



Universidad de  
**los Andes**

Facultad de  
**Derecho**

# La concesión de obra pública

---

## Aspectos jurídicos y económicos

JAIME ARANCIBIA  
ALICIA DE LA CRUZ  
GINÉS DE RUS  
EDUARDO ENGEL  
JUAN EDUARDO FIGUEROA  
RONALD FISCHER  
JUAN CARLOS FLORES  
ALEXANDER GALETOVIC  
MARÍA ELISA ILLANES  
EDUARDO JEQUIER  
ALEJANDRO ROMERO  
EDUARDO SAAVEDRA

---

JAIME ARANCIBIA MATTAR  
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL  
EDITORES



2018

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 31







Universidad de  
**los Andes**

Facultad de  
**Derecho**

# La concesión de obra pública

---

Aspectos jurídicos y económicos

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

---

**Jaime Arancibia Mattar**  
**Alejandro Romero Seguel**  
**Editores**

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

CIP- Universidad de los Andes

La concesión de obra pública

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

Jaime Arancibia, Alejandro Romero, editores.

p. (Cuaderno de extensión jurídica N° 31)

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

CDD22

346.013

2018

RCA2

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

Director: Alejandro Romero Seguel

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

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-389-010-5

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° A-299072

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

© 2018 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

## AUTORES

---

### **JAIME ARANCIBIA MATTAR**

*Doctor en Derecho, Universidad de Cambridge*  
*Profesor de Derecho Administrativo*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad de los Andes, Chile*

### **ALICIA DE LA CRUZ MILLAR**

*Doctora en Derecho, Universidad de Chile*  
*Profesora de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado*

### **GINÉS DE RUS**

*Ph.D. Economics, University of Leeds, Reino Unido*  
*Catedrático de Economía Aplicada, Universidad de Las Palmas de*  
*Gran Canaria y profesor de Análisis Coste-Beneficio, Universidad*  
*Carlos III de Madrid*

### **EDUARDO ENGEL**

*Ph.D. en Economía, Massachusetts Institute of Technology (MIT)*  
*Ph.D. en Estadística, Stanford University*  
*Profesor Titular de la Facultad de Economía y Negocios,*  
*Universidad de Chile*

### **JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS**

*LL.M en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje*  
*Internacional, Universidad de Heidelberg*  
*Profesor Master Heidelberg Center para América Latina*  
*Profesor de Postgrado, Facultad de Derecho,*  
*Universidad de los Andes, Chile*

### **RONALD FISCHER**

*M.A. en Economía, University of Pennsylvania*  
*Ph.D. en Economía, University of Pennsylvania*  
*Profesor titular, Departamento de Ingeniería Industrial,*  
*Universidad de Chile*

**JUAN CARLOS FLORES RIVAS**

*Doctor en Derecho, Universidad de los Andes*

*Profesor de Derecho Administrativo*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de los Andes, Chile*

**ALEXANDER GALETOVIC**

*Ph.D, Economics, Princeton University, Estados Unidos*

*Profesor de Economía*

*Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*

*Universidad de los Andes, Chile*

*Visiting Fellow, Hoover Institution, Universidad de Stanford*

**MARÍA ELISA ILLANES SOTTA**

*Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*

**EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ**

*Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España*

*Profesor Titular de Derecho Comercial*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de los Andes, Chile*

**ALEJANDRO ROMERO SEGUEL**

*Doctor en Derecho, Universidad de Navarra*

*Profesor de Derecho Procesal*

*Facultad de Derecho*

*Universidad de los Andes, Chile*

**EDUARDO SAAVEDRA PARRA**

*Ph.D. en Economía, Cornell University*

*Profesor Asociado del Departamento de Economía,*

*Universidad Alberto Hurtado*

*Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile*

## ÍNDICE

---

PRESENTACIÓN	13
EL OBJETO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	
<i>Juan Carlos Flores Rivas</i>	
I. Introducción .....	19
II. La obra pública bajo el Sistema de Concesiones	21
1. Generalidades .....	21
2. Definición de la obra pública: función del Consejo de Concesiones.....	23
III. Indefinición del objeto contractual y deberes de transparencia .....	25
IV. Identificación del objeto concesional y deberes de información .....	29
V. Conclusiones .....	34
NOTAS SOBRE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA EN EL CONTRATO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE	
<i>Juan Eduardo Figueroa Valdés, María Elisa Illanes Sotta</i>	
I. Introducción .....	37
II. El contrato de Concesión de Obras Públicas en Chile: naturaleza y características.....	38
III. La ecuación económica financiera y la distribución de los riesgos en el Contrato de Concesión de Obras Públicas en Chile y en otros ordenamientos en el Derecho Comparado .....	41
1. Descripción de la ecuación económica financiera en los contratos de concesiones de obras públicas .....	41
2. La distribución de los riesgos y el equilibrio económico financiero en los contratos de concesiones de obras públicas en el derecho chileno.....	44
a) Etapa de construcción.....	44
b) Etapa de explotación.....	46



3. La ecuación económica financiera en los contratos de concesiones de obras públicas en el Derecho Comparado .....	46
IV. Quiebre de la ecuación económica financiera en los contratos de concesiones de obras públicas: regulación en el derecho chileno.....	49
1. Hecho del Príncipe .....	50
a) Que el acto no haya podido ser previsto .....	53
b) Que no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales .....	54
c) Que el acto o hecho altere significativamente el régimen económico del contrato .....	54
2. Teoría de la imprevisión.....	55
3. Otras hipótesis establecidas en la ley que podrían significar un quiebre del equilibrio económico financiero y que dan lugar a compensación .....	60
a) Modificaciones al contrato a solicitud del Ministerio de Obras Públicas.....	61
b) Modificaciones acordadas entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario .....	62
c) Término anticipado de la obra por razones de interés público.....	63
4. Compensaciones .....	64
V. Consideraciones finales.....	66
Bibliografía .....	67
Jurisprudencia.....	68
Recomendaciones del panel técnico.....	68

25 AÑOS DE CONCESIONES (Y RENEGOCIACIONES) DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN CHILE

*Eduardo Saavedra P.*

I. Introducción .....	71
II. Evolución de las Concesiones en perspectiva....	74
III. Renegociaciones e ineficiencia económica.....	79
IV. Las renegociaciones de concesiones en Chile....	85
V. Conclusiones .....	93

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN INFRAESTRUCTURAS Y LA REFORMA DEL SISTEMA CONCESIONAL ESPAÑOL DE AUTOPISTAS DE PEAJE

*Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, Ginés de Rus*

I.	Introducción .....	95
II.	El modelo de concesiones en crisis .....	96
III.	Principios generales que deben guiar a una Ley de Concesiones de Infraestructura .....	101
	1. La gobernanza de las concesiones .....	101
	2. La distribución de riesgos.....	102
	3. Renegociaciones .....	103
	4. Métodos de adjudicación .....	104
	5. Garantías de seriedad de la oferta, construcción y mantenimiento .....	106
	6. Mecanismos para resolver controversias .....	107
IV.	Una evaluación de la política española de concesiones .....	107
	1. Planificación y evaluación.....	108
	2. La distribución de riesgos.....	110
	3. El método de licitación.....	112
	4. Control y supervisión .....	114
V.	Conclusión.....	116

EL DERECHO DE SOCIEDADES COMO VEHÍCULO DE REACTIVACIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LA FIGURA CONCESIONAL. LEY N° 21.082, SOBRE “FONDO DE INFRAESTRUCTURA S.A.”

*Eduardo Jequier Lebedé*

I.	Introducción .....	117
II.	Una aclaración previa: empresas del Estado y sociedades del Estado .....	119
III.	Objeto social y atribuciones del Fondo de Infraestructura S.A. Breve referencia al principio de subsidiariedad del Estado en materia económica .....	120
	1. Requisitos de la actividad económico-empresarial del Estado. Breve análisis.....	121
	2. Principio de subsidiariedad y su correlación con el estatuto jurídico del FISA.....	123
IV.	Capital.....	125
V.	Financiamiento y activos del Fondo .....	127
VI.	Régimen de utilidades y dividendos .....	128

VII. Gobierno corporativo.....	132
1. En cuanto al directorio .....	132
2. En cuanto a las juntas de accionistas .....	132
VIII. Régimen de fiscalización.....	133

FONDO DE INFRAESTRUCTURA: LAS DUDAS FRENTE A INCONSISTENCIAS DE DERECHO PÚBLICO

*Alicia De la Cruz Millar*

I. La Ley.....	136
1. Sociedad Anónima estatal .....	136
2. Atribuciones .....	136
3. Patrimonio .....	137
II. Inconsistencias jurídicas y prácticas.....	137
1. Bienes Nacionales.....	137
2. ¿Tarifa o Impuesto? .....	140
III. Elusión del control .....	142

EL ARBITRAJE EN LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

*Alejandro Romero Seguel*

I. El arbitraje en materia de Derecho Público.....	145
II. Su admisión en nuestro medio.....	147
III. El mecanismo de solución de controversias en materia de concesiones.....	149
IV. El sistema con Panel Técnico y Comisión Arbitral	154
V. La Comisión Arbitral.....	158
VI. Breves referencias al procedimiento .....	161
VII. Algunos problemas en la determinación de la competencia .....	163

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ANTE EL CIADI

*Jaime Arancibia Mattar*

I. Introducción .....	165
II. Presupuestos de admisibilidad de la acción.....	166
1. La acción pretende la protección de una concesión de obra pública vinculada directa o indirectamente a un inversionista extranjero	166
2. La acción tiene por objeto un acto imputado a un Estado firmante de la Convención .....	169
3. La acción pretende la protección de una concesión otorgada de conformidad al derecho nacional.....	171

4.	Una sociedad concesionaria con accionistas estatales goza igualmente de legitimación activa	173
5.	La pretensión intentada ante el Ciadi debe ser diferente a la interpuesta ante tribunales locales o a la que ha sido objeto de transacción .....	173
6.	El concesionario no está obligado a agotar las vías internas de reclamación, a menos que sea una condición del Estado.....	175
III.	Presupuestos de procedencia de la acción.....	177
1.	La acción debe interponerse dentro de plazo	177
2.	El Estado debe “desposeer” al concesionario del control o titularidad de la concesión.....	178
3.	La desposesión fue causada por actos soberanos ( <i>acta iure imperii</i> ) y no por meras prerrogativas contractuales ( <i>acta iure gestionis</i> ), salvo mala fe del Estado .....	181
4.	La desposesión fue ajena al interés público, arbitraria, discriminatoria, ilegal o sujeta a un pago insuficiente o inoportuno .....	185
a)	Arbitrariedad.....	185
b)	Discriminación, ilegalidad y mala fe .....	188
5.	Los tribunales locales incurrieron en denegación de justicia al conocer del reclamo del concesionario .....	190
IV.	Reparación íntegra de los daños causados por la desposesión antijurídica de la concesión .....	193
1.	Daño emergente .....	193
2.	Lucro cesante .....	195
V.	Conclusiones .....	196



## PRESENTACIÓN

*Más de cinco lustros han transcurrido desde la implementación del sistema de concesiones de obra pública, desde la primera licitación 1992-2015. Bajo esta modalidad han sido adjudicados varios proyectos que han involucrado una cuantiosa inversión que se aprecia a lo largo y ancho del país en una variedad de obras públicas. La legitimidad de la Ley de Concesiones de Obra Pública proviene de su aprobación por la gran mayoría de los sectores políticos. Con la modificación introducida por la Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010, el ámbito fue ampliado no solo a las concesiones de carretera, sino que también a otras obras públicas, como las aeroportuarias, de embalses, etc., ratificando que la técnica concesional es un instrumento permanente en nuestro sistema para el desarrollo de las políticas públicas del Estado y su asociación con el sector privado.*

*Como suele ocurrir con estas materias de alta complejidad técnica, su corrección y actualización es necesaria. La experiencia adquirida y la crítica constructiva debe llevar a asegurar que su corrección legislativa siga aportando al desarrollo del país, de manera sostenida, resguardando el valor patrimonial de los activos del Estado, el cumplimiento de los estándares de servicio y la confianza que requieren los privados que participan en esta actividad.*

*En este Cuaderno de Extensión Jurídica editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes se reúne un conjunto de estudios pertinentes a la concesión de obra pública, desde una perspectiva jurídica y económica. El contenido de los trabajos aporta distintas visiones que esta relevante institución tiene para el desarrollo de nuestra infraestructura, existiendo coincidencia entre los autores que se trata de una de las instituciones más significativas de las políticas públicas en Chile de las últimas décadas.*

*La inclusión del análisis de destacados economistas era imprescindible. Las fortalezas y debilidades del acto de concesión, junto con su regulación jurídica, también requiere considerar los instrumentos económicos que permiten satisfacer los intereses públicos involucrados en este mecanismo de intervención de inversionistas privados en obras públicas.*

*Como se podrá apreciar en las exposiciones, el funcionamiento del contrato de concesión de obra pública en Chile no ha estado exento de problemas jurídicos y económicos. Muchos de sus cambios legales revelan que su diseño original no cumplió con los objetivos propuestos. Así lo demuestran las modificaciones legales en aspectos tan sensibles como el sistema de adjudicación del contrato, los mecanismos de control y de solución de controversias. Todos estos cambios ponen de manifiesto que el tema está todavía en pleno diseño institucional.*

