiendo exigir el

absoluta. Por lo tanto, el deudor deberá encontrarse absolutamente imposibilitado de abstenerse de una acción¹⁵.

1.2 Mecanismo de Solución de Conflictos

Luego de analizar la normativa vigente del riesgo en materia civil, debemos preguntarnos en concreto qué ocurriría en aquellos casos en que –por caso fortuito o fuerza mayor- la prestación (y su cumplimiento), se vuelve moral o pragmáticamente imposible.

Ante este cuestionamiento, podemos exponer que existen dos vías que la normativa nos esboza como solución.

La primera vía se entiende como una responsabilidad ineludible del deudor en el cumplimiento de la obligación, a través de lo que se conoce como un “*cumplimiento por equivalencia*”. De este modo, el deudor deberá prácticamente resarcir al acreedor, de modo tal que éste quede indemne del incumplimiento.

La segunda alternativa que propone nuestra normativa es establecer el llamado *principio de exoneración* del deudor. Esta opción implica una total liberación de la carga por parte del deudor que se encuentra en una situación de imposibilidad de cumplimiento de una obligación, como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

A este respecto, nuestro legislador se ha inclinado por seguir este último principio, a tal punto de contemplar como uno de los modos de extinguir las obligaciones enumerados en el artículo 1567 del Código Civil a la “Pérdida de la cosa que se debe”. Tal como mencionábamos anteriormente, los casos en los que operará la extinción de la obligación, será en aquellos casos en que la pérdida sea total, tornando absolutamente imposible el cumplimiento de ésta. Lo relevante en este punto, es que sólo se extinguirá el vínculo si dicha pérdida es fortuita, en cuyo

cumplimiento de la obligación de hacer por un tercero ajeno. Esta última posibilidad no debe existir para que opere el modo de extinguir la obligación.

¹⁵ “Como señala Abeliuk, aunque sea más difícil que se verifique una de estas situaciones, podemos imaginarnos por ejemplo el caso del comprador de una casa que se hubiere obligado a no demolerla, y una decisión de la autoridad que le ordena hacerlo. Para este caso, no habría responsabilidad por tratarse de un incumplimiento fortuito” (Boetsch, 2008, p.291).

caso operará sin subsistir responsabilidad alguna; mientras que en el caso de la pérdida imputable¹⁶, si bien se extingue también la obligación, subsiste la responsabilidad del deudor, debiendo pagar el precio de la cosa perdida.

No obstante, resulta relevante mencionar que -como toda regla general- esta también encuentra disposiciones diversas para determinados casos en que el legislador obliga al deudor a dar cumplimiento a la obligación vía equivalencia (Sepúlveda, 2011).

Relacionado con la teoría del caso fortuito y con el tratamiento del riesgo en los contratos bilaterales conmutativos, aparece como imprescindible detenernos en la Teoría de la Imprevisión. Esta teoría, ha ido poco a poco incorporándose en el plano de la doctrina nacional e internacional, encontrando importantes detractores en el camino. Su fundamento principia en el concepto de la “justicia conmutativa” (Consejo de Estado, 2015) de las prestaciones, en razón del contexto dinámico del derecho, el cual permitiría (en teoría) que un contrato conmutativo con raíces en el Derecho Privado pudiera -en casos excepcionales- ser objeto de revisión durante la ejecución diferida de éste. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia del Derecho Administrativo han sido un importante propulsor del denominado Principio *de Mutabilidad o lus Variandi* (Ponce de León, 2013) de los contratos, como un mecanismo de solución jurídica frente al problema de los contratos de cumplimiento diferido de largo tiempo, cuyas condiciones al momento de perfeccionamiento se vean posteriormente modificadas por causales extraordinarias e imprevisibles.

El primer antecedente histórico reconocido de la aplicación de este principio es el Fallo del Consejo de Estado Francés, de 21 de marzo de 1910, *Compagnie générale française des tramways*. En aquella ocasión, el Comisario de Gobierno León Blum posterior a recalcar la necesidad de mantener una prestación eficiente y continua del servicio público, hizo presente

¹⁶ La imputabilidad de la pérdida de la cosa debida reside en el deber que tiene el deudor de especie o cuerpo cierto de conservarlo hasta su entrega y emplear en su custodia el debido cuidado según sea la naturaleza del contrato. Será igualmente imputable cuando la pérdida sobreviene durante la mora del deudor, debiendo distinguir: (i) si la cosa no se hubiera perdido en caso de haber sido entregada oportunamente, en cuyo caso el deudor sigue obligado al precio de la cosa y al perjuicio originado por la mora, (ii) si la cosa hubiera perecido de todos modos en manos del acreedor, sólo subsistirá para el deudor la obligación de indemnizar el perjuicio que la mora pudo haber ocasionado. (Meza Barros, 2007, p. 225)

la importancia de una “equivalencia honrada” (*équivalence honnête*) en la colaboración administración/contratista, junto con el derecho a compensación que este último ostenta por el uso de facultades exorbitantes por parte del Estado. Finalmente concluyó: “... en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión” (Ponce de León, 2013, p.62).

La teoría de la imprevisión atiende al mantenimiento del anteriormente mencionado “equilibrio económico-financiero” del contrato. Es este mismo “equilibrio del contrato” el que nos interesa de sobremanera para efectos de esta tesis, puesto que principia toda la discusión en torno a la existencia del riesgo en un contrato bilateral de ejecución diferida o de tracto sucesivo.

Para algunos autores, esta teoría aparece como un retorno de la sociedad a la idea de ‘justicia’ del contrato, en que la realidad destruiría a aquellas doctrinas que buscan desconocerla. Es un planteamiento que, ante la imponente (e inmutable) ley del contrato y la supremacía de la voluntad en el derecho privado, busca aplicar un sentido de justa armonía en la ejecución de los contratos.

Pues bien, independiente de si concordamos o no con la aplicación de dicha teoría en general o en determinadas circunstancias, debemos conceder que la mera existencia de este “dispositivo” jurídico permite otorgar una suerte de garantía para las partes contratantes, en atención a una realidad dinámica y en constante cambio. De este modo, no entendemos la Teoría de la Imprevisión como un artilugio que le permita a alguna de las partes desligarse de un mal negocio, sino que más bien como el remedio que obsta una eventual vulneración o dislocación grosera de la equidad del contrato conmutativo (Barra, 1976).

Con este fin, será necesario que el hecho causante de esta distorsión del equilibrio económico del contrato deba verificar las siguientes características: (a) actual; (b) imprevisible; (c) inevitable; (d) sobreviniente a la constitución de la obligación; (e) ajeno al deudor y (f) causante de una “excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida, de manera

tal que el mantenimiento de la obligación importe la consumación de una flagrante injusticia”(Barra, 1976, p.325).

2. Tratamiento de riesgos en el contrato de concesión de obra pública

Para poder abordar esta problemática, debemos entender que el contrato de concesión de obra pública es -particularmente- un excelente ejemplo de asociación público-privada, analizada en el capítulo anterior. Desde este punto, resulta relevante al momento de abordar sus definiciones básicas y los principios que lo rigen, comprender que estamos hablando de un contrato, orientado hacia el cumplimiento de un objeto de interés público. Es por este motivo que decimos que al estudiar este tipo de contratos, podremos identificar una amplia diversidad de intereses¹⁷ que confluyen en un mismo vínculo.

Ante esta diversidad de intereses, y en atención también a los distintos estatutos y prerrogativas que las partes contratantes ostentan, es que no debe pasarse por alto al momento de estudiar la concesión de obra pública la importancia del equilibrio económico y financiero del contrato. Respecto a esto último, debemos ser enfáticos, toda vez que en función de las diferentes relaciones de poder que intrínsecamente le son propias a este tipo de contrato, se va revelando lo imperativo que resulta mantener una “equivalencia honesta” respecto a sus prestaciones (Rodríguez, 2011).

Va de suyo pues, que el estudio de estos principios y conceptos fundamentales no puede descuidar la comprensión de la evolución histórica de la contratación administrativa. Por el hecho de tener el Derecho Administrativo su origen en el Derecho Privado moderno, durante el siglo XIX, éste se encontró con importantes obstáculos ocasionados por la absoluta preminencia del imperio de la ley del contrato y del principio *pacta sunt servanda*. Particularmente respecto al contrato de obra pública pactado a precio fijo o alzado, durante aquellos años surge el principio de *riesgo y ventura*, el cual obligaba de manera gravosa al cocontratante de la administración a ejecutar el contrato acorde a lo estipulado y bajo las

¹⁷ Como mencionábamos anteriormente: el interés PRIVADO se manifiesta en el emprendimiento económico y las ganancias reportadas al sujeto que contrata con la administración; y el interés PÚBLICO, que dice relación con una obra que reporta beneficios a la sociedad de toda.

condiciones económicas pactadas, sin importar el hecho de que al concretarse los riesgos pudiere terminar ocasionando un desmedro oneroso excesivo para éste (Rodríguez, 2011).

Por otro lado, la manera de determinar el estatuto jurídico aplicable a cada acto se determinaba del siguiente modo: aquellos actos en los que el Estado actuara dentro del ejercicio de su *imperium*, en carácter de autoridad pública, se encontraría sujeto a jurisdicción de un tribunal administrativos; mientras que en aquellos casos en que éste actuara *como* particular, correspondería conocer de estos actos los tribunales judiciales ordinarios (Maiorano, 1977). La teoría del servicio público surgida en Francia durante la segunda mitad del siglo XIX-primera mitad del siglo XX, vino a dar forma a estas inciertas nociones prevalecientes de la época.

Poco a poco esta teoría, surge -a través del empleo sistemático por parte de la jurisprudencia de la noción de *servicio público*- no sólo como mecanismo de designación de juez competente, sino que también como piedra fundante de un sistema reglamentario completamente nuevo, salvaguardando asimismo del deterioro al sistema entonces vigente.

Dentro de este contexto, las facultades exorbitantes que ostenta la Administración adquieren particular relevancia, puesto que si bien se encuentran limitadas por los principios de la supremacía de la Constitución, el de Legalidad y (respecto de los privados) por el respeto de los Derechos Fundamentales; el carácter extraordinario de las mismas se encuentra amparado por los fines públicos que persiguen, permitiendo sustraer en cierta medida a la Administración del régimen general que rige entre particulares (Díaz y Orellana, 2015).

En suma, a partir del surgimiento de la teoría del servicio público, sumado a la necesidad manifiesta de establecer un sistema limitante y de contrapesos a las potestades exorbitantes ostentadas por la Administración, es que se comienza a dibujar un nuevo escenario para los contratos administrativos durante la primera mitad del siglo XX.

Actualmente, si bien se ha logrado establecer ciertos contrapesos, la Administración goza ampliamente de determinadas potestades extraordinarias a las que echar mano durante cada una de las etapas de la concesión, toda vez que su fundamento radica en la finalidad

pública de utilidad social y de interés general. De este modo, en aquellos casos en que se vea menoscabado o afectado el bien común, la Administración puede utilizar este tipo de prerrogativas para modificar el régimen y organización de la concesión en bien de la colectividad, imponiendo así su voluntad a la del contratante particular (Moraga, 2007).

Este poder concedido a la Administración de modificar un contrato celebrado y en curso de ejecución es lo que se conoce como *ius variandi* (Rivero, 1976).

Ahora bien, ante la utilización de estas herramientas jurídicas por parte de la Administración con el objeto de llevar a buen puerto su cometido social, aquellos organismos con potestades para determinar el sentido y alcance de las normas han debido flexibilizar también sus criterios para alcanzar los fines perseguidos¹⁸. Según esto, podemos también exigir que respecto al sentido y alcance de las cláusulas de un contrato de concesión, la Administración evite interpretaciones excesivamente rígidas que puedan generar consecuencias perniciosas en la búsqueda del bien común, desvirtuando la finalidad de dicha contratación, y en definitiva el propio rol del Estado (Díaz y Orellana, 2015).

No es baladí sostener que uno de los principales elementos a tener en consideración al momento de abordar este tipo de contratos es la revisión de circunstancias caso a caso, atendiendo a cada una de las particularidades del negocio. Esta resulta ser una importante distinción que se debe hacer respecto al tratamiento del riesgo en la esfera del derecho civil, toda vez que –como mencionábamos anteriormente– los fines perseguidos en la asociación público-privada son muy distintos. Con razón de esto, es que resulta fundamental la ecuación financiera que las partes convengan en el contrato, teniendo en consideración que se trata de una autoridad que transfiere una obra o gestión de un servicio público a un privado por un lado; y por otro, que los particulares arriesgan una importante inversión a largo plazo en dicha gestión.

¹⁸ “El control finalista no puede ser una simple declaración doctrinaria, sino que corresponde ser aplicada día a día en cada función. Nunca puede olvidarse que en definitiva lo que interesa es que los servicios funcionen bien, satisfaciendo las necesidades públicas en forma regular y continua, en los términos que exige la LOCBGAE, en función de los grandes valores que están en juego y con sentido de realidad” (Aylwin, 2012, p.17).

Para que esta asociación pueda ser exitosa, es esencial la existencia de mecanismos adecuados y justos, que admitan la presencia del factor “cambio” en largos transcurros de tiempo, permitiendo reformular los elementos económico-financieros del contrato. Este punto resulta interesante, una vez contrapuesto al principio general *pacta sunt servanda* del Derecho Civil, puesto que empuja a una readecuación de cómo comprendemos las relaciones contractuales, debido al dinamismo propio del contexto del derecho (Illanes, 2003).

2.1 Normativa Vigente

El 20 de enero de 2010 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.410, que modificó -entre otras- la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En atención a los conflictos suscitados durante la implementación de la normativa previa, es que en su artículo 1°, la ley N° 20.410 se preocupó de incorporar nuevos elementos a la concepción del contrato de Concesión de Obra Pública. Hasta la modificación realizada en el año 2010, el concepto de contrato de concesión de obra pública se encontraba limitado a la explotación de obras y servicios; y al uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales (D.S. 900, 1996) que tenga por objeto la prestación de servicios.

Actualmente abarca también la reparación o conservación de las obras públicas ya existentes, la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados. En adición, este artículo establece la posibilidad de *contraprestar* a la inversión realizada por el privado el “uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan” (Ley N° 20.410, 2010).

En suma, la concesión se entenderá normativamente como una “delegación” por parte del Estado a un Privado del ejercicio de la competencia administrativa de contratar con un tercero constructor la realización de esa obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar labores necesarias para propender el buen mantenimiento y explotación de ésta (Barra, 1984).

A continuación, el artículo 1° bis se refiere al Consejo de Concesiones, como órgano de consulta, su composición y funcionamiento.