*El interés común de los juristas y economistas han conformado los capítulos que contiene este libro, donde se abordan las materias que pasamos a reseñar.*

*El profesor Juan Carlos Flores Rivas examina el objeto de contrato de concesión de obra pública. La investigación destaca el valor de la seguridad jurídica y la forma cómo ella se puede lograr mediante la identidad entre el proyecto —obra o servicio sujeto a concurso público— y aquel que finalmente se ejecuta en el contrato de concesión. El autor explica una serie de aspectos prácticos que se deben considerar en este acto para dar certeza jurídica a las partes, atendido que, como lo concluye el autor, el prestigio del sistema de concesiones radica en que existan reglas claras y que la Administración se haga responsable, al menos, de identificar con certeza la obra pública que entrega en concesión, y de las consecuencias que entrañan los errores e indefiniciones de los antecedentes técnicos que suministra.*

*El profesor Juan Eduardo Figueroa Valdes y María Elisa Illanes Sotta abordan la ecuación económica financiera como principio aplicable a las concesiones de obras públicas, asumiendo que se trata de un contrato bilateral y conmutativo, en virtud de ello, el equilibrio inicialmente consentido por las partes debe tender a mantenerse a lo largo de toda la vida contractual. Su análisis está centrado principalmente en la legislación nacional acerca de la materia, incluyendo los recientes pronunciamientos del Panel Técnico de Concesiones y la jurisprudencia de las comisiones arbitrales de las diversas obras públicas concesionadas en Chile. La tesis central de este trabajo postula que la normativa vigente consagra el derecho a compensación del concesionario en determinados casos, cuando procediendo los demás requisitos establecidos en la ley se altere el régimen económico financiero pactado y consentido originalmente por las partes del contrato. Sostiene, por último, que en caso de discrepancia, el Panel Técnico o el Tribunal competente deberán dilucidar, caso a caso, si se ha*

*producido una afectación al régimen económico financiero originalmente pactado por las partes cuando la obligación se haya tornado excesivamente onerosa.*

*El economista y juez de la libre competencia Eduardo Saavedra Parra, reconociendo que el contrato de concesión de obra pública ha sido de enorme relevancia para el desarrollo del país en materia de nueva infraestructura de uso público, tiene “una piedra en el zapato que le impide mostrarse como modelo a seguir y pone en cuestionamiento todas las bondades prometidas: sus continuas, abultadas y oscuras renegociaciones”. Este trabajo analiza, tanto conceptual como empíricamente, los problemas de competitividad de las concesiones generadas por las denominadas renegociaciones, que según el autor no han actuado como excepciones sino como la norma general. El autor formula varias interrogantes a esta realidad práctica de los contratos de concesión en Chile, proponiendo explicaciones para una realidad empírica cuyos números le parecen abultados y revelan que las renegociaciones son endémicas y señalan una práctica asentada que será de muy difícil erradicación. Junto con su contenido crítico, el autor plantea posibles soluciones y mecanismos de compromiso que podría implementar la autoridad para reducir las renegociaciones.*

*Los economistas Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic y Ginés de Rus presentan un trabajo que es una versión abreviada de la monografía “Colaboración Público-Privada en infraestructuras: reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje”, Fedea Policy Papers 2015/11. Su análisis es económico y de incentivos, sin perjuicio de referencias a las legislaciones materia de estudio. Aunque el análisis empírico se centra en los datos españoles, el trabajo constituye un aporte para el estudio del contrato de concesión, al fijar pautas universales respecto del deber ser en esta materia. A juicio de los autores, “una ley de Concesiones de Infraestructura bien diseñada recoge al menos los siguientes aspectos: gobernanza apropiada, adecuada distribución de riesgos entre las partes, mecanismos para enfrentar las renegociaciones, métodos de adjudicación eficientes, transparentes y que aseguren la competencia en el proceso de licitación, mecanismos para resolver controversias y asegurar la calidad del servicio”. También se adopta como postulado por los autores “que el objetivo de las concesiones no es conseguir una nueva fuente de financiación cuando el Estado no dispone de recursos”; cuando esto se olvida, los países entran en problemas, pues las obligaciones generadas finalmente recaen*



*en el Estado. El objetivo de las concesiones es proveer calidad de servicio apropiada y reducir el coste de ciclo de vida del proyecto mediante el “empaquetado” en una sola empresa de la financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto, llevándolo por debajo del coste que sería alcanzable cuando estas tareas son realizadas por el Estado”.*

*El profesor Eduardo Jequier Lebuédé examina el desarrollo institucional en materia de concesiones. Su trabajo expone los principales aspectos de la nueva incursión empresarial del Estado mediante el cauce societario de derecho privado aprobado el 24 de marzo de 2018 en la Ley N° 21.082, que autorizó la constitución de la sociedad anónima del Estado denominada “Fondo de Infraestructura S.A.” El estudio revela los distintos hitos de este cambio legal y las razones que llevaron a crear esta nueva entidad, sometida al estatuto jurídico aplicable a las sociedades anónimas abiertas y a la fiscalización de la Contraloría General de la República.*

*La profesora Alicia De la Cruz Millar presenta un trabajo titulado como “Fondo de Infraestructura: las dudas frente a inconsistencias de derecho público”. El objetivo del trabajo es el surgimiento de una figura jurídica incorporada en la Ley N° 21.082, de 24 de marzo de 2018. Según expone la autora, el fondo de infraestructura se crea como una sociedad anónima estatal que, de acuerdo con el mensaje y al articulado del proyecto, tendrá como objeto la construcción, ampliación, reparación, conservación, explotación, desarrollo, financiamiento o inversión referidas a proyectos de infraestructura, incluidos servicios anexos a estos. El estudio aporta antecedentes acerca de la incorporación de nuevos instrumentos jurídicos al sistema de concesiones.*

*El profesor Alejandro Romero Seguel explica el rol que tiene el arbitraje en el derecho público, y dentro de ella, en la concesión de obra pública. Su estudio examina los cambios legales en modelos de resolución de conflictos existentes en nuestro medio. Uno con Comisión Conciliadora y Comisión Arbitral. El otro, con un Panel de Expertos y una Comisión Arbitral. El estudio permite advertir los cambios en los modelos de solución de controversias cuya aplicación depende de la fecha de la concesión y de la opción que hayan realizado para las concesiones anteriores, conforme con el art. Primero Transitorio de la Ley 20.410 de 20 de enero de 2010.*

*Por último, el profesor Jaime Arancibia Mattar presenta un trabajo concerniente a “La Concesión de Obra Pública ante el Ciadi”. Su investigación tiene por objeto identificar las principales líneas jurisprudenciales de los tribunales ar-*

*bitrales del Ciadi en materia de concesiones de obra pública. El trabajo indica las tendencias jurisprudenciales en materia de concesión de obra pública, con especial dedicación a los criterios de admisibilidad de las acciones interpuestas ante esa instancia de solución de conflictos, en la que se puede conceder amparo a una concesión de obra pública vinculada directa o indirectamente a un inversionista extranjero, cuando corresponde hacer efectiva la responsabilidad internacional de un Estado.*

*En suma, los estudios contenidos en este Cuaderno de Extensión constituyen uno de los análisis más actualizados del contrato de concesión de obra pública, que debería ayudar a comprender varios aspectos jurídicos y económicos de una institución con gran impacto en el desarrollo del país. Debo agradecer a los profesores Jaime Arancibia Mattar y Alejandro Romero Seguel la iniciativa en promover este estudio en que asumen el rol de editores y de autores. El trabajo colectivo que aquí se presenta estamos seguro será una contribución al estudio del Derecho en Chile y al examen crítico constructivo de las concesiones.*

*José Ignacio Martínez Estay  
Decano*

*Santiago, 8 de noviembre de 2018*



## EL OBJETO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

JUAN CARLOS FLORES RIVAS\*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objetivo abordar un tema de alta complejidad litigiosa, esto es, la definición de la obra pública que constituye el objeto de la concesión y su alteración posterior por parte de la Administración por vías distintas de la modificación contractual. Lo anterior encuentra su origen en la frecuencia con que los documentos que le sirven de sustento a las licitaciones en concesiones de obra pública, suelen ser catalogados como *indicativos* o *referenciales*, sirviendo como una especie de exclusión anticipada de responsabilidad del Estado en la elaboración del proyecto concesionado.

Para comenzar, debemos señalar que de conformidad con los artículos 87 y 88 del DFL N° 850 del Ministerio de Obras Públicas, el Estado, por intermedio del Ministerio de Obras Públicas puede proveer infraestructura pública en forma directa o mediante el contrato de concesión de obra pública, remitiendo su regulación al DS N° 900, de 1996, denominada como Ley de Concesiones de Obra Pública. Mediante la Ley de Concesiones, el Estado puede construir, reparar, mantener y explotar una obra pública fiscal mediante la intervención de un privado (concesionario) cuyo precio es pagado por los usuarios del servicio, mediante peajes, o excepcionalmente por el Estado en los casos de ausencia de usuarios por medio de subsidios.

---

\* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11180639, "Recepción del principio de equilibrio económico y financiero en los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de construcción de obra pública y de concesión de obra pública", del que el autor es investigador principal.

Si bien de la lectura del DS N° 900 queda claro qué materias son objeto de concesión y el régimen jurídico aplicable a cada caso, resulta extremadamente difícil definir –en forma anticipada– el objeto del contrato de concesión, no necesariamente porque ello sea imposible de efectuar, sino porque durante el proceso de licitación el Estado incluye cláusulas de exclusión de responsabilidad.

Ejemplo evidente de esto es que los documentos que proporciona la propia Administración para describir la obra pública que se pretende entregar en concesión, y que luego debe construirse, mantenerse y explotarse, se les denomina como *Antecedentes Referenciales*, agregando que se trata de meras indicaciones o referencias, a lo que se adiciona la obligación que se impone a los proponentes de suscribir una declaración jurada que no solo persigue que validen todos los documentos de la licitación, sino que eximan al Fisco de toda responsabilidad por los errores, omisiones, contradicciones o ambigüedades que estos contengan, todo ello contribuye a configurar un escenario de incerteza acerca de la obra material inmueble de carácter pública sometida a licitación, y que le permite a la Administración a la postre introducir cambios –ajustes técnicos o precisiones– sin las formalidades dispuestas por los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones de Obra Pública.

Si consideramos que la perfecta definición de la obra o servicio que contrata el Estado es una exigencia esencial de todo contrato administrativo, y que el otorgamiento de una concesión de obra pública viene precedido de formalidades precisas de orden público, resulta llamativo que la Contraloría General de la República apruebe Bases de Licitación que contienen esa clase de estipulaciones, toda vez que estas son materias de relevancia jurídica y no meras cuestiones técnicas.

Al usarse esta clase de expresiones parece querer indicarse que la obra pública a construir no queda definida al tiempo de publicarse en el Diario Oficial el Decreto Supremo de Adjudicación, sino que posteriormente, al aprobarse la ingeniería definitiva, lo que, aparte de constituir un error jurídico, da pie para que un funcionario público –el Inspector Fiscal– formule exigencias que constituyen verdaderas modificaciones contractuales encubiertas, alterándose las estrictas reglas de Derecho Público previstas para modificar esta clase de contratos y ocasiona conflictos innecesarios desde el inicio del contrato de concesión.

La autoridad concedente tiene el deber esencial de describir con certeza la obra pública que desea adjudicar bajo el sistema de concesiones, y ello presupone que entregue antecedentes técnicos correctos y completos que permitan a los proponentes formular ofertas informadas, y que se haga responsable de los errores u omisiones que estos contengan, ya que es bien sabido que las declaraciones de conformidad que se imponen a los proponentes respecto de estos antecedentes y de las condiciones del suelo son, habitualmente, imposibles de verificar dentro del proceso de licitación.

## II. LA OBRA PÚBLICA BAJO EL SISTEMA DE CONCESIONES

### 1. GENERALIDADES

Jurídicamente, la concesión es un contrato administrativo que contiene una declaración de voluntad, que amplía el espectro patrimonial de los particulares creando originariamente derechos que antes no tenían, ya que se encontraban monopolizados en la Administración Pública por mandato constitucional o legislativo.

De esta forma, los concesionarios adquieren, “Ex novo o por primera vez, un derecho que antes no tenía ni formaba parte de su patrimonio, (-) pues, la concesión crea a favor de un particular una capacidad o derecho nuevo o transfiere al particular un derecho que es propio de la administración y del que el particular carecía totalmente, (...) las segundas son las concesiones de servicios públicos, las obras públicas y las de bienes públicos, en las cuales, desde el punto de vista del concesionario, es evidente la obtención de un derecho o de un poder”<sup>1</sup>.

Es menester señalar que la concesión parte de un principio distinto que los señalados en el derecho privado, es decir, para que exista concesión es condición *sine qua non* que exista una publicación o *publicatio*, ya sea de una actividad o de un bien, esto es, que dicha actividad o bien esté entregado, por la Constitución o por el legislador, de manera exclusiva a la gestión o administración de los Órganos del Estado. Y es la Administración, quien en vista de un mejor servicio o una mejor gestión de una actividad o bien, convoca o invita a participar a un particular como colaborador de la Administración en dichas labores con mira a satisfacer necesidades de bien común<sup>2</sup>.