El capítulo II de la Ley de concesiones se refiere a todo lo que son las “Actuaciones Preparatorias”, describiendo a quienes se les permitirá postular a la ejecución de obras públicas, el plazo dentro del cual se calificará dichas postulaciones, las formalidades de la misma, los plazos de licitación, etc.

El capítulo III, titulado “De las licitaciones” a continuación contiene como subtítulo “Otorgamiento de la Concesión y Formalización del Contrato”, quedando bastante explícito las materias sobre las que versan a partir del artículo 4 al 14.

En particular, este capítulo define quiénes podrán licitar, las garantías que deberán ser observadas, el proceso de precalificación, las bases de licitación y los factores evaluados para adjudicar la concesión, el momento en que el contrato se entiende perfeccionado, las obligaciones que el adjudicatario adquiere en razón de la asignación (so pena de quedar ésta sin efecto), los “otros beneficios” que pudieran establecerse en favor del concesionario a modo de remuneración por los servicios ofrecidos, la compensación y sus vías, la garantía definitiva respecto a la fase de construcción, la garantía de explotación y finalmente las garantías a las que se refiere este título, de su carácter suficiente (tanto real como personal).

El capítulo IV se titula “Adquisición, Expropiación y Limitaciones de la Propiedad Privada”, el cual contiene dos artículos, el 15 y el 16.

El capítulo V, titulado “Facultades de la Administración”, contiene los artículos del 17 al 20. Estos artículos resultan relevantes para este trabajo, puesto que abordan las potestades que el MOP ostenta, principalmente respecto del *ius variandi*, sus límites y modo en que opera, así como también las correspondientes indemnizaciones. Debido a su importancia, también nos detendremos en el análisis de aquellos artículos contenidos en este capítulo que aún se encuentran vigentes respecto de aquellos contratos cuyas ofertas técnicas se abrieron previo a enero de 2010, y cuyos titulares optaron porque sus contratos no se ajustaran a la nueva normativa.

Tanto el artículo 17 como el 18 no fueron modificados por la Ley 20.410. Estos artículos se refieren a la autorización que el MOP realiza a las obras concesionadas para su puesta en

servicio y a las multas que éste puede imponer al concesionario durante la fase de construcción y explotación, con motivo de incumplimiento en sus obligaciones.

El artículo 19 se refiere a las compensaciones que el concesionario puede exigir, en caso de que el Estado realice modificaciones que afecten al contrato.

Especial importancia reviste para este trabajo la enunciación de requisitos copulativos necesarios para solicitar la compensación por acto sobreviniente de autoridad con potestad pública. Estos son, de acuerdo al artículo 19°: (i) acto se haya verificado con posterioridad a la adjudicación de licitación; (ii) imprevisible al momento de la adjudicación; (iii) no constituya norma dictada con efectos generales que exceda el área de industria de la concesión, alterando significativamente el régimen económico del contrato.

A continuación, este artículo establece que las inversiones realizadas por el concesionario para el cumplimiento de la obligación de dar establecida en las bases y en el contrato, no serán objeto de compensación económica adicional a las ya consideradas en estos últimos (excepto si hubiere sido estipulado y previsto en las bases de licitación).

Este artículo también aborda distintos aspectos relacionados con la modificación de las características del contrato en razón del interés público, ya encontrándose perfeccionado y en plena fase de construcción, ejecución o explotación. Igualmente se refiere al modo en que se compensará al concesionario para aquellos casos en que las inversiones adicionales que debieran hacerse durante la etapa de explotación excedan 5% del presupuesto oficial o consistiera en una suma superior a 100.000 UF.

Este artículo sufrió importantes modificaciones, en las siguientes materias:

Materia	Artículo 19, DS 900	Artículo 19, Ley 20.410
Requisitos que deben verificarse para que concesionario pueda exigir al MOP indemnización por acto	"... deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones	Impone requisitos copulativos: (i) acto se produzca con posterioridad a adjudicación. (ii) imprevisible al tiempo de

de autoridad que produzca modificaciones al contrato.	necesarias en caso de perjuicio...”	adjudicación. (iii) no constituya una norma legal o administrativa con efectos generales.
Inversiones realizadas por concesionario con objeto de mantener nivel de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y contrato.	No hace mención	Nueva ley incorpora estos conceptos y establece en inciso 2° de artículo 19 que no serán susceptibles de compensación económica, salvo casos excepcionales.
Modificación del MOP a características de obras y ss. con objeto de incrementar niveles de servicio y estándares establecidos en bases o por razones de interés público.	Cuando es por razones de interés público, se establece la eventual obligación del MOP de compensar al Concesionario	Deberá compensar a concesionario por los costos adicionales en que éste incurriera por tal concepto.
Monto y plazo máximo de las modificaciones	Monto: Establecido en bases; a falta de esto, no puede exceder 15% de inversión inicial. Plazo: Hasta mitad de cumplimiento plazo total concesión, salvo caso expresado por concesionaria.	Monto: Establecido en bases; “en todo caso”, no puede exceder 15% de “presupuesto oficial”. Plazo: Antes del cumplimiento de las ¾ partes del total de la concesión.

Obligación del concesionario de licitar ejecución de la obra, bajo supervisión del MOP (salvo casos excepcionales).	No hace mención	Cuando durante fase de explotación por concepto de las inversiones adicionales mencionadas en incisos anteriores: (i) excedan el 5% del presupuesto inicial; o (ii) dicha suma sea superior a las 100.000 UF
Factores en los que podrá expresarse la compensación económica al concesionario (uno o varios a la vez)	(i) Plazo de la concesión (ii) Tarifas (iii) Aportes y subsidios (iv) Otros factores de régimen económico de la concesión pactados	(i) Subsidios (ii) Pagos directos a concesionario por terceros con interés en la obra (iii) Modificación de ingresos totales de concesión (iv) Alteración en el plazo de la concesión (v) Modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado
Cálculo de la compensación económica y ajuste de factores	No hace mención	Deberán efectuarse con tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, considerando tasa de descuento aplicable (artículo estipula cómo calcularla) y efecto económico de proyecto adicional en el original, incluyendo el mayor riesgo que pueda conllevar.
Deber de la respectiva Dirección del MOP de	No hace mención	Deberá evaluar:

<p>confeccionar un informe, en caso que obras adicionales superen el 5% de presupuesto oficial, en caso de ser mayores a las 50.000 UF</p>		<p>(i) Impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos (ii) Valoración de inversiones a realizar (iii) Respeto a la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y de estructuras y niveles tarifarios pactados.</p>
--	--	---

A continuación, el artículo 20 se refiere a aquellas modificaciones del contrato de concesión de obra pública realizadas de común acuerdo mediante la suscripción de un convenio complementario al contrato mismo. Asimismo, establece que el monto máximo que podrán acordar de común acuerdo deberá constar previamente en las bases de licitación, así como también establece un monto máximo legal para dicho acuerdo.

El artículo 20 bis se refiere al caso excepcional en que, por razones de interés público la obra concesionada requiriere de rediseño o complementación, se deba realizar una inversión adicional superior al 25% del presupuesto oficial de la misma, podrán ser contratadas por el Estado con el concesionario cumpliéndose los siguientes requisitos: (i) hechos y circunstancias que dan a lugar a dicha necesidad hayan sido imprevisibles y posteriores al momento de la adjudicación de la concesión; (ii) que por razones que enumera la ley, sea más eficiente adjudicar las nuevas obras al concesionario original; (iii) se haya acordado específicamente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir estas nuevas obras; (iv) se hayan acordado compensaciones por la ejecución de estas obras y estas se rijan íntegramente por los incisos sexto y séptimo del artículo 19; y (v) que el Panel Técnico establecido en el artículo 36, se pronuncie favorablemente al acuerdo entre el MOP y el concesionario, basándose en la concurrencia de los requisitos de los numerales (i), (ii) y (iv) recién señalados, pudiendo también este panel realizar recomendaciones previo a su pronunciamiento definitivo.

Las modificaciones sufridas por este artículo en relación a su original, son:

Materia	Artículo 20, DS 900	Artículo 20, Ley 20.410
Objeto de suscripción de Convenio complementario	Si obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles establecidos en contrato y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento, por iniciativa del Estado o a solicitud de concesionario	MOP y concesionario podrán acordarlo, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación
Contenido de Convenio Complementario	Condiciones a que deberá sujetarse la realización de obras y su repercusión en régimen tarifario, régimen económico o plazo de la concesión. MOP queda facultado para incluir en éste como compensación uno o varios de estos factores	Modificación de las características de las obras y servicios contratados. Las bases de licitación establecerán monto máximo de inversión que podrán acordar MOP y concesionario, así como también el plazo máximo. En todo caso, monto máximo inversión no podrá superar: <ul style="list-style-type: none"> (i) 25% presupuesto oficial obra en fase de construcción (ii) 5% presupuesto oficial obra o superior a 50.000 UF en fase de explotación (iii) ejecución se realizará conforme a inciso tercero y siguientes de art. 20 bis.
Mecanismos de compensación por	Bases de licitación podrán contemplarlos, sea	Compensaciones que se acordaren en favor del concesionario se registrarán

concepto de convenio complementario.	respecto al plazo de concesión o de cualquiera de los otros factores económicos del contrato vigente para pago de obras adicionales no previstas en el contrato, añadidas por convenio complementario.	íntegramente por lo dispuesto en los incisos sexto y séptimo del artículo 19 (Cálculo de la compensación económica y ajuste de factores)
Aprobación de convenio complementario	Se hará previo informe de la respectiva Dirección, mediante decreto supremo del MOP, que deberá además llevar la firma del Ministro de Hacienda	Mediante decreto supremo del MOP, que deberá además llevar la firma del Ministro de Hacienda, previo informe de la respectiva Dirección referente al impacto de la modificación en (i) niveles de servicio originalmente comprometidos, (ii) valoración de inversiones a realizar y (iii) respeto a proporcionalidad de prestaciones económicas mutuas, estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de concesión.

En su capítulo VI, la ley se avoca a definir aquellos “Derechos y Obligaciones” que ostenta el concesionario. De este modo, el artículo 21 establece al derecho público como el estatuto jurídico aplicable al concesionario para todo lo relativo al cumplimiento de las funciones contenidas en el contrato de concesión, como sus relaciones con el MOP, regímenes de construcción y explotación, cobro de tarifas, y en general todo lo que conforma el régimen jurídico del contrato. Por otro lado, reza este mismo artículo en su inciso segundo, que en cuanto a sus relaciones con terceros, éste se regirá por las normas del derecho privado.

Ahora bien, en su artículo 22 fija el régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra. En esta línea, decreta que el concesionario gozará de los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación limitados estos en razón de lo que necesite para el contrato. Agrega en el siguiente numeral, que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, correspondiéndole hacer frente a todos los desembolsos necesarios hasta la terminación de esta, incluso aquellos provenientes de caso fortuito y fuerza mayor. El fisco concurrirá al pago de estos últimos, sólo en aquellos casos en que así lo establecieren las bases de la licitación. A continuación establece que aquellos retrasos en el cumplimiento de los plazos que fueren imputables al Estado darán derecho al concesionario a un aumento en igual período de tiempo. Respecto de las aguas, minas o materiales que aparezcan a causa de la ejecución de la obra, no se entenderán incluidos en la concesión. Finalmente establece que la construcción de la obra no podrá interrumpir el tránsito de caminos existentes, y de ser imprescindible éste se encuentra obligado a habilitar un tránsito provisorio.

En cuanto al régimen jurídico aplicable durante la fase de explotación, el artículo 23 establece una serie de deberes para el concesionario, todos referidos a la buena conservación operacional del servicio entregado, con el objeto de que la obra pueda contar con las condiciones estándar de utilización. Fija sin embargo, excepciones a este deber de proveer servicio sin inconvenientes para los usuarios en aquellos casos que obedezcan a razones de seguridad o urgencia. Asimismo, dispone una excepción al carácter ininterrumpido del servicio cuando se deba a un caso fortuito o fuerza mayor.

La Ley 20.410 dedica su Capítulo VII a abordar la “Duración, Suspensión y Extinción” de la concesión. En cuanto al plazo de duración de ésta, el artículo 25 establece que corresponderá al que se determine en el decreto de adjudicación, limitando dicho periodo a un máximo legal de cincuenta años. Estos años se irán computando según lo establecidos en las bases de licitación, sin poder iniciarse previo a la fecha de publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial. Una vez concluido el plazo, el MOP deberá entregar la obra nuevamente en concesión (para conservación, reparación, explotación, etc.), a menos que por razones técnicas o por desuso resulte inconveniente o perjudicial para el Estado concesionarlas nuevamente. Esto último deberá ser declarado por el presidente de la República.

Respecto a la suspensión de una concesión, el artículo 26 enumera tres causales: (i) caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor, (ii) por la destrucción parcial de las obras o de sus elementos que tornen inviable su utilización, y (iii) cualquier otra causa establecidas en las bases.

A continuación, el artículo 27 enumera cuatro causales de extinción de la concesión: (i) cumplimiento de plazo otorgado, (ii) por mutuo acuerdo de las partes, (iii) por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y (iv) las que se estipulen en las bases.

En cuanto a la tercera causal, el artículo 28 establece el modo en que se procederá respectivamente a la solicitud, declaración y efectos de este, como también lo relacionado a la licitación pública (que pudiere o no sucederle) respecto del plazo que restare a la concesión. El artículo 28 bis se refiere a la inhabilidad que pesará sobre la persona del concesionario en caso de declararse el incumplimiento grave del contrato de concesión, sus consecuencias, efecto expansivo a terceros y duración. El artículo 28 ter aborda el término anticipado de la concesión (sólo) durante la fase de construcción por un cambio de circunstancias que tornare innecesaria la obra para la satisfacción del interés público, o porque fuere necesario un rediseño o complementación cuyo costo adicional supere el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. El término anticipado deberá declararse por decreto supremo y dará derecho de indemnización al concesionario, determinada acorde a las normas establecidas en dicho artículo.

El capítulo que sigue se titula “De la inspección y vigilancia de la Administración”, y revisa en dos artículos aquellas atribuciones que la ley le otorga al Estado en atención de su rol de supervisor y fiscalizador en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el concesionario, durante las fases de construcción y de explotación. Debido a este rol, la Administración podrá imponer las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación hayan previstos. En particular, durante la vigencia del contrato, el MOP está facultado para requerir a su contraparte información relativa a los subcontratos celebrados para la ejecución de la obra (fase construcción) y la prestación del servicio (fase explotación), so pena de ser multada de no cumplir con el requerimiento.

Así también, a través de la Dirección correspondiente, podrá –previo pronunciamiento favorable de la Comisión Arbitral- suspender temporalmente o declarar la extinción de la concesión.