Normativamente, el DFL N° 850 de 25 de febrero de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964 y del DFL N° 206 de 1960, establece como una actividad de monopolio estatal el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales, correspondiéndole al Ministerio de Obras Públicas dictar las normas técnicas y administrativas generales que rijan los trabajos de obras públicas, otorgar las concesiones de uso o goce de los bienes nacionales de uso público o fiscales cuya administración corresponda a dicha secretaría de Estado<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> CEA EGAÑA José Luis, “Variación del Estatuto del Dominio sobre Concesiones de Radiodifusión Televisiva”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, N° 3 (1991), p. 485.

<sup>2</sup> VARGAS FRITZ, José Fernando, *La Concesión de Obras Públicas*. Ed. La Ley, Santiago, 1997, p. 24.

<sup>3</sup> En cuanto a la titularidad de los bienes públicos por parte de la Administración del Estado, Montt señala que, es una condición *sine qua non* para poder hablar de dominio público, en consecuencia, los privados no pueden ser titulares de bienes públicos, cuestión que sí es aceptada en otros ordenamientos. En efecto, señala Montt que, “(...) olvidan la esencia propia del dominio público en tanto institución original, que exige como requisito *sine qua*

de conformidad con el Decreto con Fuerza de Ley respectivo que dicte el Presidente de la República (Arts. 1º, 5º, letras c) e i).

El sustento normativo directo de la concesión de obra pública se encuentra en el Título VII, del DFL N° 850, bajo el epígrafe, *De la ejecución de las obras*, específicamente en el artículo 87, el que regula la ejecución o construcción de las obras públicas fiscales, la reparación o mantención de las mismas, así como la respectiva explotación, mediante un contrato adjudicado en licitación a cambio de la concesión temporal de la obra para su explotación. A su vez, el artículo 88 del mismo cuerpo legal consigna que la ejecución, reparación o conservación de las obras públicas fiscales desarrolladas por medio del sistema de concesiones, sea que se trate de la explotación de las obras o servicios propiamente tales, sea respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios que se convengan, se regirán por el DS N° 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, su reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular que se elaboren al efecto.

Con la modificación introducida al DS N° 900, por la Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010, el ámbito de aplicación de la Ley de Concesiones de Obra Pública fue ampliado no solo a las concesiones de carretera, sino que también a obras públicas carcelarias, aeroportuarias, de embalses, etc. Sin embargo, no obstante la ampliación de las obras concesionadas, ello no implica una alteración del objeto de la concesión de obra pública, porque en todos los casos se trata de un bien fiscal que se debe construir, reparar o mantener por un privado a cambio de una tarifa, peaje o subsidio.

En suma, el Estado mediante la técnica concesional invita, convida, motiva a los particulares, dentro del marco de un Estado subsidiario, a asumir las obras públicas requeridas para el crecimiento económico del país, estimulando sus mutuas potencialidades<sup>4</sup>, con el objeto de satisfacer necesidades de bien común<sup>5</sup>, produciéndose una asociación equilibrada entre el Estado y el sector privado<sup>6</sup> mediante la figura de la concesión administrativa.

---

*non y no como un accidente positivo, que la titularidad corresponda a una Administración Pública.* MONTT OYARZÚN, Santiago, *El Dominio Público*, LexisNexis, Santiago, 2002, p. 138.

<sup>4</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Concesión de Obras Públicas. Bases del Modelo Chileno", en *Ius Publicum*, N° 15 (2005), pp. 150-151.

<sup>5</sup> VIÑUELA HOJAS, Mauricio, "El Contrato de Concesión de Obra Pública. Una Ratificación Legislativa de la Vigencia en Chile de las Categorías Conceptuales del Contrato Administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos; RIVERO YSERN, Enrique (dirección), *La Contratación Pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. I, pp. 390-391. En el mismo sentido, Vargas Fritz señala que, (...) *no debe perderse de vista el hecho que el particular concesionario está desarrollando una actividad de interés público, con lo que aun cuando esta tenga un contenido patrimonial no se le puede equiparar absolutamente, por ello, a un negocio de carácter privado, a una mera empresa industrial, aun cuando sea el ánimo de lucro y la perspectiva de una ganancia la causa de su actuación.* VARGAS FRITZ, José Fernando, *La Concesión de Obras Públicas*, Editorial La Ley, Santiago, 1997, p. 24.

<sup>6</sup> GARCÍA MORALES, Pedro, "Marco Legal de las Concesiones de Infraestructura de Uso Público", en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998) 1, p. 114.

## 2. DEFINICIÓN DE LA OBRA PÚBLICA: FUNCIÓN DEL CONSEJO DE CONCESIONES

Conceptualmente, la obra pública se encuentra definida, en términos generales, como cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por él mismo o por terceros mediante un contrato administrativo (artículo 3, N° 14 del DS N° 75, de 1° de diciembre de 2004, del Ministerio de Obras Públicas). En efecto, la obra pública se puede concesionar de conformidad con el artículo 1° del DS N° 900, de 18 de diciembre de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que dispone que el ámbito específico de la concesión de obra pública es la ejecución, reparación y mantenimiento de una obra pública fiscal.

Como se aprecia, la norma hace referencia a un bien inmueble fiscal –de propiedad del fisco– que por medio de un contrato administrativo específico se entrega a un particular de manera exclusiva y excluyente para ser ejecutado, reparado y conservado por un particular, a cambio de una tarifa, peaje o subsidio, asumiendo una posición jurídica de servicio ante los usuarios como si fuese el Estado.

Claramente, la ejecución, reparación y mantenimiento de una obra pública fiscal de manera directa, o mediante el sistema de concesiones de obra pública, es una decisión facultativa del Ministerio de Obras Públicas, que de conformidad con el artículo 1° de su Ley Orgánica (DFL MOP N° 850, de 25 de febrero de 1998) le entrega a esa secretaría de Estado el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales. Pudiendo dicha facultad ser calificada como discrecional para el MOP.

Ahora bien, si el MOP renuncia a la posibilidad de ejecución directa de una obra pública, y opta por someter la ejecución, reparación, conservación o explotación de la obra pública al régimen de concesión de obra pública, desde el 2010 con la dictación de la Ley N° 20.410 su decisión se encuentra sujeta a un control previo de oportunidad, mérito o conveniencia del Consejo de Concesiones, que es un órgano de carácter técnico y consultivo integrado por profesionales expertos en materias económicas, jurídicas y arquitectónicas, entre los que se encuentra el propio ministro de Obras Públicas.

Normativamente, el Consejo de Concesiones tendrá como función general “(...) informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de esta ley, de los proyectos y de las modalidades de régimen concesional, teniendo en cuenta, entre otros antecedentes, y en caso de que ellos existan, los planes regionales de desarrollo urbano y los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y la evaluación social aprobada por el organismo de planificación competente”.

De conformidad con el artículo 1 bis del DS MOP N° 900, de 1996, el MOP se encuentra obligado a exigir el pronunciamiento previo del Consejo de Concesiones para: (i) Analizar los proyectos de iniciativa



pública que se considerará ejecutar mediante el sistema de concesión regulado en esta ley (letra C); (ii) Analizar las modalidades del régimen concesional de los proyectos que se someterán a licitación pública, debiendo considerar la evaluación social aprobada por el organismo de planificación competente (letra f); (iii) Modificar las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, mediante la suscripción de un convenio complementario al contrato de concesión, cuando, separada o conjuntamente, dichas modificaciones superen el 10% del presupuesto oficial de la obra, ya sea durante la etapa de construcción o de explotación (letra g).

De lo anterior, se desprende que el Consejo de Concesiones tiene como función principal determinar con la mayor precisión posible la obra pública sujeta a concesión por el Ministerio de Obras Públicas, así como aquellas encomendadas por otros órganos públicos que se ejecutarán mediante el sistema de concesiones. También, le corresponde al Consejo pronunciarse acerca de las modificaciones de las características de las obras y servicios con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos.

En suma, es el Consejo de Concesiones el órgano técnico, experto y colegiado encargado de definir y precisar el objeto de las concesiones de obra pública, sus características especiales e incluso la modalidad de licitación. De este modo, la necesidad pública que se concreta mediante una obra pública queda fijada institucionalmente, mediante el Consejo de Concesiones, de forma anticipada, en todos sus elementos esenciales, siendo obligatoria tanto para el Ministerio de Obras Públicas como para los licitantes.

En efecto, la obligación de definir los proyectos desde sus inicios es una obligación relevante para la seguridad jurídica, debiendo existir una completa identidad entre el proyecto –obra o servicio sujeto a concurso público– y aquel que finalmente se ejecuta en el contrato de concesión en forma definitiva, esto es, debe existir una completa identificación del objeto contractual en las bases de licitación y la ejecución del contrato, quedando excluidos cambios o alteraciones del objeto contractual desformalizadas, sin respetar el procedimiento de modificación contractual, y por esta razón, el derecho a la debida compensación.

Lo anterior ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que no ha tomado razón de actos administrativos adjudicatarios en los que, en palabras del ente contralor, (...) *la obra pública no se encontraba completamente afinada*<sup>7</sup>, rechazando su control de legalidad mientras la Administración no defina con precisión y exactitud el objeto contractual.

---

<sup>7</sup> D. 7928/2018; D. 7968/2018.

Solo excepcionalmente, el Ministerio de Obras Públicas podría modificar el contrato de concesión mediante el ejercicio del *ius variandi*, sujeto a las condiciones de los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones, esto es, la obligación de indemnizar o compensar al concesionario ante la alteración significativa del régimen económico y financiero del contrato. En ningún caso las modificaciones contractuales deben llevar a la instancia de alterar los aspectos esenciales del contrato, desnaturalizando su objeto y condiciones esenciales, exigiendo la construcción y explotación de una obra pública fiscal distinta a la licitada.

Y siempre ante modificaciones contractuales, la potestad *variandi* tiene como límites el interés general y la ecuación económica financiera del contrato, pues se entiende que la potestad *variandi* representa el contrapunto del principio de mantenimiento del equivalente económico. De este modo, si el interés público reclama la ejecución de una obra o la continuidad de un servicio, de tal forma que para garantizar esa finalidad es necesario modificar el objeto, la Administración cuenta con la habilitación necesaria para ello. Sin embargo, una elemental regla de equidad impone compensar al contratista por esas alteraciones unilaterales<sup>8</sup>.

En suma, el ejercicio del *ius variandi* exige una cuidadosa y fundada apreciación de los antecedentes de hecho o de derecho que lo hacen necesario o conveniente, ya que se alteran las condiciones iniciales bajo las que se ofertó y adjudicó el contrato en cuestión, afectando los presupuestos del servicio público recargándolo de costos que no fueron previstos al momento de perfeccionarse el contrato<sup>9</sup>. Esta modificación unilateral del contrato hace nacer –en palabras de la Contraloría General de la República– derechos indemnizatorios o compensatorios en favor del contratante privado para restablecer cualquier equilibrio económico perdido con motivo del cambio de condiciones básicas de la contratación<sup>10</sup>.

### III. INDEFINICIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL Y DEBERES DE TRANSPARENCIA

Como hemos señalado, la definición de la obra pública se encuentra contenida en las bases de licitación, validada por el Consejo de Concesiones de Obra Pública. Las bases de licitación contienen la determinación precisa de los derechos y obligaciones del contrato administrativo, el objeto y su precio. Adicionalmente, articulan todo el *iter* para la formación de la voluntad contractual. La doctrina entiende que las bases de licitación son aquel cuerpo normativo que disciplina el proceso de selección del

<sup>8</sup> ARIÑO, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 735.

<sup>9</sup> MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 227.

<sup>10</sup> D.12.334/2002.

contratante<sup>11</sup>, esto es, un conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el ente administrativo licitante que exige precisión en el o los objetos de las obligaciones que emanan del contrato: el suministro, obra o servicio que se licita, que requiere estar debida y circunstanciadamente descrito en sus aspectos esenciales<sup>12</sup>.

En otro lugar hemos señalado que<sup>13</sup> uno de los principios que inspiran las bases de licitación es la identidad que debe existir entre el proyecto, obra o servicio sujeto a concurso público y aquel que finalmente se ejecuta en el contrato definitivo, esto es, debe existir una completa identificación del objeto contractual en las bases de licitación y la ejecución del contrato. Señala Moraga Klenner, que las bases deben “establecer claramente las condiciones de la negociación, siendo esencial a estos efectos su objeto, el que debe aparecer claramente delimitado bajo conminación de nulidad, ya que no puede haber obligación sin un objeto real y lícito (artículo 1453 del Código Civil)”<sup>14</sup>.

Este principio es profundizado por la doctrina comparada que exige que el pliego de condiciones se sirva de un lenguaje claro, preciso y carente de ambigüedades que le impidan a la Administración y a los particulares una correcta determinación definitiva del objeto contractual. Afirma Dromi que la clara y precisa identificación del objeto es requisito fundamental del pliego de condiciones, porque solo así las ofertas responderán a lo que la Administración efectivamente pretende. Sin este requisito los interesados no sabrán exactamente qué proponer, o sus propuestas no podrán ser cotejables con el mínimo de objetividad para garantizar un tratamiento igualitario a los concurrentes<sup>15</sup>.

A su vez, el profesor argentino Agustín Gordillo asocia el cumplimiento de la identidad del objeto contractual al principio de transparencia y publicidad, que exige claridad respecto de las condiciones de la licitación pública. En efecto, el principio de transparencia y publicidad exige mostrar ante las instituciones públicas y privadas las condiciones primarias del futuro contrato administrativo. Ello, por cuanto la imprecisión u oscuridad

<sup>11</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Licitación pública: concepto, principios y tramitación”, en *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, N° 13 (2006), p. 298.

<sup>12</sup> MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 163. Normativamente, el artículo 7 del DS N° 900, del 1996 del MOP en materia de concesiones exige que las bases de licitación consagren las características propias de la obra, el plazo de concesión, la estructura tarifaria, la distribución de los riesgos, entre otras materias. Igualmente, en las bases se deberá establecer si la inversión y la construcción se realiza en una o varias etapas durante el período de vigencia del contrato de concesión, y consignar los niveles de cumplimiento del servicio concesionado.

<sup>13</sup> FLORES RIVAS, Juan Carlos, “Las bases de licitación como medio de prueba en la litigación administrativa contractual”, en Arancibia Mattar, Jaime y Romero Seguel, Alejandro (Coord.), *La prueba en la litigación pública*, Librotecnia, Santiago, 2016, p. 555.

<sup>14</sup> MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 164.

<sup>15</sup> DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, 4ª edic., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2010, p. 248.

del objeto hace también defectuoso al acto. Por tanto, el acto será inválido si resulta incierto, ambiguo o indeterminable en cuanto a qué especie de acto es, o en cuanto a la oportunidad de la producción de sus efectos.

Debe tratarse de una imprecisión u oscuridad importante y que afecte una parte principal del acto. Si lo impreciso es tan solo un aspecto secundario del acto, entonces este no será obligatorio en ese aspecto, pero por lo demás resultará válido. En consecuencia, si relejendo el acto, relacionándolo con sus fundamentos o sus antecedentes, y realizando en suma un razonable esfuerzo de interpretación, es posible encontrar el sentido del mismo a pesar de la redacción defectuosa de que pudiera adolecer, entendemos que el acto es igualmente válido. En efecto, solo cuando ningún esfuerzo de interpretación razonable permita superar la oscuridad o imprecisión del acto, podrá considerarse que el mismo es inválido. No podrá decirse que el acto tenga, a pesar de su oscuridad, presunción de legitimidad y, consecuentemente, exista la obligación de cumplirlo, pues no se puede cumplir lo que no se conoce o entiende<sup>16</sup>.

Estas exigencias de transparencia y publicidad relacionadas con la contratación administrativa no han sido objeto de una regulación específica en nuestra legislación, salvo por la relación normativa que se suele efectuar entre el artículo 8 de la Constitución, los artículos 13 y 14 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el artículo 16 de la Ley N° 19.880, de 2003, y la Ley N° 20.285, de 2008. Sin embargo, no existe un precepto específico que obligue a los órganos del Estado a mantener exigentes deberes de transparencia y publicidad en relación con la contratación administrativa y con la definición del objeto del contrato de concesión de obra pública.

A nivel comparado, la ley española N° 19/2013, de 9 de diciembre de 2013, acerca de la Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, consagró expresamente la obligación de transparencia y publicidad en las bases de licitación y los demás elementos del contrato. Señala el artículo 8:

“Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística.

1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación: a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos”.

<sup>16</sup> GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. La Defensa del Usuario y del Administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, t. 2, pp. XII-25-27.

En el mismo sentido, en varios preceptos de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se consagra la obligación que en los contratos públicos el objeto debe ser un elemento determinado. Señala expresamente el artículo 99 de dicha ley que el objeto debe ser definido en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer. En este sentido, la autoridad administrativa, al momento de licitar la concesión de una obra pública, le es exigible realizar un estudio previo de factibilidad, el que dé cuenta de la finalidad y justificación de las obras, así como definición de sus características esenciales (artículo 247).

Por su parte, el artículo 250 de la misma ley precisa que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de obra pública debe hacer referencia precisa a la definición del objeto del contrato con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate. Y precisa aún más el artículo 25 que las obras se deben realizar conforme con el proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

A nivel legislativo nacional las exigencias de precisión del objeto contractual han sido acogidas por los artículos 22 y 23 de la Ley N° 19.886, que obligan a que las bases deben estar escritas en un lenguaje preciso y directo. En este sentido, se señala que los términos de referencia de las bases de licitación:

“(…) importan la exteriorización por parte de la entidad licitante de las características de los bienes y servicios que se pretenden adquirir y, como tales, deben ser lo suficientemente precisas como para orientar a los interesados en participar en la licitación para la elaboración de sus correspondientes propuestas”<sup>17</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema, efectuando un análisis jerárquico de los cuerpos normativos aplicables a los contratos administrativos, determina que ante vacíos en las bases de licitación debe prevalecer necesariamente la intención de las partes. Por ejemplo, respecto del plazo de entrega de unos uniformes para Carabineros de Chile, la Corte Suprema determinó que:

*“(…) el plazo de entrega estaba supeditado a la emisión previa por parte del actor de las respectivas órdenes de compra y del control de calidad, única interpretación posible toda vez que solo con la emisión de la orden de compra el proveedor podrá tener certeza acerca de las características específicas del vestuario a confeccionar; puesto que ni en las Bases Administrativas ni en el contrato de suministro tales*

---

<sup>17</sup> LARA ARROYO, José Luis, “La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: el caso de las licitaciones en materia de contratos de suministro y prestación de servicios bajo la Ley N° 19.886”, en *Ius Publicum* N° 27 (2011), p. 60.

*características han sido detalladas, estableciéndose expresamente que ello será materia específica de la orden de compra*<sup>18</sup>.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema sentenció que las cláusulas ambiguas se interpretan en contra de la Administración. De esta forma, las imprecisiones de las bases de licitación que afecten el contenido del potencial contrato o que generen situaciones de incertidumbre jurídica, deben interpretarse en contra de sus redactores. En el fallo “Seguridad Integral TMI S.A. con Hospital Doctor Félix Bulnes Cerda”, la Corte Suprema determinó el alcance de las bases de licitación y señaló que:

*“(…) siendo uno de los principios fundamentales de la licitación pública la sujeción estricta a las bases administrativas que la regulan, se torna indispensable que sus estipulaciones sean precisas y unívocas, evitando que los oferentes puedan entenderlas de manera diversa, o que se haga primar un criterio tan estrictamente formalista para excluir una oferta que lo haga carecer de racionalidad, (-) 12° Que constituyendo las bases administrativas el estatuto jurídico a que quedan sometidos tanto los oferentes como la Administración y que confieren garantías a las personas que van a contratar con ella, para que efectivamente se restrinja la discrecionalidad del agente administrativo se torna indispensable que sus cláusulas sean claras y no ambiguas, pues solo así los administrados podrán ajustarse a tales estipulaciones (...)”*<sup>19</sup>.

Como se puede apreciar, la claridad y precisión en las bases de licitación no solo tiene por objetivo moldear con una mayor especificidad el objeto contractual, con el fin que el contrato administrativo que se celebre *a posteriori* se desarrolle bajo una absoluta armonía de las cláusulas contractuales tanto por el contratista como por la Administración Pública, sino que también la precisión en las bases de licitación de las obligaciones esenciales –objeto y precio– del futuro contrato busca que los oferentes estipulen adecuadamente su voluntad al pliego de condiciones fijado por la Administración, evitando la discrecionalidad administrativa.

#### IV. IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO CONCESIONAL Y DEBERES DE INFORMACIÓN

Hemos señalado que la integridad del contrato administrativo es fijada unilateralmente por la Administración del Estado, por tanto, el objeto del contrato –servicio u obra y precio– se elabora sin mayores inferencias de los licitantes durante toda la etapa preecontractual. En razón de ello, los derechos y obligaciones contractuales quedan determinados al inicio de la relación contractual, y cualquier modificación, alteración que sufra el contrato por el ejercicio de potestades exorbitantes debe observar el

<sup>18</sup> Corte Suprema, 6 de mayo de 2013, Rol N° 5940-2012.

<sup>19</sup> Corte Suprema, 15 de septiembre de 2015, Rol N° 7460-2015.

contenido y criterios fijados en las bases de licitación, debiendo seguir los canales formales de revisión del contrato público. En efecto, las bases de licitación son un elemento importante para la interpretación y determinación del contenido del contrato administrativo, y al momento de producirse una alteración del contrato, el intérprete debe tener en consideración todos los documentos que forman parte del pliego contractual y que son obligatorios tanto para la Administración como para los contratantes.

En este sentido, las declaraciones impuestas por la Administración del Estado acerca del carácter referencial o indicativo de los documentos precontractuales, no resultarían oponibles para los contratistas, por cuanto basados en estos mismos documentos los licitantes formulan su oferta, o en otras palabras, fijan el precio por el que construirán, explotarán o mantendrán la obra pública sometida a concurso de los privados. Por el contrario, los documentos de la licitación son obligatorios y preceptivos tanto para la Administración como para los particulares licitantes.

Al respecto, la I. Corte de Apelaciones de Iquique en cuanto a un contrato de obra en relación con los documentos entregados en la licitación, específicamente la mecánica de suelos de las obras, afirmó la Corte:

*“(...) si la empresa experta en el estudio de mecánica de suelo, con su visita al emplazamiento de la obra y las pruebas técnicas realizadas erró en la clasificación del tipo de suelo, no es lógico, ni razonable pretender que el contratista pudiese advertir el error en los antecedentes de la licitación, en virtud de una mera inspección visual al lugar en que esta se emplazaba, por muy cuidadosa que esa inspección visual fuera. Luego, no resulta aceptable ni atendible que la declaración que prestó el contratista lo haga responsable de los defectos o errores que se contenían en los antecedentes de la licitación, en cuya confección no tuvo intervención. Equivaldría a establecer una especie de causal objetiva de responsabilidad por el hecho ajeno que ciertamente en la especie no existe”<sup>20</sup>.*

Una postura similar se aprecia en el fallo de la Corte Suprema, Rol N° 97.655-2016, de 21 de septiembre de 2017, relacionado con la remodelación del Estadio Germán Becker, de la ciudad de Temuco. En dicho caso, la I. Municipalidad de Temuco indujo al contratista a formular su oferta basándose en una mecánica de suelo –a su juicio referencial– que a la postre terminó siendo diferente al terreno en que se emplazó la obra. Al respecto, la Corte Suprema señaló que:

*“Los sentenciadores consideraron que el principal motivo para contratar para la demandante fue la disminución de los costos asociados a las excavaciones y mecánica de suelos, según información aportada por el nuevo estudio confeccionado por Ecolab, cuyos servicios fueron contratados por la Municipalidad demandada”.*

<sup>20</sup> I. Corte de Apelaciones de Iquique, 17 de diciembre de 2014, Rol N° 157-2014.



De la lectura de esta sentencia se puede desprender que cualquier aceptación genérica o confusa comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el contrato a celebrar, los particulares advierten su capacidad para concurrir a la licitación por medio de la relación entre el objeto del contrato y la capacidad del licitador. En este sentido, en el anuncio de licitación y las bases de licitación siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y, en su caso, decidir presentar sus ofertas.

De este modo, el carácter referencial que pretenda atribuirle la Administración a los documentos contractuales permitiría a los órganos públicos desconocer anticipadamente eventuales incumplimientos, que sean total o parcialmente, que puedan provenir de su propia negligencia o dolo. Por tanto, si se admitiera que la Administración se desligase del valor asignado a sus propios documentos ante daños causados al contratante, provenientes de dolo o negligencia de la Administración, dichas cláusulas serían nulas por objeto ilícito, ya que implicarían una condonación del dolo futuro (art. 1465 del Código Civil), y una infracción de la confianza depositada por los licitantes en la verosimilitud de los documentos de la licitación pública.

A su vez, si el grado de culpa del Estado fuere leve o levísima, la cláusula que le atribuya un valor referencial a los documentos de la licitación debería ser ineficaz, esta vez por causa ilícita (art. 1467 del Código Civil), ya que se vulneraría el principio de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, ni puede ir en contra de sus actos propios. En efecto, la confianza depositada por los particulares en los documentos de la licitación permitiría a los particulares *a posteriori* exigir de la Administración compensación ante cambios y alteraciones derivadas de errores, vicios o defectos del proyecto concesionado.

La respectiva defraudación de expectativas se encuentra en la máxima jurídica que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza o de su propio dolo en contra de la contraparte en un contrato, la que es conocida como la doctrina de los actos propios en el sistema continental y *estoppel* en el *common law*. Esta máxima es conocida bajo el refrán *Venire contra factum proprium non valet*, canaliza, *la regla de que no es admisible otorgar efectos jurídicos a una conducta de una persona que se plantea en contradicción flagrante con un comportamiento suyo anterior*<sup>21</sup>.

La doctrina de los actos propios se configura en términos simples en que *A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su*

<sup>21</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, "La raíz histórica del adagio *venire contra factum proprium non valet*", en CORRAL, Hernán (edit.), *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica 18 (U. de los Andes), Santiago, 2010, p. 19.