El capítulo IX se refiere a las “Concesiones sobre Bienes Nacionales de Uso Público o Fiscales, destinados al Desarrollo de las Áreas de Servicios que se Convenga”. Estos artículos regulan las resoluciones por las que este tipo de concesiones son otorgadas por el Ministerio Público, exigencias adicionales para poder adjudicarlas en razón del carácter de bienes de uso público/fiscales, las características de éstas y sus efectos.

Respecto a las indemnizaciones que corresponden a la concesionaria por daños ocasionados a terceros, el Capítulo X en su artículo 35 establece que ésta deberá responder por todos aquellos daños que ocasione debido a la ejecución o explotación de la obra. Se exceptiona a continuación aquellos daños producidos como consecuencia de medidas impuestas por el MOP.

Posterior a esto, la ley se detiene en materia de resolución de controversias y los entes creados con este propósito, tema que trataremos en el siguiente punto de esta tesis.

2.2 Mecanismo de Solución de Conflictos

En su origen, la ley de Concesiones contemplaba para aquellos casos en que se produjeran discordias entre el privado y la administración, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, o a que diere lugar su ejecución, un sistema basado en la existencia de una comisión “*ad hoc*”¹⁹. Dicha comisión se encontraba compuesta por tres árbitros arbitradores, de los cuales uno de éstos era elegido de común acuerdo entre el MOP y la concesionaria, mientras que los restantes eran designados uno por cada parte. Cada miembro debía tener la calidad de profesional universitario.

¹⁹ Para cada uno de los contratos de concesión de obra pública existe una comisión distinta.

Esta comisión cumplía dos roles, dependiendo de la etapa en que se encontrara la disputa. En un principio, su rol se definía como “conciliador” del conflicto; mientras que, una vez frustrado este propósito, la comisión adquiriría facultades de árbitro arbitrador.

En reiteradas ocasiones, el Consejo de Defensa del Estado se hizo parte en estos casos mediante interposición de Recurso de Queja, en contra de las decisiones de estos árbitros, arguyendo la falta de rigurosidad en la valoración de pruebas por parte de la Comisión Conciliadora, como también en cuanto a la parcialidad esgrimida en la determinación de los costos financieros incurridos por la parte concesionaria (Corte de Apelaciones de Santiago, 2007). Sin embargo, probar esta situación reviste una carga excesivamente compleja, toda vez que la ley autoriza a este tipo de jueces para realizar una labor jurisprudencial atendiendo casi exclusivamente a lo que la prudencia dicte, estableciéndose parámetros equivalentes a una conducta dolosa e inmoral por parte del árbitro para la procedencia del Recurso de Queja (Corte Suprema, 2007).

A consecuencia de lo anterior, y en relación con el principio de la autonomía de la voluntad del Derecho Privado *pacta sunt servanda*²⁰, la Comisión Conciliadora podía incluso llegar a alejarse no sólo de la Ley al momento de emitir su resolución, sino que también del tenor literal del contrato, anteponiendo la intención de las partes contratantes a la ley del contrato (Barrales y Vargas, 2012).

Poco a poco, fue quedando en evidencia la sobre judicialización de los contratos de concesión de obra pública en nuestro país. A su vez, esta situación fue levantando el velo respecto a las sucesivas renegociaciones de las que este tipo de contratos eran objeto y los excesivos costos de transacción en los que debió incurrir el fisco, y en definitiva toda la ciudadanía (Panel Técnico Concesiones, 2015b, p. 6).

El sistema de solución de controversias establecido por la Ley N° 20.410, tal como la historia nos relata, tiene por espíritu dar una mayor preeminencia a la Administración sin limitar de modo excesivo el emprendimiento del privado (BCN, 2010), de modo que la activa participación de estos permita un continuo desarrollo de la infraestructura del país. Así, la Ley

²⁰ Consagrado en el artículo 1545 del Código Civil Chileno: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

20.410 se propuso salvaguardar los intereses fiscales que la ley anterior había dejado expuestos, evitando las excesivas renegociaciones y litigios (Cárdenas, 2015).

En cuanto a los cambios concretos implementados por la Ley 20.410, podemos comenzar mencionando el fin de la comisión “*ad hoc*”, en relación a los contratos afectos a sus disposiciones, dando paso a dos nuevas instituciones cuya labor atiende a dos momentos distintos del conflicto.

Para la fase pre arbitral, la nueva ley crea un Panel Técnico, cuyo rol fundamental es el estudio de la desavenencia y su correspondiente consideración²¹, quedando sujeta su intervención a la solicitud de cualquiera de las partes. Si bien este panel carece de jurisdicción y la recomendación que esta realice no posee carácter de vinculante, ante la eventualidad de un arbitraje o de presentarse la disputa ante la Corte de Apelaciones, ésta podría llegar a ser considerada como antecedente para la dictación de una sentencia. Así, el Panel Técnico adquiere en estos casos un rol de perito, y su recomendación, la de un informe pericial. Es más, cuando se trate de aspectos técnicos y económicos, la intervención del Panel es pre-requisito para poder presentar el conflicto ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones.

La Ley 20.410 (2010) en su artículo 36, inciso 4°, enumera entre aquellas materias susceptibles de ser sometidas a la evaluación del Panel: (i) el diagnóstico técnico y económico de las inversiones realizadas por el concesionario; (ii) la determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas; (iii) determinar si es que el valor de las inversiones sobrepasó los límites establecidos por la misma ley; (iv) potenciales efectos económicos de la realización de obras adicionales en la concesión; (v) determinación de factores económicos, tales como la tasa de descuento, riesgo del negocio y costos financieros, que pudieran afectar eventuales compensaciones económicas al concesionario; (vi) y, en general, todas las demás discrepancias técnicas o económicas que surjan entre las partes con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación de la normativa correspondiente al contrato, y que de común acuerdo decidan someter a su consideración.

²¹ Según lo establecido por el artículo 36 de la Ley 20.410, el Panel Técnico cuenta con un plazo de 30 días corridos desde la presentación de la discrepancia para emitir dicha recomendación, prorrogable por una vez. Ésta debe encontrarse debidamente fundada y notificada a las partes.

Resulta relevante agregar también, que a la función consultiva y pericial del Panel Técnico se suma también la de realizar un debido seguimiento en relación a los aspectos técnicos y económicos de los contratos de concesión desde la fase de construcción (Artículo 36, inciso 6°, Ley 20.410). Esta labor de seguimiento *in situ* y análisis de los contratos, se comenzó a desplegar desde un primer momento por parte del Panel, con el objeto de poner atención en aquellos elementos que pudieran eventualmente manifestarse en discrepancias (Panel Técnico Concesiones, 2017).

Si bien pudiere criticársele dicha carencia de jurisdicción, desde su puesta en marcha ha realizado una labor observable y considerable en cuanto a la prevención del litigio y la conciliación de las partes, desincentivando la especulación litigiosa, ofreciendo certezas frente a la incertidumbre que conlleva un juicio arbitral.

Tal como se puede observar en las Memorias del Panel Técnico, la labor realizada durante los primeros años de funcionamiento de éste (2011-2014) consistió en la puesta en marcha del sistema nuevo. En esta línea, el Panel centró sus esfuerzos en el seguimiento de los contratos de concesión que fueron adjudicados posterior al año 2010, manteniendo contacto con los inspectores y gerentes, como también mediante visitas a terreno de las obras. Durante los siguientes años ha continuado estas actividades, recibiendo el 9 de septiembre de 2015 la primera discrepancia (Panel Técnico Concesiones, 2015a) y emitiendo su correspondiente recomendación el 9 de octubre del mismo año. Desde esta primera discrepancia hasta la fecha²², el Panel Técnico ha emitido 27 recomendaciones, siendo la última la D05-2018-18²³ del 17 de agosto de 2018.

Durante el año 2017 (Panel Técnico Concesiones, 2018), se emitieron 12 recomendaciones y 5 en lo que va del 2018²⁴. De manera complementaria, el rol de seguimiento de los contratos de concesión, el cual es fundamental para el buen funcionamiento del nuevo sistema de solución de conflictos, se realizó de manera simultánea y permanente respecto de 21 contratos durante dicho periodo.

²² Octubre de 2018.

²³ La numeración se explica por ser la 5ta discrepancia ingresada durante 2018 y 18° contrato de concesión adjudicado bajo la ley N° 20.410.

²⁴ Octubre de 2018.

Respecto a la siguiente fase de solución de conflictos el sistema nuevo la llamada **Comisión Arbitral**. No obstante esta modificación, el sistema de arbitraje para esta fase se mantiene en cuanto al procedimiento y en cuanto al modo de apreciar la prueba. Se rescata la celeridad y economía procesal que este tipo de tribunales aportan, sin pasar por alto también la opción que ostentan las partes de someter el conflicto ante la Corte de Apelaciones (Cárdenas, 2015). Al momento de dictar sentencia definitiva, sin embargo, la Comisión fundará ésta conforme a derecho, enunciando los considerandos de hecho, derecho, técnicos y económicos sobre las que reposa. Esta sentencia no será susceptible de recurso alguno.

La composición de la Comisión Arbitral se encuentra detallada en el artículo 36 bis de la Ley 20.410 inciso segundo. Ahí fija una composición de tres profesionales, dos de ellos al menos deberán ser abogados. Para el nombramiento se establecieron dos nóminas de expertos, una compuesta por veinte abogados, confeccionada por la Corte Suprema, y la otra compuesta por diez profesionales²⁵, elaborada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Para ambas nóminas se deberá acreditar una destacada actividad profesional o académica y a lo menos diez años de ejercicio profesional en sus respectivas áreas.

Por un tema de probidad y transparencia, se deberá acreditar que no se encuentren estos profesionales vinculados (Ley N° 20.410, 2010, Art. 36) a empresas concesionarias de obras públicas, constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios, ni haberlo estado dentro de un plazo de a lo menos doce meses previos a la designación. Por el mismo motivo, tampoco podrán estar o haber estado relacionados con el MOP u otro servicio público vinculado a las actividades de concesión, por el mismo plazo de doce meses previo a la designación.

Las partes deberán designar de común acuerdo a los integrantes, en base a dichas nóminas y su duración en el cargo será por toda la vigencia del contrato de concesión en cuestión a menos que se determine lo contrario por ambas partes. A falta de acuerdo, se realizará un sorteo para el nombramiento entre quienes figuren en dichas nóminas ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

²⁵ “...la segunda (nómina de expertos estará conformada), por diez profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción.” (Ley N° 20.410, 2010, Art. 36).

Según lo planteado la presidenta del Panel Técnico en su Memoria de 2017, de las 22 discrepancias en las que este panel ha emitido una recomendación, 12 de éstas han sido acogidas como base de los acuerdos alcanzados posteriormente (Panel Técnico Concesiones, 2018). No obstante lo anterior, aún no existe evidencia que nos permita ponderar acabadamente el real impacto de la reforma al sistema de solución de controversias. Respecto a la cantidad de contratos y su cuantía, se sabe que la mayoría de los contratos fueron celebrado previo al año 2010, y que aquellos con mayor inversión son parte de este periodo.

Con todo, cabe decir que el sistema de solución de conflictos introducido por la Ley 20.410, ha contribuido en cuanto a la prevención de litigios, introduciendo elementos técnicos imperiosos para el análisis del conflicto dentro de este tipo de contratos.

Capítulo III. Tratamiento del Riesgo según tipo de riesgos

La historia de los contratos de concesión de obra pública en nuestro país ha evidenciado diversas discrepancias suscitadas en relación con los sobrecostos. A este respecto existen sentencias de comisiones arbitrales que, si bien siguen un hilo de razonamiento jurídico similar, arriban en ocasiones a resultados distintos. Esta incertidumbre, consecuencia de la multiplicidad de factores en cada situación, hacen del estudio del riesgo un interesante y complejo campo que nos exige ir perfeccionando el modo en que nuestro ordenamiento lo aborda.

Esta complejidad, tal como mencionamos en el capítulo anterior, se condice a su vez con la prolongada ejecución de este tipo de contratos. Para Dolores Rufián Lizana, la variedad de riesgos presentes en la ejecución del contrato (de concesión de obra pública) van desde el proceso de concepción ingenieril, sobrecostos, riesgo de *non-performance*, riesgo de mora en el cumplimiento hasta la concurrencia en la contingencia de catástrofes que dañen o destruyan la obra (Rufián, 1999). Ante este amplio espectro de factores que pudieran amenazar la certidumbre del contrato, se considera que quien está en mejores condiciones para prever, resguardar y eventualmente asumir dichos riesgos es el concesionario.

A continuación, revisaremos los riesgos asociados al caso fortuito o fuerza mayor, de mercado, riesgos sobrevinientes y jurisprudencia relevante para cada tipo de riesgos, ventilados en sede de Comisión Arbitral y que bajo nuestro parecer resultaron relevantes. Considerados los objetivos de nuestra tesis, no nos adentraremos en recomendaciones del sistema nuevo.

1. Riesgos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor

En este caso, el régimen jurídico al que se sujeta la concesión en la etapa de construcción y su correspondiente regla general se encuentran establecidos en el numeral 2° del artículo 22 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Éste reza que la obra se ejecuta a “entero riesgo” de la concesionaria, haciendo frente a todos los desembolsos que fueren necesarios hasta su completa terminación, procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier causa, salvo que en las bases de la licitación se establezca lo contrario. No obstante, por aplicación del numeral

3° del mismo precepto legal referido, lo anterior no podrá extenderse a sobrecostos que deriven de hechos o circunstancias ajenos al concesionario o incluso derivados directamente del actuar de la contraparte. Esto último establece, de todos modos, un límite a la regla general.

Este principio, bajo el cual se entiende que el riesgo en la construcción deba ser asumido por el concesionario proviene del contrato de construcción tradicional. Así, se entiende que la administración pagará el precio con el objeto de obtener la ejecución de la obra, construyéndose ésta a entero riesgo y ventura del contratista.

Jurisprudencia Relevante

Entre la jurisprudencia existente en nuestro país en la materia, resulta icónica la situación sometida al conocimiento de la Comisión Arbitral del contrato de concesión “Ruta 5 Sur. Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago”, y su sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013. Este caso, aborda en mayor o menor medida el riesgo en el contrato de concesión conforme al artículo 22 de la Ley de Concesiones y los sobrecostos imprevistos derivados del caso fortuito.

1. Demanda de la Sociedad Concesionaria:

La Sociedad Concesionaria solicita ser compensada por el MOP por supuestos mayores costos de construcción asociados a períodos particulares de paralización parcial de las obras de un subtramo del Acceso Sur a Santiago (ASS), por causas que considera no imputables a ella.

Argumenta que las interrupciones se debieron a los impactos medioambientales no previstos en el proyecto original, lo que irritó a los vecinos y devino en la orden de paralización de faenas de noviembre de 2004, así como también a ciertas actuaciones propias del MOP, como las expropiaciones insuficientes y el reparto de bonos de compensación a algunos vecinos, que determinaron que la población siguiera interfiriendo en el desarrollo de las obras luego del levantamiento de dicha orden.