*anterior conducta, cuando esta conducta justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe (prohibición del venire contra factum proprium; estoppel en el derecho inglés).*

De lo anterior se deriva la necesidad de un comportamiento respecto de las partes, en este caso de los licitantes, no solo honesto sino también coherente y leal en cuanto a la celebración, ejecución e interpretación de los contratos<sup>22</sup> y en cuanto al ejercicio de los derechos subjetivos derivados del mismo<sup>23</sup>. Es decir, que las conductas posteriores no contradigan a las anteriores (eficaces y de relevancia jurídica<sup>24</sup>) que han generado una confianza objetivamente fundada en una de las partes, en cuanto a los alcances del contrato y a la forma en que este se ha de continuar ejecutando, y que dicha contradicción no genere un beneficio en favor de quien la ha provocado.

Doctrinalmente, Luis Diez Picazo sistematiza los casos en que es procedente invocar la doctrina de los actos propios, señalando que “a) Va contra sus actos propios quien ejercita o trata de ejercitar un derecho que anteriormente ha renunciado. b) Va contra sus actos propios quien ejercita tardíamente un derecho, en forma contradictoria con una situación que tácitamente ha admitido. c) Va contra sus actos propios quien ejercita contradictoriamente derechos ostentados por diversos títulos, por ejemplo, quien, como heredero de una persona entrega bienes a un legatario y como heredero de otra, los reivindica. d) Va contra sus actos propios, quien ejercita un derecho con un alcance mayor o diverso del determinado con su conducta anterior; por ejemplo, quien reclama, en vía civil, una indemnización superior a la pretendida en vía penal. e) Va contra sus actos propios quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta anterior”<sup>25</sup>.

Lo anterior, no es más que un reconocimiento en el ámbito de la contratación pública del principio de buena fe regulado en el artículo 1546 del Código Civil, que en el ámbito negocial público obliga a las partes a tener un comportamiento legal entre sí, lo que prohíbe cualquier clase de maniobra deshonesta, vedando un malintencionado cumplimiento

<sup>22</sup> BORDA, Alejandro, “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, en CORRAL, Hernán (edit.), *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica 18 (U. de los Andes), Santiago, 2010, p. 37.

<sup>23</sup> LYON PUELMA, Alberto, “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”, en CORRAL, Hernán (edit.), *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica 18 (U. de los Andes), Santiago, 2010, p. 59.

<sup>24</sup> Para Borda, para que dicha conducta pueda ser considerada dentro del ámbito de los actos propios debe ser eficaz y de relevancia jurídica. Eficaz, entendiendo que dicha conducta se enmarque dentro de la licitud y legalidad; y de relevancia jurídica en atención a que esta se halla enmarcada dentro de un negocio jurídico y que sea de tal entidad que suscite una legítima confianza en la otra parte. Cfr., BORDA, Alejandro, “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, en CORRAL, Hernán (edit.), *Venire contra factum proprium*, Cuadernos de Extensión Jurídica 18 (U. de los Andes), Santiago, 2010, p. 44.

<sup>25</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 123.

formal de los términos del contrato, so pretexto de la vinculación al contrato mismo, cuando con ello se trata de configurar una conducta desleal contraria a la buena fe.

En otras palabras, no sería tolerado por el derecho público que los documentos –técnicos y administrativos– elaborados por la Administración, muchas veces visados jurídicamente por órganos de control (Consejo de Concesiones o Contraloría General de la República), sirvan de escudo para enervar futuras demandas de incumplimiento contractual, amparado solo en el carácter referencial o indicativo de dichos documentos.

El principio de buena fe confiere especial importancia al deber de información que se deben las partes como manifestaciones de la lealtad y corrección. En este sentido, la jurisprudencia comparada (colombiana) ha señalado que dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, *se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten*<sup>26</sup>.

Siguiendo el planteamiento anterior, consideramos que, en el caso del contrato de concesión de obra pública, el principio de buena fe cumple una función relevante para los efectos de interpretar los documentos contractuales, definiendo con certeza los derechos y obligaciones, y por esta razón, el objeto del contrato de concesión de obra pública. Ello, porque es la propia naturaleza del contrato de concesión, que dogmáticamente es catalogado como un acuerdo público-privado, que le permite al contratista asumir un rol de colaborador de la Administración, pero solo respecto de la ejecución contractual, por cuanto en la etapa precontractual es la Administración quien decide, diseña y licita el proyecto, limitando las posibilidades del particular solo a aceptar en bloque el contrato<sup>27</sup>.

En este sentido, del principio de buena fe en materia precontractual emanan determinados deberes de conducta que obligan a quienes negocian, en este caso, a quienes licitan, el deber de concursar de buena fe, exigiendo la presencia de deberes mínimos de lealtad de un contratante honesto. Conviene destacar que entre los deberes que informan el trato de buena fe en el procedimiento de licitación se encuentra el deber de entregar información veraz, oportuna y carente de errores determinantes para la formación del consentimiento del contrato concesionado.

Como señala Barros Bourie, durante la etapa precontractual no basta con la entrega de información, sino que es preciso que la información no sea falsa ni errónea. La información falsa o errónea puede provenir

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, exp. 5716.

<sup>27</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas*, Fondo de la Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 25.

de un engaño de la contraparte, que puede ser fruto de expresiones ambiguas, que en un determinado contexto pueden inducir a un error. Señala Barros que el contratista también ostenta un grado de verificación de la información, lo que dependerá de la naturaleza del contrato, señalando en que en los contratos de adhesión la posibilidad de comprobar la veracidad de la información disminuye<sup>28</sup>.

## V. CONCLUSIONES

De lo antes expuesto, podemos concluir:

1. Que el objeto de contrato de concesión de obra pública debe ser determinado en forma precisa, clara y carentes de ambigüedades al tiempo de la licitación por el Ministerio de Obras Públicas o el órgano público licitante, porque los documentos de la licitación son elaborados íntegramente por la Administración, sin mayores injerencias de los particulares licitantes.
2. Que el Consejo de Concesiones cumple la función de determinar con la mayor precisión posible la obra pública sujeta a concesión por el Ministerio de Obras Públicas, así como aquellas encomendadas por otros órganos públicos que se ejecutarán mediante el sistema de concesiones. También, le corresponde al Consejo pronunciarse acerca de las modificaciones de las características de las obras y servicios con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos.
3. Que la obligación de definir los proyectos desde sus inicios es una obligación relevante para la seguridad jurídica, debiendo existir una completa identidad entre el proyecto –obra o servicio sujeto a concurso público– y aquel que finalmente se ejecuta en el contrato de concesión en forma definitiva, esto es, debe existir una completa identificación del objeto contractual en las bases de licitación y la ejecución del contrato, quedando excluido cambios o alteraciones del objeto contractual desformalizadas.
4. Que el carácter referencial o indicativo de los documentos de la licitación, de los que no quede claro el objeto preciso que se concede, constituye un atentado al principio de transparencia y publicidad de los actos y procedimientos administrativos, porque impide a los licitantes determinar con certeza y precisión el precio del contrato y los costos reales y efectivos de la construcción y explotación de la obra pública concesionada.

---

<sup>28</sup> BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 1027-1029.

5. Que el carácter referencial de los documentos de la licitación también infringen el principio de buena fe, confianza legítima y actos propios, cuando la Administración se sirve precisamente de calidad indicativa de los antecedentes de la licitación para modificar el objeto contractual, sin la debida e integral indemnización.
6. El prestigio del sistema de concesiones radica en que existan reglas claras y que la Administración se haga responsable, al menos, de identificar con certeza la obra pública que entrega en concesión, y de las consecuencias que entrañan los errores e indefiniciones de los antecedentes técnicos que suministra.
7. Por último, la Contraloría General de la República no puede aprobar Bases de Licitación que contengan las expresiones ambiguas, ya que estas contravienen principios elementales de la contratación administrativa, además de exponer al Fisco de Chile a constantes litigios por las actuaciones de las Inspecciones Fiscales que comprometen su responsabilidad.



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

**JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS\***  
**MARÍA ELISA ILLANES SOTTA\*\***

## **I. INTRODUCCIÓN**

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

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

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

---

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

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

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

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

La figura de la concesión surge con el objeto de solucionar la necesidad del Estado de proveer nuevos bienes y servicios públicos, evitando aumentar el nivel de endeudamiento país<sup>1-2</sup>, por medio de esta, se da lugar al sector privado en el suministro y gestión de dichos bienes y servicios, pero manteniendo el Estado la titularidad de los mismos. “*Estos esquemas de contratación o participación privada en la provisión de infraestructura de servicios básicos se les conocen como asociación público-privada (APP) (...)*”<sup>3</sup>, modelo que da lugar a dos partes, por una, el Estado concedente, que retiene la titularidad del bien o servicio y, por otra, el concesionario privado, que se encargará de la gestión de naturaleza predominantemente económica y quien asumirá parte de los riesgos de la explotación a cambio de percibir las tarifas de los usuarios<sup>4</sup>.

No existe una regulación uniforme a nivel nacional frente al derecho comparado de la figura de la concesión, aunque en Chile se han distinguido ciertas clases<sup>5</sup>, entre ellas, las concesiones de obras públicas, reguladas por el D.S. 900 del Ministerio de Obras Públicas –en delante MOP– que

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

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

<sup>3</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 20.

<sup>4</sup> Cfr. RUFÍAN (1999) p. 11.

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

contiene la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>6</sup> –en adelante Ley de Concesiones o Ley de Concesiones de Obras Públicas, indistintamente–, cuyo objeto, de acuerdo con el artículo primero de esta ley, es la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales.

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

Respecto del modelo contractual, el legislador en Chile optó por un tipo en que asocia dos actividades: la realización de la obra pública, por un lado, y la gestión mediante la prestación del servicio público, por otro. Esta vinculación imprescindible entre la construcción y la explotación de la obra pública es la característica definidora de este tipo de contrato, diferenciándolo de otras legislaciones donde estas dos figuras no necesariamente van de la mano<sup>7</sup>.

Este modelo responde al esquema de contratos BOT (*build, operate and transfer*), bajo licitaciones públicas, donde una vez adjudicado el proyecto, el concesionario privado construye, repara y/o mantiene la obra, según sea el caso, la explota, y después de un plazo determinado esta retorna al Estado para ser licitada nuevamente<sup>8</sup>.

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

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

Rufián sostiene que dicha relación contractual se enmarca necesariamente dentro del ámbito administrativo por varias razones, entre ellas, porque recae en un objeto público; en ella participa la Administración pública con una serie de prerrogativas; y tiene una finalidad pública: la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales<sup>9</sup>.

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

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

<sup>7</sup> Cfr. CAMACHO (2014) p. 150.

<sup>8</sup> Cfr. MORANDÉ (2009) p.48

<sup>9</sup> Cfr. RUFÍAN (1999) p. 24.



como a las potestades de intervención de la Administración en pos del interés público. En lo que respecta al contenido contractual, indica que comprende la duración de la concesión, las ventajas financieras que el ente público otorga al concesionario y el derecho al equilibrio financiero de este último, confluyendo en la regulación de dicho contenido normas de derecho público y de derecho privado<sup>10</sup>.

Al respecto, Ramírez sostiene:

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

Este mismo autor agrega que al tratarse de obras públicas, los contratos de concesiones que regulan esta asociatividad público-privada deben interpretarse en conformidad con el bien común, no obstante ello al derecho del particular al respeto de las cláusulas contractuales y el aseguramiento de mantener el equilibrio económico contemplado en la concesión que da origen a la obra<sup>12</sup>.

En definitiva, la concesión de obras públicas en Chile se enmarca dentro de un modelo de contrato *sui generis* que se desarrolla a largo plazo, donde el concesionario construye una obra pública fiscal, cuya titularidad pertenece al Estado, a cambio del derecho a explotar dicha obra por un lapso determinado de tiempo y donde este último pasa a prestar directamente un servicio público. En la medida que la autoridad concedente mantiene la propiedad del bien público concedido, que se incorporará como bien de dominio público, el concesionario conserva como resguardo las garantías jurídicas contenidas en el contrato y en la legislación aplicable. En este entendido, el éxito de esta compleja relación contractual dependerá, en gran parte, de una distribución equilibrada de los riesgos y del adecuado equilibrio económico y financiero entre los contratantes<sup>13</sup>, como pasaremos a revisar a continuación.

---

<sup>10</sup> Cfr. RUIÁN (1999) p. 24-26.

<sup>11</sup> RAMÍREZ (2010) p. 12.

<sup>12</sup> Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 12.

<sup>13</sup> Cfr. RUIÁN (1999) p. 231.

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

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

Tradicionalmente el contrato de concesión se concibió como una relación de larga data donde el concesionario ejecutaba el contrato a su riesgo y ventura<sup>14</sup>, absorbiendo este último todos los riesgos, salvo aquellos que fueran causados por el propio concedente<sup>15</sup>. Este paradigma con el tiempo empezó a cambiar por diversas razones, como el alto costo financiero de la transferencia del riesgo al particular, lo que se traduciría en un servicio más caro para los usuarios, o el hecho de que muchas veces cuando acaecía el riesgo este era imposible de absorber por el privado, lo que en definitiva traía consecuencias negativas para ambas partes del contrato<sup>16</sup>.

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

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

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

<sup>14</sup> Cfr. RUFÍAN (1999) p. 231.

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

<sup>16</sup> Cfr. CRIVELLI (2017) p. 57.

<sup>17</sup> CRIVELLI (2017) p. 57.

durante todo el tiempo que dure la concesión, pero como señala Crivelli, dicha ecuación ya no será simplemente económica, sino que también financiera, atendido que los valores que la integran, a causa del paso del tiempo, deberán estar sujetos a la tasa de interés o costo financiero<sup>18</sup>.

Bermúdez, en materia de contratación administrativa general, si bien sostiene que los contratos se suscriben a riesgo y ventura del contratista, reconoce la plena aplicación del principio del equilibrio económico-financiero del contrato como una garantía del contratante frente a las potestades exorbitantes que detenta la Administración pública<sup>19</sup>.

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

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

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

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

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

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

<sup>18</sup> Cfr. CRIVELLI (2017) p. 180.

<sup>19</sup> Cfr. BERMÚDEZ (2014) p. 250.

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

<sup>21</sup> RUFÍAN (1999) p. 235.

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

En particular, la ecuación económica financiera del contrato de concesión o APP es de gran complejidad. En efecto, una parte de la ecuación se compone con las inversiones referentes al diseño, la construcción, el financiamiento, operación y mantención de la obra de infraestructura, así como de la correspondiente rentabilidad, y por la otra parte se constituye con la respectiva contraprestación, cuya consistencia puede variar entre peajes, tarifas, subsidios, entre otros, y donde también el sujeto pagador puede variar entre los usuarios, el contratante o ambos<sup>23</sup>.

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

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

Es importante tener presente que cierta parte de la jurisprudencia es contraria a la aplicación de este principio en los contratos de concesiones de obras públicas, por no existir regla explícita de garantía al respecto. Así, por ejemplo, lo sostuvieron la comisión arbitral de la obra pública *Túnel el Melón* en su fallo del 2006<sup>24</sup> y la comisión arbitral de la concesión *Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia* en su fallo del 2011<sup>25</sup>. Lo cierto es que ambos fallos se refieren al contenido de la ley previo a la reforma del 2010, mediante la cual, como revisaremos más adelante, se explicitó el reconocimiento del principio al equilibrio económico financiero en los contratos de concesiones de obras públicas.

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

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

<sup>23</sup> *Cfr.* CRIVELLI (2017) p. 181.

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

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

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

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

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

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

### a) Etapa de construcción

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

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

Podemos encontrar diversos tipos de riesgos asociados a la fase de la construcción de la obra, entre ellos, solo por nombrar algunos, aquellos propios del proceso de concepción o de ingeniería, los riesgos del sobrecosto, de no cumplimiento del plazo o del acaecimiento de alguna catástrofe que destruya la obra, entre otros<sup>27</sup>.

En principio, resulta evidente que es el concesionario quien se encuentra en mejor posición para asumir los riesgos propios de esta primera etapa de construcción; para ello comúnmente celebrará subcontratos con empresas constructoras o proveedoras que garanticen los precios a lo largo de la etapa de construcción<sup>28</sup>. En cuanto al caso fortuito o

<sup>26</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL SAN CRISTÓBAL S.A CON MOP (2005).

<sup>27</sup> *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 124.

<sup>28</sup> *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 124.

fuerza mayor, la regla general en el derecho civil<sup>29</sup> es que el deudor no responde en dichas hipótesis, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. Sin embargo, la Ley de Concesiones altera esta regla, al establecer que el concesionario será quien deba responder ante un caso fortuito o fuerza mayor, salvo que se hubiese establecido otra cosa en las bases de licitación.

Acerca de este punto resulta relevante el Dictamen N° 29.955<sup>30</sup> de 1997 de la Contraloría General de la República, referente al contrato de concesión *Camino de la Madera*, donde a causa de intensas lluvias se produjo un deslizamiento de tierras en el camino concesionado, concurriendo a la reparación de los daños la empresa constructora. En las bases de licitación respectivas se había establecido la obligación de la concesionaria de contratar un seguro catastrófico cuyo beneficiario sería el MOP, el que recibió la indemnización correspondiente. Sin embargo, atendido que los riesgos de la obra fueron asumidos por la concesionaria, que concurrió a solventar los gastos de reparación de los daños, la Contraloría, en pos de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, estimó que dicha indemnización correspondía que la percibiera la concesionaria y no el Fisco.

En este mismo sentido, en fallo dictado por la comisión arbitral de la obra pública fiscal denominada *Camino Nogales-Puchuncaví*. En efecto, en este caso se condenó al MOP a entregar a la concesionaria la suma que recibió por la indemnización del seguro, por las obras de reparación de los daños ocasionados a causa del desborde del estero Puchuncaví, las que fueron solventadas íntegramente por la sociedad concesionaria<sup>31</sup>.

Por último, haremos referencia al numeral tercero del artículo 22 recién citado, también relativo a esta primera etapa de construcción de la obra, el cual establece que, en aquellos casos que el retraso en el cumplimiento del plazo parcial o total fuere imputable al Fisco, "(...) el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan". Al respecto, en un reciente pronunciamiento del Panel Técnico de Concesiones<sup>32</sup>, por una discrepancia entre las partes de la *Concesión Autopista Concepción Cabrero*, se estimó procedente compensar a la sociedad concesionaria

<sup>29</sup> Artículo 1547 del Código Civil.

<sup>30</sup> Dictamen N° 29.955 de 15 de septiembre de 1997 de la Contraloría General de la República de Chile.

<sup>31</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL CAMINO NOGALES PUCHUNCAVÍ CON MOP (1999).

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

por los sobrecostos causados por retrasos imputables al Fisco, en virtud de la aplicación de la disposición legal antes citada<sup>33</sup>.

b) Etapa de explotación

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

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

Por su parte, el artículo 36 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas<sup>34</sup> –en adelante Reglamento de Concesiones– establece que la sociedad concesionaria tendrá la obligación de tomar pólizas de seguros que cubran tanto la responsabilidad civil por daños a terceros así como los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante todo el periodo de concesión, lo que ha de ajustarse a las exigencias particulares establecidas en las respectivas bases de licitación.

Los principales riesgos asociados a la etapa de explotación de la obra dicen relación con los ingresos que recibirá la concesionaria, jugando un papel importante la predictibilidad de los mismos, para ello deberá considerar factores como el tráfico, horarios de circulación, las tarifas aplicables, entre otros. Existen también otros posibles riesgos asociados a esta etapa, por ejemplo, riesgo de catástrofes y de evasión por parte de los usuarios<sup>35</sup>.

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

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

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

<sup>34</sup> DS N° 956 de 1999 MOP.

<sup>35</sup> *Cfr.* IBRAHIM Y MENDOZA (2014) p. 97.

En primer lugar, nos detendremos en la legislación española, donde la normativa que fija el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>36</sup> se refiere en reiteradas oportunidades al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, reconociéndolo como un derecho del concesionario y estableciendo, a su vez, el derecho o prerrogativa de la Administración para concurrir al restablecimiento de dicho equilibrio en favor del interés público (artículos 245 y 249).

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

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

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

En segundo término nos referiremos a la regulación colombiana, donde la Ley 80 de 1993<sup>37</sup> por la que se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, reconoce en su artículo 5.1 el principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera originaria del contrato como un derecho de los contratistas. En su artículo 27 denominado “De la ecuación contractual”, refuerza este principio al establecer que “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar (...)”, y en el caso que este equilibrio se rompa, las partes deberán tender a su restablecimiento en el menor tiempo posible.

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

<sup>37</sup> Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.



En el caso de Brasil, la Ley 8.987<sup>38</sup>, de 1995, en sus artículos 9° y 10° se refiere al equilibrio económico financiero en relación con la política tarifaria de los contratos, donde “(...) se establece el principio de recomposición de la ecuación económico-financiera original, siempre que esta sea alterada sin imputabilidad del privado”<sup>39</sup>.

En Uruguay encontramos la Ley 18.786 de 2011<sup>40</sup> sobre Contratos de Participación Público-Privada para la Realización de Obras de Infraestructura y Prestación de Servicios Conexos, la que regula la posibilidad de renegociar el contrato de Participación Público Privada (PPP), como lo denomina la propia ley, cuando concurran algunas de las hipótesis allí señaladas. Particularmente se hace referencia a la alteración significativa o ruptura sustancial de la ecuación económica financiera como elemento a considerar en una posible renegociación (artículo 49).

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

En Perú, el Decreto Legislativo N° 1224<sup>41</sup> de 2015 aprobó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas (APP) y Proyectos en Activos, que reconoce el principio del equilibrio económico del contrato al establecer en su artículo 53 la posibilidad de realizar modificaciones al contrato de APP, “(...) manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto”.

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

Por último, revisaremos la regulación en Argentina, donde la reciente Ley 27.328<sup>42</sup> sobre los Contratos de Participación Público Privada (PPP), en su artículo 9° dispone las previsiones que debe contener todo contrato

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

<sup>39</sup> CRIVELLI (2017) p. 189.

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

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

<sup>42</sup> Ley 27.328 publicada el 30 de noviembre de 2016.

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

Por su parte, el artículo 9.7 del Reglamento de la Ley 27.328 referente a la “Preservación de la Ecuación Económico-Financiera” dispone que el contrato de PPP deberá contener mecanismos para el restablecimiento de la ecuación económica-financiera original en caso que “(...) esta se vea alterada significativamente por razones imprevisibles al momento de adjudicar y ajenas a la parte que invoca el desequilibrio”. Concerniente a esta norma, el profesor Barra señala que puede tratarse de una garantía para el contratista ante situaciones de emergencia, como caso fortuito o el hecho del príncipe<sup>44</sup>.

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

Como señala Crivelli, los contratos de concesión están expuestos a riesgos altísimos, muy superiores a aquellos que podrían estar sujetos la mayor parte de los contratos y actividades económicas. Ello, atendida su extensa duración y lo significativa de las inversiones involucradas, donde los capitales pueden quedar inmovilizados por largos periodos, durante este tiempo podrían atravesar por escenarios variables tanto macroeconómicos o institucionales, como relativos al contenido inherente del contrato<sup>45</sup>.

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

<sup>43</sup> BARRA (2017) p. 97.

<sup>44</sup> *Cfr.* BARRA (2017) p. 98.

<sup>45</sup> *Cfr.* CRIVELLI (2017) p. 309.

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

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

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

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

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

## 1. HECHO DEL PRÍNCIPE

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

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

público de modificar el contrato con motivo de dichos acontecimiento es lo que se conoce como *Ius Variandi*, pero el fundamento para el uso de dicha facultad se encuentra en la concurrencia de ciertas hipótesis, como el *hecho del príncipe*, la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión, entre otras. De este modo, este autor distingue los conceptos de *Ius Variandi* y *hecho del príncipe*. El primero lo entiende como la facultad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos cuando las circunstancias que lo motivaron se alteran por hechos sobrevinientes, lo que hace necesaria su revisión y adecuación<sup>47</sup>, mientras que el *hecho del príncipe* sostiene que dice relación con situaciones imputables a un organismo público o a algún Poder del Estado que generan un mayor costo en la ejecución del contrato:

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

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

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

Pues bien, con la modificación de la Ley N° 20.410, del 2010, se introdujo en el inciso primero del artículo 19<sup>50</sup> de la Ley de Concesiones el concepto de *acto* o *hecho del príncipe*; mediante este se reconoce

<sup>47</sup> Cfr. BERMÚDEZ (2014) p. 251.

<sup>48</sup> BERMÚDEZ (2014) p. 253.

<sup>49</sup> MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2016) p. 60.

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

expresamente al concesionario una compensación económica cuando por un acto sobreviniente de la autoridad pública competente y cumpliéndose los demás requisitos establecidos por la propia ley, se altere significativamente el régimen económico del contrato<sup>51</sup>.

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

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

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

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

<sup>51</sup> Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 97.

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

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

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

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

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

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

- a) Que el acto no haya podido ser previsto

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto a que no se trate de una norma de carácter general, de una recomendación del 2015 relativa a la obra *Alternativas de Acceso a Iquique*, recién citada, se desprende que, a criterio del Panel Técnico, debe tratarse de una norma de alcance limitado, vale decir, que afecte a un tipo de actividad determinado, como en ese caso es la construcción y mantención de carreteras. En efecto, en la misma recomendación diferencia la modificación normativa en análisis, del ejemplo citado en la discusión de la ley sobre la reforma de una norma que establece un impuesto a la renta, la que produce efectos generales<sup>57</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Como se revisó en el número anterior, en el derecho administrativo las relaciones contractuales son de carácter mutables, en razón de la primacía y tutela del interés público involucrado en el mismo que busca satisfacer necesidades colectivas por sobre los intereses del contratista privado. Por su parte, en el derecho privado rige el principio contrario, de la inmutabilidad, para dar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas. Sin embargo, en contratos de tracto sucesivo cuando concurren ciertos hechos sobrevinientes, imprevistos y extraordinarios que alteran la equivalencia de las prestaciones imponiendo a una de las partes una excesiva onerosidad, la doctrina ha dado lugar a la posibilidad de revisar y eventualmente reestructurar la relación contractual<sup>62</sup>.

Al respecto, Rufián sostiene que la teoría de la imprevisión tiene plena aplicación en el derecho administrativo y en los contratos de concesiones de obras públicas, no así en el Derecho Civil<sup>63</sup>. En efecto, la teoría de la imprevisión surge<sup>64</sup> en el ámbito del derecho público a raíz de una decisión del Consejo de Estado francés en la Primera Guerra Mundial, en que los contratantes de concesiones de servicios públicos no podían dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales y quienes las cumplían sufrían graves perjuicios económicos:

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

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

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

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

<sup>62</sup> *Cfr.* ILLANES (1999) p. 190, 191 y 193.