Cita, entre otras disposiciones legales, el artículo 22 N° 3 de la Ley de Concesiones, que establece que los atrasos en la ejecución de la obra que son imputables al Fisco dan derecho a la concesionaria a un aumento de plazo igual al del período de entorpecimiento o paralización “sin perjuicio de las compensaciones que procedan”.

2. Defensa de la Contraparte Fiscal:

La defensa del Ministerio de Obras Públicas, a través del Consejo de Defensa del Estado de Chile, solicitó el rechazo de la demanda. Argumenta en general y en relación con los distintos ítems de sobrecostos reclamados que, atendido el régimen jurídico del contrato de concesión, las obras se ejecutan a entero riesgo de la concesionaria, por lo que los eventuales mayores costos que pudiesen haber existido serían de cargo de la Sociedad Concesionaria y no podrían dar origen a las compensaciones que se piden. En respaldo de su posición, cita el artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones.

Señala que los problemas sociales y de seguridad se debieron a la negligencia en la aplicación de las medidas ambientales por parte de la concesionaria y su constructora, y a las malas prácticas constructivas empleadas en la obra. La abundante correspondencia entre el MOP y la Sociedad Concesionaria durante el desarrollo de la obra da cuenta de las visiones divergentes respecto de la causa del malestar de los vecinos.

3. Sentencia Arbitral:

Con fecha 16 de diciembre de 2013, se acoge en parte la demanda interpuesta por Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del MOP y se ordena a este último el pago de los sobrecostos derivados de hechos de responsabilidad ajena al Concesionario o incluso que son responsabilidad de su contraparte.

Así, entre sus considerados se señala:

- Que razonando en justicia y equidad, esta Comisión estima que la condición de construcción "*a entero riesgo de la concesionaria*" que establece la Ley de Concesiones tiene límites y no puede extenderse a sobrecostos derivados de hechos o circunstancias imprevisibles, de responsabilidad completamente ajena al concesionario o incluso derivados directamente del actuar de la contraparte. Por ello,

desestimará este argumento de carácter general esgrimido por el MOP/CDE y procederá a analizar, en relación con cada uno de los conceptos reclamados, si la causa de los retrasos es imputable o no a la Sociedad Concesionaria.

- Que previo a la orden de suspensión de faenas se constataron movilizaciones sociales e incidentes de vecinos que afectaron el normal desarrollo de la obra, y que no es un hecho controvertido en autos que la presión social ejercida por los vecinos incidió en la dictación de la orden de suspensión de faenas antes especificada.
- La CONAMA, en la Res. Ex. 502/02, dispuso que el titular de la obra se hiciera cargo de los impactos ambientales no previstos y aprobó las medidas ambientales adicionales.
- Que, a mayor abundamiento, del hecho de que la RES 3.989 haya dispuesto medidas de mitigación adicionales puede deducirse que las medidas originales eran insuficientes; y del hecho de que la RES 3.989 haya puesto fin a la suspensión parcial de faenas puede deducirse que la molestia de los vecinos que provocó la interrupción de la obra se debía a la insuficiencia de las medidas originales. Se concluye, por tanto, que la causa última de la interrupción de las faenas fue el impacto medioambiental de la obra no previsto originalmente, lo que no puede imputarse a la Sociedad Concesionaria.
- Que en opinión de la Comisión si la causa del malestar de los vecinos hubiese sido el mal accionar de la Sociedad Concesionaria, ésta hubiera corregido prontamente su actuar, pues era la principal perjudicada de que se dilataran las cosas. El contrato de concesión, en un sentido correcto, genera los incentivos para que el concesionario haga todo lo que esté de su parte para concretar la obra al mínimo costo y tiempo: la modalidad de contratación tipo suma alzada y los plazos con multas por incumplimiento persiguen precisamente eso.

Esta sentencia arbitral fue objeto de un Recurso de Queja interpuesto por el Fisco de Chile, a través del CDE, el que fue conocido y fallado por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de julio de 2014. Dicho Tribunal Superior, resolvió acoger el Recurso de

Queja deducido por la defensa fiscal, declarándose que se han cometido faltas o abusos graves al dictar la sentencia definitiva, por lo que se deja sin efecto el fallo y se resuelve, en su lugar, que se rechaza la demanda en todas sus partes.

Resulta claro que los sentenciadores estimaron del caso no dar aplicación al artículo 22 N° 2 citado, por entender que este admite límites, pero sin indicar cuáles son y que hechos podrían motivarlos. No se expresan argumentos de ninguna índole que sirvan de sustento a esta conclusión y cómo es que los "hechos o circunstancias imprevisibles" a que aluden, no quedarían comprendidos en la expresión genérica "cualquier otra causa" que esta norma contempla.

Esta omisión adquiere toda su relevancia, si se consideran los términos claros, amplios y categóricos señalados en la norma en cuestión. Se trata de un texto legal cuya interpretación no admite dudas y que sin embargo los sentenciadores desconocen, aludiendo a la prudencia y a la equidad sobre la base de la cual deben fallar, pero sin explicitar cómo y por qué la aplicación de dicho texto para dirimir la controversia sería contraria a ellas.

Precisamente, por estar dotados de tan amplias facultades es que, con mayor razón, les era exigible justificar plenamente su proceder, especialmente si consideraron que, en su concepto, existe una colisión entre lo que la ley manda y lo que la equidad aconseja, optando por esta última y desestimando aquella por inicua. No basta para dar por cumplido este deber, con solo aludir genéricamente a la prudencia y la equidad.

Cuando aluden en su informe a que su decisión se encuentra justificada en los textos legales que citan, a saber, los artículos 19 y 22 N° 3 de la Ley de Concesiones, se debe destacar que ninguna referencia o razonamiento existe en la sentencia sobre ellos, por lo que no resulta pertinente que ahora justifiquen su proceder argumentando sobre la base de los mismos.

Se reprocha a los jueces el haber desestimado la prueba de testigos rendida por las partes, lo que justificaron señalando que se trataba de los dichos de personas respetables que no considerarían en las decisiones que adoptaban "por constituir visiones técnicas de personas muy vinculadas a cada una de las partes". Tampoco consideraron la abundante

prueba documental rendida por las partes, manifestando en su informe que ello es efectivo y que se trató de prueba que no fue motivo de objeción sino de meras observaciones, agregando que "la documentación que se ha estimado importante ha sido mencionada y analizada en numerosos considerandos del fallo recurrido y fueron motivo de un prolijo estudio por parte del perito designado en la causa para fundamentar sus conclusiones".

No hay duda respecto a que los arbitradores resuelven en conformidad a lo que la prudencia, la equidad y la justicia les aconseja, pero estas facultades no los exoneran del deber de razonar y justificar cada una de sus decisiones, como también de hacerse cargo de todas las alegaciones hechas por las partes y de la prueba que hayan rendido al efecto.

La Sociedad Concesionaria demandante, interpuso en contra de este fallo Recurso de Queja ante la Corte Suprema, quien con fecha 05 de noviembre de 2014, resolvió rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de la Concesionaria en contra de los ministros que integraron la Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que falló el recurso de queja deducido en contra de la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública Santiago- Talca en el caso de autos, con voto disidente.

Se advierte que el tribunal sí ha fundamentado su decisión en la aplicación del mencionado artículo 22 N° 2, precepto que señala que: "Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan del caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa". Como no hay caso fortuito o fuerza mayor queda la expresión "cualquier otra causa", la que, según sostienen los recurridos "Considerando los términos tan amplios de esta norma, no es posible divisar de qué manera pudiera fijarse límites y qué hechos pudieran no estar comprendidas en ella".

"Actuando esta Corte de oficio, en uso de la facultad que le confieren los artículos 83 y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil, y 545 del Código Orgánico de Tribunales, por haberse incurrido en un error de procedimiento, se deja sin efecto la sentencia recurrida, en la parte referida a la condena en costas, declarándose que se exime de ellas."

De acuerdo a la doctrina de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Excm. Corte Suprema, los árbitros debieron fundamentar la declaración que formularon según la cual a pesar de que la obra se ejecuta a “entero riesgo” de la Concesionaria, conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 22 de la ley de concesiones de obras públicas, ello no puede extenderse a sobrecostos derivados de hechos o circunstancias imprevisibles, de responsabilidad completamente ajena al concesionario o incluso derivados directamente del actuar de la contraparte; ello, por aplicación de lo dispuesto en el numeral 3° del mismo precepto legal referido. Al omitirse por la Comisión Arbitral el fundamentar aquella decisión, cometieron falta y abuso en la dictación de la sentencia. No constituye suficiente fundamento del fallo arbitral aludir a las atribuciones del árbitro para decidir conforme a la equidad y la prudencia. Es falta o abuso grave de los árbitros el haber dejado sin aplicación una norma legal cuya interpretación merece dudas, sin señalar los motivos que lo justifican y prescindiendo de las alegaciones y pruebas presentadas por las partes en el proceso.

En el caso en análisis, cabe destacar que lo determinado por los Tribunales Superiores de Justicia, es que sería plenamente procedente considerar, conforme a las facultades y experiencia de un Juez Arbitro Arbitrador, que la regla establecida en el Artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, conforme a la cual la obra se ejecuta a entero riesgo del Concesionario, debiendo hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan del caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier otra causa, podría admitir límites. Dado los amplios términos en que está redactada la norma legal, el dejar de aplicarla requiere necesariamente ser debidamente fundamentado, justificando los límites que pudieren fijarse a ella para no aplicarse en caso de existir situaciones imprevisibles o fortuitas que eximieran al Concesionario de la obligación de asumir o soportar dicho riesgo.

2. Riesgos de Mercado y otros operacionales

Cuando hablamos de un contrato de concesión de obra pública, debemos considerar en primera instancia que se trata de una inversión altamente compleja. Dicha complejidad incluye la alta envergadura de los precios de la construcción misma, a lo cual por lo general se debe sumar los costos asociados a las expropiaciones necesarias, así como también los costos generados por los retrasos, junto a una amplia gama de otras variantes.

Entendemos por riesgos de mercado aquellos que asume el concesionario al hacer la oferta, de acuerdo con el estudio de mercado preparado para dicho fin. En este sentido, el oferente debe hacerse cargo de todas las variantes de este tipo que tengan el carácter de previsible al momento de hacer la oferta, puesto que el Estado no garantiza el equilibrio económico del contrato.

Jurisprudencia Relevante

Con fecha 24 de enero de 2011, se falló la sentencia de la disputa entre el Estado y la Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A., con ocasión del contrato de concesión “Sistema Américo Vespucio Sur. Ruta 78 – Avenida Grecia” (Corte de Apelaciones, 2011). En esta causa se abordó el alcance de la distribución de riesgos entre las partes a consecuencia del cambio en la normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato de concesión, así como también la variación imprevista del precio de insumos durante la fase de construcción.

1. Demanda de la Sociedad Concesionaria:

- a) En cuanto a mayores costos derivados de los cambios en la normativa vigente en materia de señalización de desvíos.

Indica que los mayores costos que demanda deben serle compensados pues constituye la imposición de exigencias por sobre las legal y contractualmente exigibles, que han provocado un aumento del valor de las inversiones realizadas en la ejecución de las obras y su explotación, que no han sido reconocidos, ni compensados por el MOP.

Añade que con posterioridad a la adjudicación de la licitación se produjo un

substantial cambio de la normativa aplicable a las obras. Concretamente, el DS N° 90, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (publicado el 20/01/03) derogaba el DS N° 63/86, que aprobaba el nuevo capítulo 5º del “Manual de Señalización de Tránsito”, relativo a la “Señalización Transitoria y Medidas de Seguridad para Trabajos en la Vía”, estableciendo nuevas medidas para la señalización transitoria de los desvíos de tránsito que implicaban grandes cambios en los elementos señalizadores para la canalización y contención del tráfico así como en la forma de su disposición y colocación en la calzada. Ello implicó un substancial e importante incremento de los costos presupuestados por la Concesionaria en base a la información entregada por el MOP (Proyectos Referenciales) para la implementación de los desvíos.

También se le impuso indebida y discrecionalmente otra serie de condiciones para la implantación de los desvíos parciales, al margen de las que fueron consideradas por la Concesionaria en su propuesta aprobada por la propia IF (Inspección Fiscal), y al ordenar la realización de un mayor número de desvíos que los previstos en los Proyectos Referenciales, alteró, agravando de forma significativa el perjuicio sufrido por la Concesionaria.

- b) En cuanto a la variación o mayor costo sufrido en el tiempo que media entre la licitación y la fecha de la demanda, respecto del acero, el combustible y el asfalto.

Expone que para calcular el peso porcentual del componente “insumo de acero” en cada uno de los precios unitarios, ha utilizado los índices de variación del acero que utiliza el propio MOP para las fórmulas de reajuste de los contratos de obras públicas, pues fue con base a ese índice que la Concesionario fijó los precios unitarios del acero en su propuesta.

Señala que la falta de conocimiento previo y oportuno de una futura e inusual alza del precio de los combustibles, impidieron, por su carácter totalmente extraordinario que pudiese prever y repercutir tales incrementos en sus precios, quedando por tanto afectada gran parte de su estructura de costos.

Aduce que el MOP licitó la obra de que se trata sobre la base del PRID, esto es, un Proyecto Referencial de Ingeniería Definitiva o de Detalle, del cual es responsable en su

elaboración y contenido. Su inclusión como antecedente anexo en las Bases de Licitación hace que su contenido obligue al MOP en sus relaciones contractuales con los participantes en la licitación. Expresa que todo aquello que no aparece determinado en el PRID y demás documentos que integran el Contrato, no forma parte del objeto de la obligación del constructor y, por lo mismo, no está incluido en el precio del contrato.

Expone que la buena fe es un principio general de derecho y un elemento inherente a los actos jurídicos, expresándose en la formación de la voluntad o del consentimiento, durante la ejecución del acto jurídico y en el período postcontractual. De este modo, si durante la vigencia del contrato se constata la omisión por parte del MOP de proporcionar información real y oportuna que causa daño a la Concesionaria, ello hace procedente el reembolso o resarcimiento de los mayores costos, de acuerdo a las reglas de la responsabilidad contractual.

Indica que en los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos, la causa del contrato es la misma que la causa de las obligaciones que de él emanan, a saber: el equilibrio o equivalencia entre las recíprocas prestaciones cuya ejecución asumen las partes. Éste y no otro, es el supuesto de hecho que la ley reconoce y regula bajo esta categoría de contratos y que sirve de causa a los mismos.

2. Defensa de la Contraparte Fiscal:

- a) En cuanto a mayores costos derivados de los cambios en la normativa vigente en materia de señalización de desvíos.