<sup>63</sup> *Cfr.* RUFÍAN (1999) p. 245.

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



contratante cuando se halle imposibilitado de cumplir su contrato en las condiciones convenidas con la Administración, a raíz de un evento de fuerza mayor o dificultades completamente excepcionales y que no podían preverse<sup>65</sup>.

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

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

Bermúdez, a su turno, en relación con el derecho administrativo general, sostiene que la teoría de la imprevisión dice relación con hechos extraordinarios que generan un desequilibrio económico, al producir una carga sobrevenida en la etapa de ejecución del contrato. Este hecho, externo a la celebración del contrato e imposible de prever al momento de la contratación, habilita a la revisión del contrato y da lugar a la obligación de la Administración de indemnizar al contratista<sup>67</sup>.

Ramírez, basándose en una sentencia de 13 de junio de 2006, dictada por la comisión arbitral de la concesión *Túnel El Melón*, sostiene que para que la imprevisión pueda modificar contratos de obras públicas en ejecución, se requiere de la concurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que altere la estructura habitual del tipo de negocio que se celebra<sup>68</sup>. Agrega este autor que el principio de la equivalencia y reciprocidad de las prestaciones exige que la proporcionalidad económica se mantenga a salvo a lo largo del contrato, debiendo aplicarse para restablecer la ecuación económica financiera quebrada o alterada no solo por la acción unilateral de la Administración pública, sino también por un hecho o circunstancia ajena a la voluntad de las partes, esto es, un riesgo imprevisible o ante caso fortuito o fuerza mayor<sup>69-70</sup>.

<sup>65</sup> OELCKERS (1980) p. 196.

<sup>66</sup> CASSAGNE (2002) p. 403.

<sup>67</sup> *Cfr.* BERMÚDEZ (2014) p. 255.

<sup>68</sup> *Cfr.* RAMÍREZ (2010) p. 39-40.

<sup>69</sup> *Cfr.* RAMÍREZ (2010) p. 41.

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

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

Sin embargo, con motivo de la reforma introducida por la Ley N° 20.410 del 2010, se eliminó el antiguo inciso tercero del artículo 19, que establecía la posibilidad de solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión por causa sobreviniente<sup>72</sup>, limitando con ello la posible aplicación de esta teoría.

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

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

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

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

<sup>71</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA TÚNEL SAN CRISTÓBAL S.A CON MOP (2005).

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

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

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

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

En primer lugar, nos referiremos a la sentencia dictada por la comisión arbitral de la obra pública *Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78-Avenida Grecia*, la que en fallo del 2011<sup>74</sup> condenó al MOP a pagar a la sociedad concesionaria compensaciones por varios ítems, entre ellos, mayores costos en la ejecución del proyecto y perjuicios sufridos por la concesionaria. Particularmente respecto del ítem *mayor valor de los insumos*, la concesionaria pretendía la modificación del contrato fundada en que el precio de algunos de los insumos se habría alterado de manera onerosa e imprevisible, invocando el equilibrio financiero del contrato y la excesiva onerosidad producto de la imprevisión. La comisión falló rechazando la modificación del contrato por el argüido *mayor valor de los insumos*, exponiendo detalladamente las razones que hacían improcedente la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato y de la teoría de la imprevisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>75</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A. CON MOP (2011).

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

<sup>77</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA AUTOPISTA VESPUCIO SUR S.A. CON MOP (2011).

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

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

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

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

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

<sup>78</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA AEROTAS S.A. CON MOP (2014).

<sup>79</sup> SOCIEDAD CONCESIONARIA ELQUI S.A. CON MOP (2010).

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

Al respecto, Ramírez sostiene que mediante la referida modificación legal se buscó prevenir eventuales litigios que afectan el desarrollo normal de las concesiones, junto con establecer en forma clara y precisa los casos en que el concesionario tendrá derecho a compensaciones, logrando con ello proteger el equilibrio económico de los particulares y evitar posibles perjuicios a los intereses fiscales<sup>80</sup>.

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

El nuevo inciso tercero del artículo 19<sup>81</sup> de la Ley de Concesiones establece la posibilidad del MOP de modificar las características de las obras y servicios contratados, basado en dos argumentos: a) para incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y b) por otras razones de interés público debidamente fundadas<sup>82-83</sup>.

Junto con ello y en vista que se trata de cambios que no fueron previstos al momento de la contratación, que van a generar eventuales gastos extraordinarios para el concesionario, se establece el derecho de este último de ser compensado económicamente por los costos adicionales en que incurriere<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. RAMÍREZ (2010) p. 31.

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

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

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

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

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

Es así como, en un reciente caso en que el MOP, por medio del Decreto Supremo N° 112 de 13 de enero de 2018, invocando razones de interés público, ordenó varias modificaciones a las características de las obras y servicios del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada *Sistema Norte-Sur*, estableciendo en el mismo decreto como contrapartida las indemnizaciones a que tendría derecho a percibir la concesionaria<sup>85</sup>.

Si bien en el ejemplo anterior la autoridad en el mismo decreto estableció las indemnizaciones a que tendría derecho la concesionaria, en muchos casos esta compensación no se establece o la concesionaria considera que es insuficiente, siendo sometida la discrepancia a la consideración del Panel Técnico<sup>86</sup>.

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

El artículo 20<sup>87</sup> de la Ley de Concesiones dispuso que el MOP y el concesionario de común acuerdo podrán acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación. Para ello deberán suscribir el correspondiente convenio complementario al contrato de concesión original.

---

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

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

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

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



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

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

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

Por último, mediante la reforma del 2010 se incorporó el artículo 28 ter<sup>89</sup> que establece la posibilidad de que el Presidente de la República, exclusivamente por razones de interés público, ponga término anticipado a una concesión que se encuentre en etapa de construcción. El legislador estableció dos hipótesis en donde se podría dar lugar a este término anticipado:

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

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

<sup>88</sup> RAMÍREZ (2010) p. 96.

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



de poner término anticipado a las obras, estableciendo como contrapartida la correspondiente compensación del concesionario<sup>90</sup>.

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

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

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

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

#### 4. COMPENSACIONES

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

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

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

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

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

Al respecto, este autor sostiene que “(...) dichas compensaciones deben ser indemnizatorias, y no pueden provocar variaciones en la rentabilidad del proyecto adjudicado (...) deben determinarse de manera de no alterar las condiciones económicas del proyecto original (...)”<sup>93</sup>. En efecto, en los incisos sexto y séptimo del artículo 19 se establecieron las siguientes reglas<sup>94</sup>:

- Las compensaciones económicas deberán expresarse utilizando uno o más de los siguientes factores que señala el inciso sexto del artículo 19: “(...) subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios realizados directamente al concesionario por terceros a quienes les interesa el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado”.
- Para el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados, el inciso séptimo dispone que: “(...) deberá siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional<sup>95</sup> sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo” (el destacado es nuestro).
- A continuación, el inciso séptimo agrega que la tasa de descuento aplicable deberá calcularse: “(...) sobre la base de la tasa de interés promedio vigente para instrumentos de deuda consistentes con el plazo de la inversión, ajustada por el riesgo relevante del proyecto adicional y por el que corresponda a los mecanismos de indemnización que se apliquen”<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> RAMÍREZ (2010) p. 98.

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

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

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

Respecto de este tema, el ministro de Obras Públicas de la época, en su exposición en el Congreso Nacional con motivo de la tramitación legislativa del proyecto de ley que introdujo las modificaciones revisadas, sostuvo que, en el caso de necesitarse obras complementarias y con el objeto de evitar que por medio de los convenios complementarios se mejore la situación del concesionario, se propuso establecer que cualquier modificación de obras adicionales se haga de tal forma que el valor presente del proyecto específico sea igual a cero, vale decir, que la rentabilidad sea igual a aquella con la que se licitó ese proyecto secundario, ajustado por las variaciones de la tasa de interés libre de riesgo<sup>97</sup>.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

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

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

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

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

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

---

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

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

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

#### JURISPRUDENCIA

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

#### RECOMENDACIONES DEL PANEL TÉCNICO

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

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

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

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

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



## **25 AÑOS DE CONCESIONES (Y RENEGOCIACIONES) DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN CHILE**

**EDUARDO SAAVEDRA PARRA\***

### I. INTRODUCCIÓN

Veinticinco años han pasado desde que se adjudicó la primera obra concesionada de infraestructura pública en Chile, un hito que marca un paso serio hacia el crecimiento sostenido de nuestro país, su desarrollo económico e incluso de integración social. Los beneficios de estas asociaciones público-privadas son enormes en cuanto a reducir los costos de transporte y favorecer la conectividad en el país, dando así un soporte fundamental al crecimiento económico del último cuarto de siglo que, salvo un par de contagios a resfríos internacionales, ha sido una nota inédita en nuestra historia económica. Asimismo, esta mayor conectividad ha ayudado al proceso de integración de todos los chilenos, al reducir los tiempos de viaje con condiciones más seguras, y al dar acceso a los beneficios de la modernidad a sectores que han estado típicamente postergados, como por ejemplo favoreciendo a comunidades rurales, aumentando la productividad de la agricultura al otorgarle acceso más competitivo a mercados externos.

Todos esos innegables beneficios de la modernidad, cuya cara visible es el aumento de obras de infraestructura de uso público como autopistas

---

\* Ph.D. en Economía, Cornell University. Profesor Asociado del Departamento de Economía de la Universidad Alberto Hurtado y Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. El autor se ha beneficiado del trabajo conjunto y comentarios de Julio Aguirre, Ignacio Correa, Jorge Montesinos y Francisc Trillas, no obstante ser el único responsable del contenido y los posibles errores de este artículo. Asimismo, las opiniones acá expresadas no necesariamente representan a las instituciones en donde el autor trabaja ni a sus funcionarios. Comentarios son bienvenidos a saavedra@uahurtado.cl.



y aeropuertos, se ven opacados por la incapacidad que han mostrado de manera sistemática nuestras autoridades para evitar el mayor mal endémico de nuestro sistema de concesiones: las renegociaciones de sus contratos. La evidencia indica que el Ministerio de Obras Públicas (MOP) ha modificado la totalidad de las autopistas concesionadas, tanto urbanas como interurbanas, así como las obras concesionadas ligadas al sistema de transporte de Santiago. Solo los aeropuertos concesionados muestran un número mayor de ellos que no han estado sujetos a esta revisión de sus contratos originales. Ante la pregunta de por qué estos contratos son revisados y modificados finalmente vía la dictación de Decretos Supremos, la respuesta no descansa en que la culpa son los imponderables propios que surgen en relaciones contractuales de largo plazo, sino en el uso político que hace el MOP del sistema de concesiones para acelerar inversiones privadas que, pudiendo ser muy loables una vez que el contrato ya ha sido adjudicado, genera enormes incentivos a invertir ineficientemente, precisamente, esperando sacar un mejor provecho de las futuras renegociaciones.

La evidencia anecdótica muestra a nuestras autoridades despreocupadas o ignorantes de las perversas consecuencias de revisar sistemáticamente los contratos de concesiones, cuyo sistema se diseñó bajo la premisa de generar competencia vía una licitación abierta para ser el concesionario. En otras palabras, esto último significa que el sistema reconoce que, una vez adjudicado el contrato, el ganador es un monopolista de la obra y, por esta razón, cualquier negociación para introducir variantes o la especificación, como nuevas obras, modificar peajes o cambiar la operación a nuevas tecnologías incluso más eficientes, llevará al compartimiento de nuevas rentas que no estaban presentes al momento de licitar. Peor aún, esto ni siquiera se hace a espaldas de los usuarios del sistema, sino que es presentado como algo bueno para quienes terminarán pagando más que lo indicado en el proceso de licitación competitivo. A modo de ejemplo, un alto personero del MOP declaró recientemente a la prensa:

“Venimos saliendo de un período en que en los últimos años la inversión en infraestructura estuvo congelada. No se hicieron terceras pistas en algunas carreteras y eso significa que hoy las autopistas nos están quedando chicas”<sup>1</sup>.

Se infiere de esta declaración que, entendiéndola que se refiere a autopistas concesionadas, ya que de otro modo pierde sentido lo declarado, si el contrato de concesión erró en su predicción de demanda, bastaría con modificarlo. Precisamente, esta liviandad con que se miran las concesiones, como si fueran un mecanismo prácticamente igual a las

---

<sup>1</sup> Entrevista a José L. Uriarte, Coordinador de contingencias del Ministerio de Obras Públicas, diario *El Mercurio*, domingo 9 de septiembre de 2018.

adquisiciones públicas en materias viales, lleva a perder el pudor y hace crecer exponencialmente el número de renegociaciones.