El concepto de Concesión de Obra Pública significa una operación jurídica mediante la cual el Estado encarga a un particular (Sociedad Concesionaria) la ejecución de una obra de naturaleza pública, a su cuenta, riesgo y ventura, a cambio de la facultad de explotarla en su beneficio por un tiempo determinado, de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias pertinentes.

El PRID de Desvíos de Tránsito consideró la inclusión de elementos de contención para las obras, dada la naturaleza de éstas, por lo que la necesidad de proporcionar

“contención” en los desvíos estaba ya declarada en esa instancia y la Concesionaria no podría desconocer dicho requerimiento.

En relación con la actuación de la Inspección Fiscal durante la ejecución del contrato, se afirma que ésta se ha enmarcado dentro del ámbito de las atribuciones o facultades que las Bases y el ordenamiento jurídico vigente le confieren.

Añade que, sin embargo, durante el período de construcción se habilitaron los desvíos necesarios para mantener la continuidad de circulación de Américo Vespuccio en dirección Poniente-Oriente y viceversa, por lo que no se interfirió ni con la ejecución de las obras ni con el funcionamiento de la misma.

- b) En cuanto a la variación o mayor costo sufrido en el tiempo que media entre la licitación y la fecha de la demanda, respecto del acero, el combustible y el asfalto.

Estima que aceptarlo implicaría desvirtuar el tratamiento que el legislador ha dado a un elemento esencial del contrato, cual es, el riesgo. En relación al precio de los combustibles y, por ende, el del asfalto, el MOP afirma que éste ha sufrido históricamente aumentos importantes derivados de conflictos bélicos y geopolíticos. De hecho, una buena parte del petróleo que se comercializa en el mundo se encuentra concentrado en una zona de alta conflictividad como es el Cercano y Mediano Oriente. Entonces no resulta para nada imprevisible una fluctuación importante de precios del petróleo.

Agrega que según lo establecido en el artículo 22, Nº 2, de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, referido al régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de las obras, no puede caber duda alguna en cuanto a que el propio legislador declara que las obras previstas en el contrato (Bases de Licitación) se ejecutarán 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, salvo estipulaciones expresamente contenidas en las respectivas Bases de Licitación respecto del compromiso que adquiere el Fisco (Entidad Concedente), en orden a concurrir al pago de

los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor.

En relación con la Teoría de la Imprevisión alegada por la Concesionaria, señalan que ésta es completamente improcedente para estos efectos.

Se señala por el MOP, que para juzgar la buena fe deben constatarse, en un contrato bilateral, las conductas de ambos contratantes y, en la especie, este principio ha sido cumplido íntegramente por el Ministerio de Obras Públicas, ya que la obra fue concesionada de acuerdo al procedimiento establecido por la Ley.

3. Sentencia Arbitral:

Con fecha 24 de enero de 2011, acoge parcialmente la demanda:

- Que, por la naturaleza que reviste el contrato de concesión de obra pública, se adjudica en condiciones de incertidumbre relativa, las partes asumen un riesgo al licitarlos, riesgo que se refleja en el precio que las partes ofrecen y que, en cualquier caso, se distribuye mediante el contrato;
- Que el deber del Estado es brindar servicios que equivalen a bienes públicos o regular monopolios naturales teniendo en vistas el bienestar social; pero el Estado carece de toda obligación implícita de garantía general respecto del concesionario, puesto que la existencia de esa obligación importaría transferir rentas a particulares, deber que no pesa sobre el Estado.
- La Comisión Arbitral rechaza -por no concurrir los requisitos comúnmente aceptados por la doctrina y el derecho comparado, y por no ser un mecanismo admitido en este caso específico por el derecho vigente en Chile- aplicar la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato o la teoría de la imprevisión en este caso y, consiguientemente, no admite las pretensiones de la concesionaria vinculadas a esa alegación.
- Que el cambio en los precios de insumos y de la normativa técnica vigente durante la ejecución del contrato son riesgos que debe asumir el Concesionario, conforme a las normas y principios que regulan esta clase de contratos administrativo en nuestro país.
- Que este tribunal ha llegado a la convicción que existió atraso del MOP en el

cumplimiento de su obligación de entrega de los terrenos expropiados. Si bien se constató el atraso de 199 días respecto de la fecha programada, a efectos de determinar la compensación este período será disminuido en 86 días.

- Que como consecuencia del análisis se pudo constatar por parte del tribunal que en materia de cambios de servicios secos la Sociedad Concesionaria acreditó, mediante prueba documental, pagos a terceros que deben serle reembolsados por el MOP.

El Análisis de la Comisión Arbitral respecto de la asignación y distribución de riesgos del Contrato de Concesión de Obra Pública, consideró lo siguiente:

Que mediante este contrato el Estado encarga la construcción de una obra a un tercero quien lo hace a su costo, recuperando luego la inversión mediante el cobro, por un lapso prefijado, a los usuarios directos. Al concederse la obra pública y su posterior explotación, el Estado otorga, en términos técnicos, un monopolio; aunque procura, mediante el mecanismo de licitación, que el servicio se ofrezca en condiciones competitivas. La naturaleza del contrato obliga a examinar con especial cuidado los reclamos posteriores a su adjudicación. Como este tipo de contratos se adjudica en condiciones de incertidumbre relativa, las partes asumen un riesgo al licitarlos, riesgo que se refleja en el precio que las partes ofrecen y que, en cualquier caso, se distribuye mediante el contrato.

Que el equilibrio financiero o patrimonial del contrato de concesión no amerita, en el derecho vigente en Chile, alterar el contenido del contrato en la forma que la demandante lo solicita. Por aplicación del mecanismo de Demsetz (1968) para la contratación de la concesión de obra pública (desarrollo de una licitación que permita fijación de precios competitiva e internalizar el riesgo que asumen los proponentes), en nuestro país el Estado carece de toda obligación implícita de garantía general respecto del concesionario, puesto que la existencia de esa obligación importaría transferir rentas a particulares, deber que no pesa sobre el Estado. La corrección del contenido del contrato en base a criterios de justicia no es admisible en el derecho vigente en Chile y ni siquiera un tribunal de equidad, puede resolver en este aspecto

contra legem. Una decisión como esa acabaría alentando la conducta estratégica de las partes y perjudicando severamente el diseño que subyace al mecanismo de las concesiones de obra pública en Chile. La Teoría de la Imprevisión implica el “advenimiento de eventos extraordinarios, en el sentido de acontecimientos graves, excepcionales, anormales e inevitables, sobrevinientes a la constitución de la obligación” (Larroza, 1993, p.365).

Que el acontecimiento de que se trata ha de ser uno que no pudo ser anticipado a un costo razonable y que, con sujeción a los principios generales del derecho, las circunstancias o la imprevisión que se alega no deben ser imputables a culpa o falta de cuidado de quien los alega. En fin, la teoría de la imprevisión requiere su admisión explícita por parte del ordenamiento y en el caso del contrato de concesión esta condición esencial no se satisface. En concreto, la Comisión entiende que el cambio en los precios de los insumos es uno de esos eventos previsibles que forman parte, por regla general, de las vicisitudes del contrato.

Que si no existe cláusula expresa en el contrato que haga de cargo del MOP compensar al Concesionario por los efectos lesivos que pueda ocasionarle el cambio de regulación en materias técnicas asociadas a la ejecución de la obra, no corresponde exigirle indemnización, como ocurre en este caso. Corresponde probar las obligaciones al que las alega, por lo que si la demandante no probó las circunstancias denunciadas en su libelo, ellas deben darse por no acreditadas y el tribunal no dará curso a ellas. El incumplimiento de las expectativas manifestadas en la oferta técnica no debe ser causa de reparación alguna. No compete a la Comisión Arbitral actuar como órgano de tutela de derechos públicos subjetivos, entre los que se cuenta el derecho a un debido proceso en el supuesto que, en este caso, se le hubiera infringido al Concesionario.

Esta sentencia Arbitral adquiere relevancia, por cuanto fija un criterio respecto de una materia que ha sido objeto de distintas opiniones sobre la naturaleza de la disposición del inciso 3º del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, previa a su sustitución por el Artículo 1º, Número 7 de la Ley 20.410, en cuanto a si en ella se consagraba positivamente la

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

De acuerdo con la doctrina de esta sentencia, en el caso sometido al conocimiento de la Comisión Arbitral, no es aplicable la Teoría de la Imprevisión o la doctrina del Equilibrio Económico del Contrato. Esto, por no concurrir los requisitos comúnmente aceptados por la doctrina y el derecho comparado, y por no ser un mecanismo admitido en este caso específico por el derecho vigente en Chile. Fija su criterio en orden a que la disposición en comento no consagra positivamente la Teoría de la Imprevisión en nuestra legislación, y que en el caso sometido a su decisión no se cumplen con los requisitos y condiciones determinados por la doctrina para su procedencia.

Además, con relación a las causas sobrevinientes que admitirían la revisión del contrato de concesión, indica que no puede comprender aquellas situaciones o riesgos propios del contrato que, de acuerdo con los principios y normativa que rigen este tipo de contratación administrativa, deben ser asumidos propiamente por el Concesionario.

Finalmente, en relación con la Doctrina de la alteración del Equilibrio Económico del contrato, que motivó la demanda indemnizatoria de la Sociedad Concesionaria, fija un criterio de fondo para su inadmisibilidad en la legislación aplicable al contrato de concesión de obra pública. A este respecto, señala que permitir alterar el contenido del contrato en base a este supuesto, importaría reconocer en el contrato de concesión de obra pública la existencia de una obligación implícita de Garantía General del Estado respecto del Concesionario. Asevera a continuación que dicha interpretación perjudicaría severamente el diseño que subyace al mecanismo de las concesiones de obra pública en Chile, en cuanto a la asignación y distribución del riesgo.

2.1. Otros operacionales

Adicionalmente a los riesgos que se asocian al estudio de mercado realizado en función de la adjudicación de la concesión, serán de cargo del concesionario todos aquellos costos contingentes de construcción, los que provengan del desarrollo de proyectos a nivel de ingeniería de detalle, y todos los costos de mantención y conservación en que deba incurrir con motivo u ocasión de la operación del contrato de concesión.

Dentro de este grupo, podemos mencionar el caso de aquellos riesgos que emanan de la mantención y conservación de la infraestructura en cuestión, así como también de su mejoramiento mediante nuevas obras adicionales. Estos debieran encontrarse integrados al proyecto junto a las demás dimensiones, sobre todo si consideramos que el periodo de duración de dichos proyectos sobrepasa los 30 años en promedio.

Jurisprudencia Relevante

Con fecha 24 de mayo de 2012, se falló por sentencia arbitral la disputa entre el Estado y la Talca Chillán Concesionaria S.A., con ocasión del contrato de “Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Talca-Chillán”. La discusión de esta causa se centró en resolver controversias suscitadas entre las partes respecto a determinar cuál de ellas es la obligada a soportar el pago de obras ejecutadas en la concesión, en su etapa de explotación, teniendo como eje central de la discusión la naturaleza de estas, si es que constituyen o no obras de conservación.

1. Demanda de la Sociedad Concesionaria:

Reclamante demandó el reembolso de los costos incurridos en el encauzamiento del lecho del río Ñuble y la protección de las cepas del puente Ñuble Poniente²⁶, en base a los siguientes argumentos:

²⁶ Este mismo fallo analiza también las demandas de reembolso al MOP por costos incurridos en el encauzamiento del lecho del río Maule y la protección de las cepas del puente Maule; costos incurridos en el encauzamiento del lecho del río Achibueno, la reparación del Puente Achibueno Oriente y la protección de sus cepas; y de los costos incurridos en la reparación del Puente Nebuco. Por tratarse de conceptos relativamente comunes, y con el objeto

- i. Que no obstante “no constituir una carga jurídica que debería soportar”, la demandante encargó a una empresa especializada la elaboración de un informe de diagnóstico del puente, documento que fue remitido al MOP. Éste concluyó que, producto de la socavación, algunas de las fundaciones de los puentes Ñuble Poniente, Achibueno Oriente y Maule, habían sufrido una notable disminución de la profundidad de enterramiento, disminuyendo la estabilidad de la estructura, por lo que los puentes no eran capaces de soportar sismos de una intensidad similar a la que prescriben hoy las normas técnicas vigentes.
- ii. Establece que la causa de degradación del lecho del río se produce por la sobre extracción de áridos desarrollada durante décadas.
- iii. Indica que el MOP, en casos similares, pagó la construcción de un muro guardaradier y el refuerzo de las cepas a través del Convenio Complementario N°4.
- iv. La demandante encargó la elaboración de un informe hidráulico que remitido al MOP. Producto de dicho informe, ambas partes se reunieron, acordándose que la DOH emitiría a una minuta técnica revisada. La DOH realizó las referidas indicaciones mediante ORD. N°774, las que fueron acogidas en el proyecto que finalmente se ejecutó.

2. Defensa de la Contraparte Fiscal:

- i. Que las BALI, establecen que el MOP entrega al concesionario la infraestructura preexistente en el estado en el que se encuentre, siendo de responsabilidad del Concesionario mantener los estándares indicados en las Bases Técnicas.
- ii. Que la obligación de conservación de los puentes corresponde a la Concesionaria, lo que va mucho más allá de un simple seguimiento del estado de las estructuras.
- iii. Que la conservación de las obras preexistentes a la celebración del contrato, debió haber sido considerada por la Concesionaria, la que debe hacerse responsable de la

de no ser redundantes, nos quedaremos con los razonamientos del Tribunal, más que con el detalle de cada uno de los conceptos demandados.

infraestructura preexistente que recibió. Agrega que la Concesionaria debió efectuar en los puentes preexistentes labores de mantenimiento de diversa índole, siendo esta responsable de verificar que garanticen estabilidad y seguridad.

- iv. Señala que la competencia para otorgar y poner término a los permisos de extracción de áridos en los cauces corresponde a las Municipalidades y no al MOP, contraviniendo el argumento de la demandante.
- v. Finalmente, indica que los reembolsos demandados corresponden a obras de conservación y mantención que son de responsabilidad de la Concesionaria, sin constituir obras adicionales que deban ser recepcionadas por la Inspección Fiscal. A esta última sólo le corresponde realizar una correcta certificación de las obras en cuanto al diseño y a su conformidad a la mantención del estándar de acuerdo a las obligaciones legales vigentes.

La Comisión Arbitral, en su sentencia, razonó lo siguiente:

- i. Que la ejecución de las obras no es un hecho discutido en la causa, más resulta útil y clarificador determinar el origen de las obras ejecutadas por la Concesionaria y cuyo reembolso reclama en autos. Ante esto, la comisión concluye inequívocamente que las obras ejecutadas fueron realizadas como consecuencia de un requerimiento efectuado por el MOP, y que el proyecto y posterior ejecución de dichas obras fue debida y oportunamente informada a la Inspección Fiscal, quién no emitió pronunciamiento alguno respecto de ellas. La comisión hace hincapié en la pasividad del órgano fiscal, quién pese a informar la demandante de la socavación en las cepas, que ponían en riesgo la estabilidad de la estructura, una vez recibido el informe de las obras a realizar, no emitió pronunciamiento alguno; en contraposición a la mayor transparencia que se aprecia en la actuación de la Concesionaria. Estima que si bien el silencio administrativo, en este caso no otorga, también es cierto que pesa sobre la autoridad un deber de claridad y transparencia, representativo de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos.

- ii. En cuanto a la existencia de los daños a la época de la reparación, la comisión pudo determinar que los daños que el puente presentaba eran reales y de una magnitud coincidente con las obras que se ejecutaron para su reparación. Agrega que también tiene la certeza de que dichos daños importaban una amenaza tanto para la estructura misma como para la seguridad de los usuarios, por lo que considera que la realización de las obras constituyó mejoras que la Concesionaria debía ejecutar.
- iii. En cuanto al carácter de las obras ejecutadas, se debe tener en consideración que la defensa del MOP se sustenta principalmente en alegar que las obras cuyo reembolso se reclama corresponderían a obras de conservación, las cuales -según establecen las BALI- son de exclusiva responsabilidad y cargo de la Concesionaria. La comisión, ante esta defensa, estima que esto obliga a revisar la definición de “obras de conservación”, ubicada en el numeral 1.2.1. N° 5 de las BALI, que establece que “corresponden a las reparaciones necesarias para las obras e instalaciones con el propósito de que éstas recuperen el nivel de servicio para las cuales fueron proyectadas, tanto en su cantidad como en su calidad”. Agrega que también se entenderían dentro de este concepto “las medidas preventivas necesarias para que no se deterioren las obras e instalaciones”.

En su razonamiento, la comisión estima que en cuanto a las causas de los defectos que han requerido las obras conservativas, al ser la palabra “conservación” sinónimo de “mantenimiento”, se puede concluir que se trata de aquellas obras que requiere el deterioro producto del uso ordinario de las rutas concesionadas, lo que implicaría la eliminación de causas extraordinarias y no predecibles.

Añade que en el numeral 1.7.5. de la conservación de las obras, en su inciso 4° prescribe que “el concesionario está obligado a conservar las obras en las condiciones contempladas en el Contrato y en el programa de Conservación aprobado, reparando o sustituyendo los elementos que se deterioren por su uso y por el paso del tiempo”. A partir de esto, la comisión establece que no existe antecedente que demuestre que los problemas de socavación en las cepas del puente Ñuble, informados por la Inspección Fiscal, hayan sido detectados e

informados oportunamente por el órgano fiscal a la concesionaria como obras de conservación. Así, al no formar dichas obras parte de un programa de conservación, en cuya determinación final participan ambas partes del contrato de concesión, las obras ejecutadas por la Concesionaria no han sido consideradas como obras de conservación en conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.5.1.7. de las BALI. De esta manera, la comisión concluye que la Concesionaria no estaba obligada a la realización de las obras ejecutadas, toda vez que se trataron de obras extraordinarias, las cuales no son de cargo de ésta, puesto que la conservación de los cauces de los ríos está radicada en su dueño, que en este caso es el Estado. Agrega que el dejar los cauces sujetos a ninguna actividad de conservación o atención, simplemente por tratarse de un puente concesionado, atenta contra la más mínima racionalidad.

- iv. En cuanto a si la sobre extracción de áridos fue la causa de la degradación del lecho del río (con repercusiones en la estructura de los puentes), la comisión concluyó que la degradación del lecho del río obedece, entre otros factores, a la sobre extracción de áridos. Éste constituye un hecho aceptado por ambas partes; sin embargo, el MOP esgrimió como defensa que dicha extracción no es de su responsabilidad, sino que de la municipalidad correspondiente. Ante dicho argumento, la comisión estableció que la extracción de áridos del río no es solamente no imputable a la concesionaria, sino que es un tema del que es directamente responsable el Estado de Chile, del que forma parte el MOP. Para el órgano dirimidor, no le resta responsabilidad el hecho de que sea la Municipalidad quien otorga y pone término a los permisos de extracción de áridos. Agrega en este sentido, recordando lo preceptuado por la ley N° 18.575 sobre “Bases Generales de la Administración del Estado”, en que se incluye a las Municipalidades entre los organismos que constituyen la administración del Estado. Aun si esto no estuviera expresado de este modo por la ley, bastaría con concluir que el lecho de los ríos es un bien nacional de uso público, por lo que su propiedad pertenece a todo el Estado, cuya personalidad se confunde con la del MOP, la cual no es sino una repartición fiscal sin personalidad

jurídica propia. Este argumento, a juicio de la comisión, incluso agravaría la responsabilidad del MOP, ya que es de todos conocidos que las Municipalidades carecen de personal altamente especializado en cuestiones de obras hidráulicas.

3. Resolución Final del Tribunal:

- i. Encauzamiento y protección cepas Puente Ñuble, acoge parcialmente la demanda y condena a pagar a la demandada.
- ii. Encauzamiento y protección cepas Puente Maule, acoge parcialmente la demanda y condena a pagar a la demandada.
- iii. Encauzamiento, reparación del Puente Achibueno Oriente y la protección de sus cepas, acoge parcialmente la demanda y condena a pagar a la demandada.
- iv. Reparación del Puente Nebuco, acoge parcialmente la demanda y condena a pagar a la demandada.
- v. Incremento de los costos incurridos en el contrato de construcción de la Cuarta Licitación del Convenio Complementario N°5, se rechaza la solicitud de incompetencia planteada por la parte demandada. No obstante lo anterior, se rechaza la demanda en todas sus partes por los motivos señalados en la sentencia.
- vi. Se rechazan todos los demás temas controvertidos, así como cualquier otra solicitud efectuada por las partes.

A partir de lo anterior, podemos señalar que la diferencia interpretativa radica en la naturaleza de las obras ejecutadas durante la etapa de explotación de la Concesión. De acuerdo con la Ley de Concesión de Obra Pública, el Concesionario debe conservar y mantener la infraestructura y las obras de la Concesión en estado de servir al objeto, en las condiciones y estándares contratados. A fin de cumplir con lo anterior, se deben ejecutar todas aquellas obras de reparación que sean necesarias al efecto.

La discusión se suscita al momento de intentar determinar el límite entre lo que debe entenderse por “obras de conservación” y “de mantención”, las cuales son de cargo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, y lo que debe ser entendido como “nuevas

inversiones” o “nuevas obras”, las cuales por su naturaleza deben ser de cargo de la entidad mandante (Ley N° 20.410, 2010, Art. 23).

El fallo en análisis resulta relevante por cuanto, frente a una situación interpretativa relativa a la naturaleza de las obligaciones de las partes en el contrato, tanto la ley como el estatuto contractual imponen durante la etapa de explotación al concesionario la obligación de carácter general de conservar las obras en las condiciones contempladas en el contrato y en el programa de conservación aprobado, reparando o sustituyendo los elementos que se deterioren por su uso y por el paso del tiempo. Este fallo la determina conceptualmente, fijando el límite entre ella y la existencia de nuevas inversiones o nuevas obras. Esto implica que, frente a situaciones que se presenten durante la etapa de explotación del contrato de concesión de carácter reparativas, ellas no siempre quedarán comprendidas dentro del concepto de obras de conservación o reparación.

Asimismo, en esta sentencia se fija un criterio para los efectos de determinar de cargo de quién es el riesgo en el contrato, que apunta al origen o la causa de los daños que generan la necesidad de reparaciones en las obras del contrato.

3. Riesgos Sobrevinientes

Al tratarse de un contrato conmutativo y de tracto sucesivo, cuya ejecución abarca períodos extensos de tiempo, no debe sorprendernos que como consecuencia de esto las condiciones económicas bajo las cuales se contrató se vean alteradas. Por este motivo, este tipo de riesgo se encuentra íntimamente relacionado con la teoría de la imprevisión. En el contexto de la contratación administrativa, esta teoría se ocupa de los conflictos que se producen durante la fase de cumplimiento y ejecución de la concesión, por hechos extraordinarios y sobrevinientes a la celebración del contrato, los cuales afectarían de manera significativa la ecuación económico-financiera prevista, es decir, la conmutatividad de las obligaciones (Moraga, 2011).

El artículo 19 de la Ley de Concesión de Obra Pública, recoge el riesgo sobreviniente de autoridad con potestad pública, estableciendo como primer requisito copulativo (para que el concesionario pueda solicitar compensación) que “el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión” (Ley N° 20.410, 2010, Art. 19). Este requisito alude a lo que entendemos por “sobrevenida”, una circunstancia determinada que surge con posterioridad a algo (RAE, 2017)²⁷. A continuación, el siguiente requisito es que este trastorno “no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación” (Ley N° 20.410, 2010, Art. 19), dando cuenta del carácter imprevisible de este tipo de riesgo. Finalmente, reza que este acto “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” (Ley N° 20.410, 2010, Art. 19).

Se ha discutido respecto a si este artículo efectivamente recoge la teoría de la imprevisión o si esto simplemente se trataría de una forma de compensar el desajuste en la equidad del contrato.

A este respecto, cabe mencionar que la modificación del Artículo 19 de la Ley de Concesiones, introducida por la Ley 20.410 Art. 1 N°7, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2010, logra aclararnos la opinión del legislador en la materia.

Esta modificación, se fijó para determinar los casos en que el contrato de concesión puede ser objeto de modificación, por razones de interés público y por acto sobreviniente de autoridad, regulando la forma de proceder a ella y los montos máximos de las mismas, limitando así su aplicación, en cuanto a las causas que pueden invocarse para modificar el contrato de concesión con la debida compensación al Concesionario.

²⁷ El diccionario de la RAE define: **Sobrevenir** Del lat. *supervenire*. Conjug. c. *venir*.
1. intr. Dicho de una cosa: Acaecer o suceder además o después de otra.
2. intr. Venir improvisamente.**3.** intr. Venir a la sazón.

Al eliminarse el antiguo inciso tercero y adaptarse a las nuevas condiciones establecidas en la ley, se podría decir que se ha zanjado la discusión acerca del reconocimiento legal a la Teoría de la Imprevisión que se decía contenía la Ley de Concesiones.

Cabe mencionar también mencionar el artículo 20 bis de la Ley de Concesión de Obra Pública, el cual se refiere a la modificación del contrato de concesión por acuerdo de las partes, indicando que ellas podrán pactar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, al objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos convenidos en las bases de licitación, mediante la suscripción de un convenio complementario. La limita permitiendo durante la fase de construcción el rediseño o complementación de la obra concesionada. Para estos efectos, las inversiones adicionales, sobrevinientes e imprevista, en las que debió incurrir el concesionario, deberán superar el 25% del presupuesto oficial de la obra, entre otros requisitos estipulados en dicho artículo.

En estos casos el Concesionario tendrá derecho a las compensaciones que hubiere lugar, toda vez que se trata de nuevas exigencias o condiciones contractuales.

Jurisprudencia Relevante

Sobre esta materia, es ilustrativa la sentencia arbitral de fecha 23 de junio de 2008, que resolvió la disputa entre el Estado y la Sociedad Concesionaria Los Lagos S.A., con ocasión del Contrato “Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Río Bueno-Puerto Montt”. La discusión de esta causa se centró en determinar si correspondía o no que la repartición estatal indemnizara a la demandante por un supuesto incumplimiento de las obligaciones acordadas en el contrato de concesión, lo cual habría causado serias pérdidas a la empresa.

1. Demanda de la Sociedad Concesionaria:

La demandante sostiene que el MOP realizó en la Ruta V-505, Camino El Alerce, un mejoramiento de la vía considerablemente mayor que lo informado a los licitantes en el proceso de licitación. Esta situación habría significado a la concesionaria una pérdida de

flujo vial en el tramo Puerto Varas-Puerto Montt y una menor recaudación en sus plazas de peaje a consecuencia de lo anterior.

Parte importante de lo controvertido en el juicio se refiere al alcance que tuvo el llamado Estudio LEN, el cual fue puesto a disposición por el MOP como antecedente durante las tratativas preliminares y que contenía información respecto a las futuras mejoras que se realizarían en el Camino El Alerce.

2. Defensa de la Contraparte Fiscal:

Sostiene que este estudio se entregó solamente con carácter referencial y que no forma parte del Contrato de Concesión, como aseveró la Concesionaria. Este estudio definía las características que tendría el camino El Alerce, una vez que se mejorara.

3. La Comisión Arbitral consideró:

- i. Se concluye que efectivamente no se puede considerar que el Estudio LEN forme parte del contrato. Sin embargo, se debe reconocer que éste era un antecedente importante para los licitantes de la concesión, el cual válidamente utilizó para definir el futuro flujo vehicular al momento de preparar su oferta.
- ii. Que si bien la Concesionaria reconoce que el MOP estableció desde un principio que existirían vías alternativas competitivas de la Ruta licitada, manifiesta que en la realidad el MOP mejoró esta vía más allá de lo informado en el Estudio LEN.
- iii. De los antecedentes aportados en el Juicio, se concluye que efectivamente el MOP mejoró el Camino El Alerce en mayor magnitud a la considerada en el Informe LEN. Estas “mayores mejoras” serían principalmente el haber ensanchado la calzada de 6 a 7 metros, haber construido bermas de 1.5 metros a cada lado del camino, haber cambiado el tipo de carpeta de rodado, entre otras mejoras que han permitido el aumento en la velocidad de circulación y en la capacidad de tráfico del camino.
- iv. Que la Comisión no cuestiona de forma alguna las atribuciones del MOP para realizar mejoras de las rutas nacionales, no obstante estima que es necesario reconocer que los mayores mejoramientos pueden haber perjudicado los ingresos de la concesionaria, por

un mayor flujo vehicular en la vía alternativa en desmedro de la concesionada, alternando el equilibrio económico del Contrato de Concesión. Concluye que la demandante ha tenido menores ingresos que el MOP debería compensarle.

- v. Que en un segundo peritaje encomendado a la Consultora Ciprés determinó que la demandante había sufrido perjuicios como consecuencia del mayor mejoramiento del camino, derivado del menor flujo vehicular producido en la ruta concesionada. Establece que el pago compensatorio sería la suma de UF 194.680.
- vi. A continuación, al exponer las razones de Derecho para dictación del Fallo, la Comisión menciona que el Estudio LEN no se encuentra señalado en las BALI dentro de los estudios referidos por el MOP, motivo por el cual ha alegado que no tendría relación alguna con el Contrato. No obstante lo anterior, la Comisión concluye que la Oferta del adjudicatario forma parte del Contrato, así como también los documentos que la forman, puesto que éstos pasaron a ser un antecedente que se ocupó para la formación del consentimiento de las partes. A continuación, invoca el principio de la “Buena Fe Pre Contractual” durante las tratativas preliminares y cita doctrina referida a la responsabilidad por perjuicios ocasionados por el incumplimiento de deberes preliminares.
- vii. Que el MOP debe indemnizar los perjuicios con el fin de restablecer el equilibrio económico (Principio de Reciprocidad²⁸).
- viii. Al determinar la Comisión la responsabilidad del MOP, ésta atiende a los elementos que la configuran: (a) infracción a la obligación de mantener el equilibrio económico del Contrato y (b) el daño imputable a éste producido a la Concesionaria mediante dicha infracción.

²⁸ El principio de reciprocidad tiene su máxima expresión en el principio de equilibrio financiero del contrato de concesión (...) que implica la obligación de restablecer la equivalencia económica en los diversos supuestos de alteración patrimonial de la relación contractual, consignado expresamente en la Ley de Concesiones” (Rufián, 1999, p.109-110).

4. Resolución Final del Tribunal:

- i. Se acoge parcialmente la Demanda Arbitral interpuesta por la Sociedad Concesionaria de Los Lagos S.A. en contra del MOP. La Concesionaria tiene derecho a que se le indemnice los menores ingresos obtenidos.
- ii. La sentencia se dictó con los votos favorables del presidente de la Comisión y con el voto del representante de la Concesionaria. Votó en contra el miembro designado por el Ministerio de Obras Públicas, quien fundamentó:
 - a) Que, la razón de derecho de la acción deducida apunta al incumplimiento contractual en que habría incurrido el MOP, consistente en la violación de una obligación de NO hacer, al introducir las mejoras al camino en cuestión.
 - b) Que el MOP ha sostenido que no obstante contar con amplias atribuciones y facultades, éste no cuenta entre sus prerrogativas con la facultad de renunciar al ejercicio de sus potestades, atendido el Principio de Legalidad, que gobierna los actos de los órganos de la administración del Estado. Con esto, no pudo haber contraído la obligación de no hacer cuyo incumplimiento se le reprocha.
 - c) Que el Estudio LEN no sería vinculante, al no figurar éste en las BALI como tal.
 - d) Que las mejoras le fueron anticipadas a la demandante, toda vez que se señaló al Camino El Alerce como “ruta alternativa” y en “condiciones competitivas”.
 - e) Respecto a si tiene el MOP la facultad de contraer dicha obligación de no hacer, establece que las prerrogativas y facultades que la ley otorga a los órganos del Estado tienen por objeto la consecución de los fines que le son propios, tales como la satisfacción de necesidades públicas y colectivas. Por este motivo, le son indisponibles para su titular, salvo prescripción legal expresa en contrario²⁹. No puede sino concluir que, al no existir la facultad de disposición de dicha potestad, ésta no ha podido incorporarse válidamente como obligación de no hacer al contrato. Arguye, por una razón de sentido común y buen criterio, que no es

²⁹ Esto con motivo del Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado por falta de Servicio, el cual lo hace acreedor de la obligación de indemnizar todo daño, lesión o perjuicio que se origine como consecuencia de que un órgano del Estado no preste un servicio debiendo hacerlo; o presta un servicio pero de manera tardía; o presta un servicio en forma deficiente.

razonable interpretar la ley de un modo que conduzca a la posibilidad cierta de incumplimiento por un órgano del Estado de sus fines propios.

- f) Que, de la simple lectura de las BALI y el contrato, al no estar tal obligación consultada de modo expreso en el contrato, mal podría haber nacido para el MOP la obligación de reparar perjuicios derivados de su incumplimiento. Por otro lado, concluye que la información entregada en el Estudio LEN sólo lo fue a título referencial y no vinculante.
- g) Que, respecto a las responsabilidades precontractuales, éstas sólo pueden perseguirse si no se ha suscrito el contrato. Las tratativas preliminares concluyen en la firma de un contrato, por lo que no pueden dar origen a una responsabilidad que vaya más allá de los límites que las mismas partes se pusieron al suscribir al contrato. Una interpretación distinta introduciría una total incertidumbre en las relaciones contractuales, ya que siempre sería posible agregar nuevas obligaciones distintas a las expresamente consentidas.
- h) Que, si la demandante estimaba que el estudio LEN era determinante para su oferta económica, era su deber, como expresión de buena fe contractual, advertirlo al momento de contratar e instar su expresa consagración.
- i) Que, en cuanto a que el MOP habría introducido mejoras en el Camino El Alerce, éste se comprometió a otorgar el servicio prestado por la concesionaria en “condiciones competitivas” a través de “rutas alternativas”, de modo tal que las características y estándar con que se define y construye la ruta concesionada, determina las características y el estándar con que se puede dotar y mejorar a la ruta alternativa. En caso de no haber sido introducidas estas mejoras durante los 25 años de vigencia del contrato, la ruta alternativa perderá su condición de camino competitivo de la ruta concesionada, lo cual se opone a la finalidad de bien común que debe animar las actuaciones del Estado.
- j) Que, este disidente practicó una inspección personal a ambas rutas, llegando a la absoluta convicción que el Camino El Alerce no es una alternativa competitiva de la ruta concesionada.

k) Que, por todo lo anterior, rechaza la demanda deducida.

5. FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Con fecha 03 de noviembre de 2009, la Corte Suprema rechazó el recurso de queja deducido por la defensa de la Concesionaria en contra de los ministros que integraron la Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que falló el Recurso de Queja deducido en contra de la Comisión Arbitral del contrato “Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Río Bueno-Puerto Montt” en el caso de autos, con voto disidente.

Se advierte que la Corte de Apelaciones de Santiago abunda en razonamientos referidos a las faltas y abusos imputados por el ente fiscal al fallo dictado en Comisión Arbitral, preocupándose de destacar que la demanda de la sociedad concesionaria debió ser rechazada “básicamente” por no existir daños o perjuicios reparables. Las consideraciones que apuntan a dicha conclusión serían:

- i. Los perjuicios demandados obedecen al concepto de falta de recaudación.
- ii. Tales perjuicios no se condicen con las nociones de daño, salvo en lo tocante al lucro cesante.
- iii. Se reclama un perjuicio consistente, no en un daño efectivo, sino que un supuesto menor ingreso obtenido.
- iv. Ese menor ingreso guarda relación con algún parámetro objetivo de ganancia, sino que se basa en expectativas de lucro.
- v. Por lo tanto, no existe daño emergente ni pérdida real, sino que una supuesta menor expectativa de ganancia.
- vi. Esa expectativa no quedó establecida en ninguna parte, ni fue invocada.
- vii. Lucro cesante tampoco existe, puesto no se comprobó que la empresa haya dejado de obtener ganancias. Además, el MOP otorgó una garantía de ingresos mínimos, los cuales siempre se han superado.

Concluye este Tribunal que no puede sino coincidir en lo sustancial con las motivaciones esgrimidas por los jueces recurridos, los cuales acertadamente establecieron que este caso no ha podido considerarse reparable el daño invocado por falta las condiciones que se exigen para ello.

En nuestro país, el Estado no se encuentra obligado de manera implícita a una garantía general respecto del concesionario. Tampoco aplicaría para este caso una garantía de rentabilidad respecto del cobro que se realiza en las plazas de peaje. En esta causa, sin embargo, el Estado se obligó contractualmente a garantizar un monto de ingresos mínimos, los cuales se han obtenido durante toda la explotación de la concesión. Cualquier otra expectativa que pudo haber tenido el Concesionario, debió haber sido estipulada de manera expresa en el contrato, con el objeto de poder hacer exigible la acción compensatoria por perjuicios reflejados en los montos recaudados.

Por otro lado, el argumento esgrimido por la demandante respecto a la existencia de una obligación de no hacer nos llama particularmente la atención, puesto que pasa por encima los principios rectores de la actuación de los órganos de la administración, principalmente el Principio de Legalidad. Al aceptar esta interpretación, estaríamos abriendo una peligrosa puerta a la incertidumbre jurídica, especialmente en materia de Derecho Público, así como también a incentivos perversos a la falta de servicio del Estado.

Lo resuelto en este caso por los tribunales superiores de Justicia está en concordancia con lo señalado por la Comisión Arbitral del contrato de Concesión Américo Vespucio Sur, en orden a que no existe en el contrato de concesión de obra pública una obligación del Estado de Garantía General respecto del concesionario.

Asimismo, razona sobre la base que el contrato de concesión de obra pública, al otorgar el uso y goce exclusivo de una determinada obra a un privado, no puede implicar en modo alguno que el Estado debe inhibirse de cumplir con su funciones y competencias, las que tiene el carácter de potestad-deber, por lo que el abstenerse de ejecutarlas puede generar incluso responsabilidades para el Estado.

4. Otros riesgos

Existen otros tipos de riesgos que nos parece necesario mencionar, principalmente por su carácter recurrente en materia de controversias, tales como los mayores costos por expropiaciones.

Uno de los casos, es la situación sometida al conocimiento de la Comisión Arbitral del contrato de concesión “Concesión Internacional Interconexión Vial Santiago-Valparaíso-Viña del Mar”, y su sentencia de fecha 24 de marzo de 2005.

Los conceptos demandados por la Sociedad Concesionaria dicen relación con el retraso en la entrega de terrenos, lo que habría alterado el régimen normativo de la obra estimada por la oferta del licitante con el consiguiente desequilibrio económico financiero del contrato. Describe que, a consecuencia de este retraso, se utilizaron más recursos de los estimados (bajando rendimientos y aumentando el costo unitario de las partidas), imposibilitando la ejecución de las obras y alterando en consecuencia cada uno de los programas estipulados. Todo lo anterior redundó en bajos rendimientos y sobrecostos de aceleración para cumplir dentro de plazo.

En su defensa, el MOP esgrimió no tener obligación alguna de entregar los terrenos expropiados a la Concesionaria dentro de un plazo determinado, sino sólo en aquel que razonablemente permita a ésta obtener la respectiva autorización para la puesta en servicio provisorio de las obras. Por otro lado, atribuye en gran parte el atraso en la entrega de los terrenos expropiados al retraso de la Concesionaria en entregar los antecedentes para realizar las expropiaciones. Estima que éste constituyó un proceso lento y desordenado, con presentaciones incompleta y deficientes.

La Sentencia Arbitral en este caso acogió en parte la demanda, estimando que la Concesionaria tiene derecho a que el MOP le indemnice los sobrecostos o perjuicios en la etapa de construcción de la obra, por haber existido un real atraso en la entrega de terrenos expropiados y que eran necesarios.

Esta Sentencia fundamentó que, si bien no existe un compromiso expreso en las BALI sobre la fecha en que el MOP debe entregar los terrenos expropiados, la lógica hace suponer que tal actividad del MOP debe realizarse dentro de un plazo que permita a la Concesionaria realizar la obra de acuerdo con lo programado y con una secuencia constructiva que asegure un costo razonable para su ejecución. A continuación, señala que es posible aplicar la regla del plazo tácito previsto en el artículo 1.494 del Código Civil (el indispensable para cumplir la obligación). La indemnización de perjuicios causados al Concesionario por efecto del atraso del MOP en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales tiene fuente directa en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Ley N° 20.410, 2010, Art. 22), en cuanto reconoce que el atraso imputable al Fisco/MOP en la ejecución de sus obligaciones contractuales genera el derecho de su contraparte privada a ser indemnizada de los perjuicios que acredite haber sufrido y a exigir la ampliación del plazo del contrato por el tiempo que haya durado el entorpecimiento.

En el caso sometido a conocimiento de Comisión Arbitral del contrato “Autopista Red Vial Litoral Central”, y de modo similar al caso anterior, la Sociedad Concesionaria fundamenta su reclamación en los atrasos que habría sufrido el proceso expropiatorio y la entrega de terrenos. Esto, en su opinión, habría afectado el equilibrio económico y financiero del contrato. Similar al caso anterior, la Comisión estima que el MOP está obligado a indemnizar los mayores costos generados para la demandante a consecuencia del atraso en la entrega de los terrenos necesarios para ejecutar la obra pública.

Otra situación sometida a conocimiento de Comisión Arbitral fue el conflicto suscitado a partir del Contrato de Concesión “Autopista Santiago-San Antonio”, cuyo fallo fue publicado el 12 de abril de 2001.

La Concesionaria demandó los pagos realizados por sobre la cantidad señalada en las BALI que debió efectuar por concepto de gastos, desembolsos y expensas originadas con motivo de las expropiaciones realizadas por el MOP. En su defensa, el MOP planteó que el Contrato de Concesión no obliga a la Concesionaria a prestar apoyo al proceso expropiatorio, debiendo considerarse que dicho apoyo no siempre ha beneficiado dicho proceso. Arguyó que no aplica

la Teoría de la Imprevisión por ser materia regida por el Derecho Público, toda vez que los hechos alegados por la Concesionaria eran previsibles.

La Comisión Arbitral acogió parcialmente la demanda, condenando al MOP a indemnizar a la Concesionaria por los pagos realizados por sobre la cantidad señalada en las BALI. Establece que el MOP es quien debe pagar las sumas en exceso que ha debido pagar la Sociedad Concesionaria por concepto de expropiaciones, así como los gastos de los procesos expropiatorios.

Un último fallo que nos parece importante mencionar, debido a su carácter determinante para las modificaciones legales que se harían en el futuro, es el del Grupo I de Cárceles del año 2007. Este caso se refiere a las reclamaciones hechas por la Concesionaria de indemnizar por Mayores Costos, en base a los atrasos en el inicio del contrato de concesión y por alteración en el proceso de aprobación de proyectos. Además, exigió resarcimiento por imposiciones y modificaciones a proyectos impuestas por la contraparte fiscal y por terceras autoridades.

Esta disputa se produjo entre el MOP y la Sociedad Concesionario "BAS S.A."³⁰. En ella, la constructora exigió el pago de 3.2 millones de UF por obras adicionales en tres cárceles concesionadas.

Entre las demandas de la concesionaria, cabe mencionar los conceptos enumerados por la causa que solicita el mayor monto³¹ de todo el grupo, Rol 2129 J:

- a) Modificación general de los edificios de los Establecimientos Penitenciarios (EP) y su distribución interna, sumado a exigencias de mayores obras o mayores estándares de equipamiento respecto de la oferta adjudicada.
- b) Daños experimentados por retardos sufridos en el inicio de la obra y aquellos derivados de las interferencias de su contraparte fiscal.

³⁰ Sentencia Grupo I Cárceles. 25 de mayo de 2007.

³¹ Demandó el pago de indemnizaciones por un total de 2.731.822,84 UF.

- c) Daños financieros adicionales atribuidos a interferencias de la contraparte.
- d) Mayores gastos de administración central del proyecto, los que se vieron incrementados con respecto al presupuesto estimado en la Oferta Económica, por causa de retardos en el inicio de las obras, por detenciones en las mismas y por la necesidad de generar soluciones derivadas de la mayor complejidad de algunos trabajos.
- e) Pago de los mayores costos derivados del retardo en el cumplimiento del hito de la Puesta en Servicio Definitiva (PSD), lo que ha extendido el plazo durante el cual debe soportar los gastos para la preparación de la puesta en servicio de los Establecimientos Penitenciarios (EP).

Este caso fue determinante para las modificaciones legales que vendrían a futuro, toda vez que fue la condena de mayor monto para el Fisco, imputándosele la mayor responsabilidad en los sobrecostos que se generaron. El tribunal estimó que el mayor incumplimiento contractual llevado a cabo por el MOP fue haber modificado la “obra material” pactada sin sujeción a las formalidades legales y de las propias Bases de la Licitación. Lo anterior, sumado al no respeto por lo pactado, la imposición de diseño y ejecución de una obra distinta y más onerosa, resultaron una condena por 2.4 millones de UF al Fisco.

IV. Conclusiones

En suma, y tomando los objetivos específicos propuestos en nuestra memoria como guía, nos esmeramos en ir cumpliéndolos de manera focalizada.

De este modo, en un primer momento, con el objeto de dar contexto al sistema de concesión de obra pública en nuestro país, realizamos una breve introducción histórico político con el fin de orientar al lector respecto a los desafíos y metas que el estado chileno enfrenta. Nos pareció necesario hacerlo, toda vez que se encuentra íntimamente vinculado con temáticas jurídicas tales como la voluntad, formación del consentimiento, causa/objeto, responsabilidad, entre otros. El riesgo es planteado como una interrogante respecto a la distribución de las pérdidas en los contratos bilaterales, convengamos que ante un conflicto de este tipo, los bienes que las partes contratantes en un contrato de concesión buscan proteger son muy distintos.

A continuación, realizamos una descripción sucinta de la normativa referida a los contratos desde la esfera del derecho privado, teniendo en consideración que el origen de las normas que atañen a los contratos de concesión proviene en gran medida de éstas. En esta sección realizamos las comparaciones que nos parecieron necesarias entre los contratos privados y los públicos, con el objeto de ilustrar las distinciones mencionadas en el párrafo anterior.

Durante los primeros años de la puesta en funcionamiento del sistema de licitaciones en nuestro país, comenzó a hacerse evidente la necesidad de introducir metodologías adecuadas que transparentasen los procedimientos de renegociación en beneficio de una mayor protección del interés fiscal. Si bien las causas pueden ser múltiples, lo cierto es que las renegociaciones y los correspondientes convenios complementarios, fueron la norma durante estos años. En palabras de Rivera Urrutia (2008), se instaura en este periodo el incentivo por la “estrategia de dos precios”, el cual se refería al precio de la adjudicación del contrato y luego el pactado mediante renegociaciones.

Uno de los elementos característicos del Contrato de Concesión de Obra Pública, es el de la transferencia del riesgo. Los montos de inversión que implican este tipo de contratos requieren que este mecanismo de transferencia esté lo más definido y delimitado posible en el

pliego de condiciones del contrato. Esto último permitirá una mayor certeza a las partes y puede disminuir el foco de conflictos en su desarrollo.

Es así cómo se ha observado en las Bases de Licitación de los contratos concesionados por el Ministerio de Obras Públicas, que éstas han ido evolucionando desde la perspectiva de determinados riesgos, estableciendo mecanismos de distribución de estos.

Por ejemplo, en materia de expropiaciones, se han establecido en algunas bases de licitación plazos de entrega de terrenos, con el objeto de permitir al Concesionario programar la ejecución de las distintas etapas del contrato. Esto permite planificar con mayor certidumbre el desarrollo de la ingeniería y la construcción; mas de no cumplirse los plazos, derivan en consecuencias para el Ministerio, tales como la extensión de estos y eventuales compensaciones. Al superarse el monto máximo prefijado para las expropiaciones, se distribuye el riesgo, compartiendo las partes el mayor costo.

En el caso de interferencias constructivas, como son las interferencias de servicios públicos (agua potable, telefonía, instalaciones de la red eléctrica, fibra óptica, alcantarillados), cuya modificación es imprescindible o necesaria para la ejecución de las obras, también se ha ido evolucionando hacia una mayor y mejor repartición de riesgos. Para estos casos, se han establecido en las Bases de Licitación mecanismos de distribución de riesgos de costo mayor al estimado en ellas, absorbiéndose éste proporcionalmente por las partes.

El mecanismo de ingreso mínimo garantizado es otro ejemplo de la distribución del riesgo. A través de este mecanismo, se garantiza al Concesionario un determinado ingreso para efectos de mitigar la incertidumbre en la explotación de la Concesión, respecto de la cantidad y frecuencia de usos de servicios prestados. Como contrapartida, en caso de superarse las expectativas predefinidas para la operación, se establece que el excedente se comparta entre las partes.

Esta evolución en el tratamiento del riesgo en el Contrato se ha debido en parte a la experiencia y las controversias que se han producido durante el desarrollo de la Concesión de Obra Pública en nuestro país. Las reformas incorporadas a la Ley de Concesiones mediante la

Ley 20.410 tuvieron por objeto precisamente transparentar el conflicto y sus causas, estableciendo como metodología el seguimiento del funcionamiento de la concesión, informado por una instancia técnica independiente: el Panel Técnico. Así también, se mantuvo como órgano jurisdiccional una Comisión Arbitral para cada uno de los contratos, modificándose eso sí su conformación y modo de selección.

El Panel Técnico de Concesiones ha cumplido un rol fundamental desde su puesta en funcionamiento, toda vez que al tratarse de una instancia técnica no jurisdiccional, ha aportado una nueva etapa a la resolución de los conflictos que se suscitan en este tipo de contratos. Actualmente, ante una discrepancia las partes pueden acudir a este “grupo de expertos” con el objeto de aclarar conceptos, determinar pérdidas de ingresos comerciales, etc.

Este Panel ha servido como un ente de apoyo en la ejecución de contratos de alta cuantía y larga duración, asistiendo a las partes mediante seguimiento y como organismo de consulta. De acuerdo con la Memoria del Panel del año 2017, hasta ese año, de las 22 discrepancias en que fue emitida una recomendación, 12 han sido acogidas como base de los acuerdos alcanzados posteriormente (Panel Técnico Concesiones, 2018).

Este nuevo sistema permitió abrir un nuevo modo de abordar el conflicto, dando mayor preeminencia a la Administración sin limitar de modo excesivo el emprendimiento del privado (BCN, 2010), de modo que la activa participación de éstos permita un continuo desarrollo de la infraestructura del país.

V. Referencias bibliográficas

Alessandri Rodríguez, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Aylwin, A. (2018). Reflexiones sobre la modernización de la Contraloría General de la República. *La Contraloría General De La República Y El Estado De Derecho: 75 Años De Vida Institucional (1927-2002)*, (1), 13-23.

Barra, R. (1976). La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública. *Revista De Derecho Público*, 19 (20). doi: 10.5354/0719-5249.1976.35305

Barra, R. (1986). *Contrato de obra pública, Tomo I*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.

Barrales, C., & Vargas, C. (2012). *Sistema de Concesiones de Obras Públicas, Solución de Conflictos e Introducción de los Dispute Boards o Paneles de Expertos* (Tesis de Licenciatura). Universidad de Chile.

Biblioteca Congreso Nacional. (2010). Historia de la Ley N° 20.410. *Intervención Diputado Hernández*. Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala.

Boeninger, E. (1998). *Democracia en Chile: Lecciones para la gobernabilidad*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.

Boetsch, C. (2008). *De las Obligaciones: Apuntes de Clases* (p. 288). Santiago de Chile: Facultad de Derecho PUC.

Brot, M. (1958). Cooperation and the State. The State and Cooperation. *Annals of Public and Cooperative Economics*, 29(1), 65-75. doi: 10.1111/j.1467-8292.1958.tb00928.x

Cardenas, M. (2015). Panel Técnico y Comisión Arbitral en la Concesiones de Obras Públicas: Cambios Introducidos por la Ley N° 20.410. *Revista De Derecho*, (33), 69-86.

Claro Solar, L. (1988). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 679.

Consejo de Estado Colombiano (2015), Fallo Radicación 1995-00271 (Valle de De la Hoz vs. Empresas Públicas de Medellín ESP).

Consejo de Estado, Expediente 1991-07391 (14.043) Sentencia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, 2004).

Corte de Apelaciones de Santiago (2007). Rechaza Recurso de Queja Interpuesto por CDE, Rol: 3536-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago (2011). Concesionaria Autopista Vespucio Sur, S.A. con MOP, Rol: 1624-2011. Retrieved from: <http://www.cde.cl/web/aplicaciones/BF.nsf/0/9267823930774C6E84257C4600726043?OpenDocument&volver=vwfrmFalJudAreDerDes>

Corte Suprema (2007). Recurso de Queja, Rol: 6004-207.

Corte Suprema. 6 de noviembre de 1972. "Contra Vergara Pérez, Eugenio". RDJ, T. 69, sec. 4ª, p. 181.

Decreto Supremo N° 900. Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N°164 de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas (1996).

Demsetz, H. (1968). Why Regulate Utilities?. *The Journal Of Law And Economics*, 11 (1), 55-65. doi: 10.1086/466643

Diario El País. (2016). La constructora Odebrecht pagó 439 millones de dólares en sobornos fuera de Brasil. Retrieved from http://economia.elpais.com/economia/2016/12/22/actualidad/1482362621_854354.html

Díaz, E., & Pérez, Á. (2015). Criterios interpretativos recientes en la jurisprudencia administrativa sobre el pago de partidas en contratos de obra pública. *Revista Ius Publicum*, 34, 111-123.

Documento Desclasificado CIA. (2018). Retrieved from https://www.cia.gov/library/readingroom/docs/DOC_0000344985.pdf

Economist Intelligence Unit (2014). *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean: The 2014 Infrascopes*. New York.

Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2014). *Economía de las asociaciones público-privadas*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública (2007). *Análisis de la Iniciativa de Financiación Privada (PFI). Concesiones de Obra para construir Hospitales*. Madrid.

Ferrada, J. (2007). Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. *Revista De Derecho*, 20 (2). doi: 10.4067/s0718-09502007000200004

Figuerola, J. (2009). El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile: Incorporación de los 'Dispute Boards' o Paneles Técnicos o de Expertos. *Revista Gaceta Jurídica*, 350, 7-16.

Fueyo, F. (1997). *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones* (9th ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Garzón, B., Calloni, S., & Champenois, G. *Operación Cóndor, 40 años después*. Buenos Aires: Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos (CI-PDH) Categoría II UNESCO.

Giorgi, J. (1909). Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. *Revista General De Legislación Y Jurisprudencia De Madrid, Tomo II*.

Gordillo, A. (1914). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Hayal, J., & Mendoza, D. (2014). *Contrato de Concesiones de Obras Públicas: El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la Obra* (Licenciatura). Universidad de Chile.

Her Majesty Treasury. (2013). *Private Finance Initiative projects: 2013 summary data*. London. Retrieved from: <https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-projects-2013-summary-data>

Her Majesty Treasury. (2015). *Private Finance Initiative and Private Finance 2 projects: 2015 summary data*. London. Retrieved from: <https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-and-private-finance-2-projects-2015-summary-data>

Illanes, C. (2003). La Teoría de la Imprevisión en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. *Revista Del Abogado Del Colegio De Abogados De Chile*, (28), 6-8.

Larroza, A. (1993). Imprevisión Contractual. In *Contratos, Tomo II*. Buenos Aires.

Ley N° 20.410. Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica (2010).

López Santa María, J. (1998). *Los Contratos: Parte General* (2nd ed.). Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

Maiorano, J. (1977). Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público. *Revista de Derecho Público*, 21 (22).

Mazeaud, H., León, A., & Tunc, A. (1963). Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. *Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I* (1).

Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones* (10th ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ministerio de Obras Públicas (1993). Decreto N° 112. Adjudica Construcción Túnel El Melón (1993).

Ministerio de Obras Públicas. (2016). *Concesiones de Obras Públicas en Chile: 20 años*. Santiago de Chile.

Monckeberg, M. (2001). *El saqueo de los grupos económicos al Estado de Chile*. Santiago de Chile.

Moraga, C. (2007). *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica.

National Audit Office (2009). *Performance of PFI Construction*. London.

National Audit Office (2011). *Performance of PFI Construction*. London.

Ortuzar, E. (1973). Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (Tomo I). Santiago de Chile.

Osterling, F. (1967). *Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936. La Indemnización de Daños y Perjuicios* (Tesis Doctoral). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Panel Técnico Concesiones (2015a). *Compensación de Obras Adicionales fundada en Cambios Normativos*. D01-2015-3.

Panel Técnico Concesiones. (2015b). *Memoria Anual 2014*.

Panel Técnico Concesiones. (2017). *Memoria Anual 2016*.

Panel Técnico Concesiones. (2018). *Memoria Anual 2017*.

Pliscoff, C. y Araya, J. (2012). Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena. *Revista Estado, Gobierno y Gestión Pública*, 19.

Ponce de León, S. (2013). El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. *Revista De Derecho Público*, 79, 115-144. doi: 10.5354/0719-5249.2013.30967

Rivera, E. (2008). La regulación económica como complemento de las licitaciones en las concesiones de obras públicas. *Revista de la CEPAL*, 95, p.53.

Rivero Isern, J. (1976). *El contrato administrativo de suministro*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.

Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Revista De La Facultad De Derecho De La Pontificia Universidad Católica Del Perú*, 66, 56-87.

Ruane, S. (2008). La Iniciativa de Financiación Privada (PFI) en el Reino Unido: El impacto sobre los trabajadores sanitarios y la comunidad sanitaria en general. *Salud 2000*, 118, 5-7. Retrieved from <https://www.nodo50.org/fadsp/pdf/revista/118/S2000118%2005-07.pdf>

Rufián L, D. (1999). *Manual de concesiones de obras públicas*. Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica.

Sepúlveda, A. (2011). *Fundamentos del Riesgo del Acreedor en los Contratos Bilaterales en Chile* (Tesis de Licenciatura). Universidad de Chile.

Soto, E. (1978). La Contratación Administrativa. *Revista De Derecho Y Jurisprudencia*, TLXXV, 68.

Wright, R. (2007). Route to Reward. *Financial Times*.

Zusman, S. (1980). La Teoría del Riesgo. *Revista Derecho PUCP*, (34), 77-114.