Este trabajo presenta dos aportes principales. En primer lugar, al discutir la literatura, muestra cómo las renegociaciones de contratos de concesión promueven inversiones socialmente ineficientes, aunque sea eficiente *ex post* modificar esos contratos. La literatura se basa en la teoría de contratos y derechos de propiedad, cuyo principal resultado –tratándose de dos partes privadas que renegocian su contrato– es que se producirá una sub-inversión de activos específicos a la relación contractual, también llamado efecto *bold up* (Klein Crawford y Alchian, 1978; Williamson, 1979; Hart y Moore, 1988)<sup>2</sup>. Cuando se aplica esta literatura a concesiones, es decir, a la renegociación de un contrato entre un privado y el Estado, Saavedra (1998)<sup>3</sup> encontró que no solo es posible encontrar *bold up*, sino también es posible que se sobreinvierta en los activos específicos, sustentando el típico caso de “elefante blanco” en las obras públicas. Todo indica que este último caso es incluso más probable cuando hay corrupción en la política pública de infraestructura.

En segundo lugar, este artículo aporta al conocimiento de las concesiones de infraestructura al hacer un catastro de estas y de sus renegociaciones a lo largo de su cuarto de siglo de existencia. Al respecto, este trabajo revisa en detalle 57 concesiones de obras de transporte, principalmente autopistas y aeropuertos, encontrándose que se han renegociado 49 de dichas obras 235 veces. La gran mayoría de renegociaciones se concentra en las autopistas, tanto urbanas como interurbanas, en donde en promedio se han renegociado entre seis y siete veces cada concesión. De hecho, la obra más concesionada ha sido renegociada 28 veces en sus 20 años de vida. Por último, destaca en el análisis que todos los gobiernos, desde Lagos hasta el segundo período presidencial de Bachelet, han sostenido un elevado nivel de renegociaciones, por lo general en los primeros dos años del respectivo mandato.

El artículo se estructura de la siguiente manera. La próxima sección hace una descripción breve de las concesiones de obras de transporte en Chile, a la luz de la escasa literatura disponible. La sección tres discute las implicancias teóricas en eficiencia económica de las renegociaciones de las concesiones. La sección cuatro hace un análisis más profundo de las concesiones y sus renegociaciones, tanto por tipo de obra como por período presidencial, licitadas al 2013 y renegociadas a junio de 2018.

<sup>2</sup> B. KLEIN, R. CRAWFORD, A. ALCHIAN, “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, *Journal of Law and Economics* 21, pp. 297-326, 1978; O. WILLIAMSON, “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics* 22(12), pp. 233-261, 1979; O. HART, J. MOORE, “Incomplete Contracts and Renegotiations”, *Econometrica* 56(4), pp. 755-785, 1988.

<sup>3</sup> E. SAAVEDRA, “Renegotiating Incomplete Contracts: Over and Underinvestment in Public Infrastructure Franchising”, *Revista de Análisis Económico* 13(1), pp. 149-179, 1998.

Finalmente, la sección cinco concluye con algunas recomendaciones de política y futura investigación.

## II. EVOLUCIÓN DE LAS CONCESIONES EN PERSPECTIVA

Las concesiones de obras públicas comienzan en abril de 1993, con la concesión del túnel El Melón, ubicado 180 kilómetros al norte de Santiago. Desde entonces, solo el MOP por medio de su actual División de Concesiones, ha concesionado más de 90 proyectos de obras públicas en el país, desglosadas en 59 concesiones vigentes, 15 ya finalizadas, 12 concesiones en etapa de construcción y actualmente en operación, además de 12 concesiones recientes en fase de construcción. Adicional a estas concesiones “de infraestructura”, el Estado ha entregado en concesiones otras obras, como son los puertos operados por privados y algunas empresas sanitarias concesionadas.

Tomando en cuenta solo las concesiones de infraestructura de transporte de uso público, esto es en carreteras urbanas e interurbanas, aeropuertos e instalaciones de transporte varias, se adjudicaron en los primeros 20 años del sistema 57 concesiones. Todas ellas se hicieron bajo el esquema BOT, en donde el privado construye, gestiona los activos y opera la concesión y, al final de esta, transfiere al Estado la obra. Dentro de todas esas obras concesionadas, se optó en 62% de los casos licitar por plazo fijo, mientras que en el otro 38% se hizo de acuerdo con el menor valor presente de los ingresos. Según Engel, Fischer y Galetovic (2014)<sup>4</sup>, este último método de asignación de la subasta ha sido el más utilizado en la última década. Cuando se licitó por plazo fijo, la principal variable de asignación de la concesión fue por un pago al fisco o un subsidio al concesionario, o el precio a cobrar por peaje, junto con otras variables de menor peso en la asignación. El Gráfico 1 muestra el número de concesiones en este tipo de infraestructura que ha sido concesionado y se encuentra en operación a junio de 2018. Hay además otras concesiones en infraestructura de transporte de uso público que se encuentran ya concesionadas, pero aún no entran en operación, además de otro número importante de obras no relacionadas al sector transporte, como hospitales, cárceles o plazas, las que también son supervisadas por el MOP<sup>5</sup>.

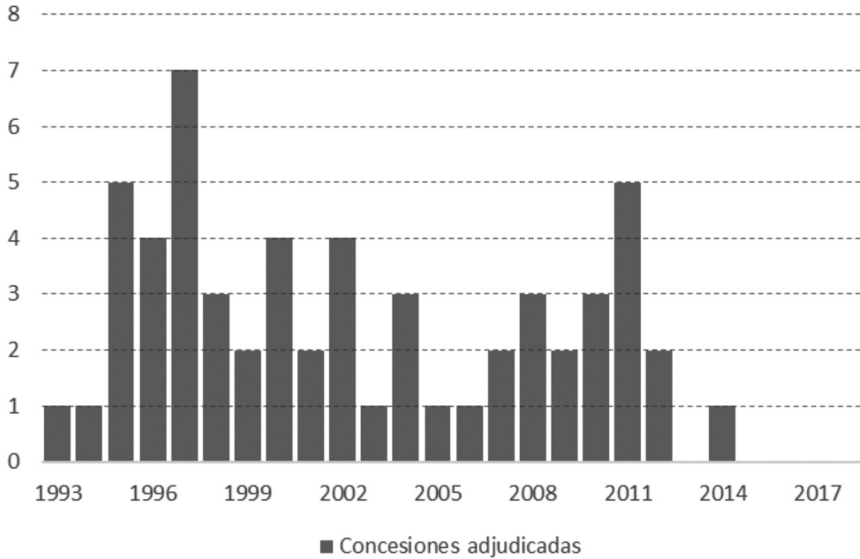
De acuerdo con Bitrán y Villena (2010)<sup>6</sup>, es posible distinguir cuatro períodos muy claros en los primeros 15 años de operación del sistema,

<sup>4</sup> E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, *Economía de las Asociaciones Público-Privadas. Una Guía Básica*, México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

<sup>5</sup> Para detalles, véase <http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/default.aspx> [visita: 18-agosto-2018].

<sup>6</sup> E. BITRÁN, M. VILLENA, “El Nuevo Desafío de las Concesiones de Obras Públicas en Chile: Hacia una Mayor Eficiencia y Desarrollo Institucional”, *Estudios Públicos* 117, pp. 175-217, 2010.

GRÁFICO 1  
CONCESIONES ADJUDICADAS, POR AÑO



Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

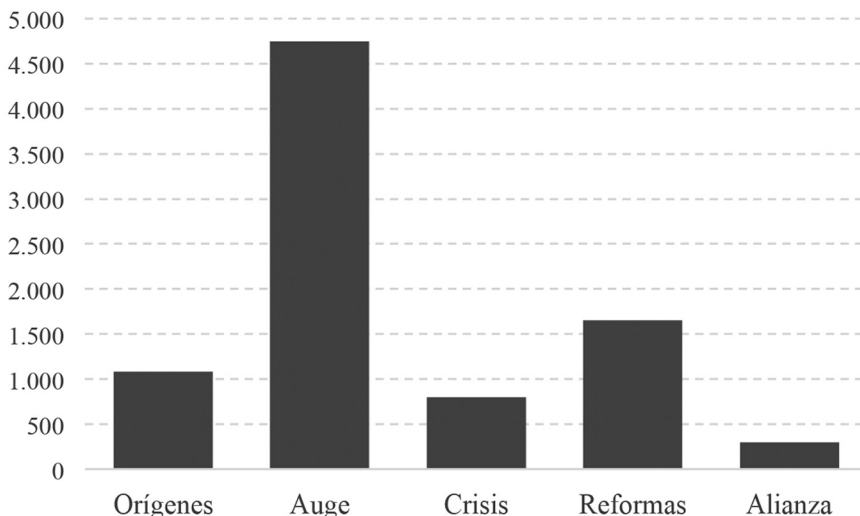
que ellos denominan como los Orígenes, el Auge, la Crisis y las Reformas al sistema, ligadas respectivamente a los gobiernos de Frei (1994 a 1999), Lagos (2000 a 2005) y Bachelet (2006 a 2010). Agrego a dicha definición una última etapa, la que denomino como “Alianza”, correspondiente al primer gobierno de Piñera (2010 a 2014), pero en donde solo considero las concesiones que a 2018 se encuentran ya en operación. Con ello, se aprecia en el Gráfico 2 que el país se ha beneficiado con enormes inversiones de infraestructura que acumuladas en sus primeros 20 años sumaron más de 8 mil millones de dólares. La gran mayoría de estas inversiones son en carreteras y aeropuertos, y en menor medida en obras relacionadas al transporte público en Santiago.

Como reportan Bitrán y Villena (2010)<sup>7</sup>, los orígenes del sistema en el quinquenio 1990 a 1995 muestran dificultades en su implementación, debido principalmente a las carencias presupuestarias y de recursos humanos en el MOP, y al férreo control presupuestario impuesto por el Ministerio de Hacienda. Los proyectos aprobados en dicha etapa fueron menores y los más destacados son el Túnel El Melón, el Camino de la Madera y la Ruta del Itata.

El período de auge del sistema corresponde al segundo quinquenio de los años 90. Este esquema de participación público-privada pasó de ser

<sup>7</sup> E. BITRÁN, M. VILLENA, *op. cit.* [supra § 6]

GRÁFICO 2  
 INVERSIÓN EN PROYECTOS APROBADOS POR PERÍODO, EN MMUS\$



Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

un mecanismo para realizar ciertas inversiones puntuales a uno útil para invertir prácticamente en cualquier obra pública mayor. Se invirtieron en este período alrededor de 4.800 millones de dólares, siendo sus principales hitos la concesión de 1.500 kilómetros de la carretera Panamericana o Ruta 5, en siete tramos, las obras de las carreteras de Santiago a San Antonio y Santiago a Valparaíso y, sobre todo, la exportación de las concesiones a otros sectores, como puertos y aeropuertos. Adicionalmente, fue en este período en que se aprobaron las grandes inversiones en autopistas urbanas, como Costanera Norte, y dos tramos de la Circunvalación de Américo Vespucio. El MOP resuelve sus carencias en recursos humanos con un grupo de trabajo *ad hoc* en lo que es actualmente la Dirección de Concesiones, no obstante ser esta unidad precisamente la génesis de los problemas que ralentizaron las nuevas concesiones en la década siguiente.

El período de crisis, entre 2000 y 2005, vio reducidos los proyectos aprobados a un sexto del monto de inversiones adjudicados en el quinquenio previo. Más que nuevas ideas, el problema se generó por ilegalidades en cómo el MOP resolvió las carencias de personal adecuado para sacar adelante el ambicioso proyecto de concesiones. La salida del cargo en 2001 del ministro Cruz, agravado por el posterior juicio desde 2003 y condena definitiva en 2016<sup>8</sup>, puso en extrema cautela a las autoridades

<sup>8</sup> Caso conocido como MOP-Gate, que comenzó en primera instancia en el 2003 y finalizó con un fallo unánime y condenas a 13 personas en Sentencia definitiva de la Excm.

que le sucedieron. Consecuentemente, el MOP siguió una política de contención para evitar las prácticas que, facilitando el desarrollo de proyectos de concesión, eran derechamente ilegales. Las inversiones aprobadas vía concesiones más emblemáticas pasaron desde las carreteras interurbanas a proyectos principalmente urbanos.

Entre el 2006 y 2010 se realizó un intento serio de reformar el sistema de concesiones, con poco éxito. Se buscó transparentar los pagos de los funcionarios, evitar las renegociaciones y crear la superintendencia de concesiones. Ante el boicot de los concesionarios para presentarse a nuevas licitaciones, por la “inflexibilidad” del ministro Bitrán para renegociar las obras concesionadas, este dejó su cargo en enero de 2008. El ministro Bitar, que le sucedió en el cargo, fue ciertamente más exitoso en sacar adelante estos proyectos, principalmente de obras de infraestructura ligadas al transporte público en Santiago. Debido a las intensas presiones empresariales se abandonó definitivamente durante este período la idea de crear la superintendencia de concesiones, aunque se aprobaron reformas tendientes a reducir la discreción con que actuaba el MOP. Le correspondió al siguiente gobierno implementar dichos cambios.

Finalmente, desde 2010 se realizaron nuevas licitaciones de concesiones, las que demoraron un tiempo en madurar. Caracteriza a este período el avance hacia concesiones en el área social, como la de hospitales. Los primeros años del gobierno de la Alianza (2010-14) se caracterizaron por una paralización de proyectos por la falta de experiencia con el cambio de un gran número de profesionales en el área de Concesiones del MOP. Sin embargo, según veremos en la sección cuatro de este artículo, las renegociaciones de las obras anteriormente concesionadas crecieron notoriamente en este período.

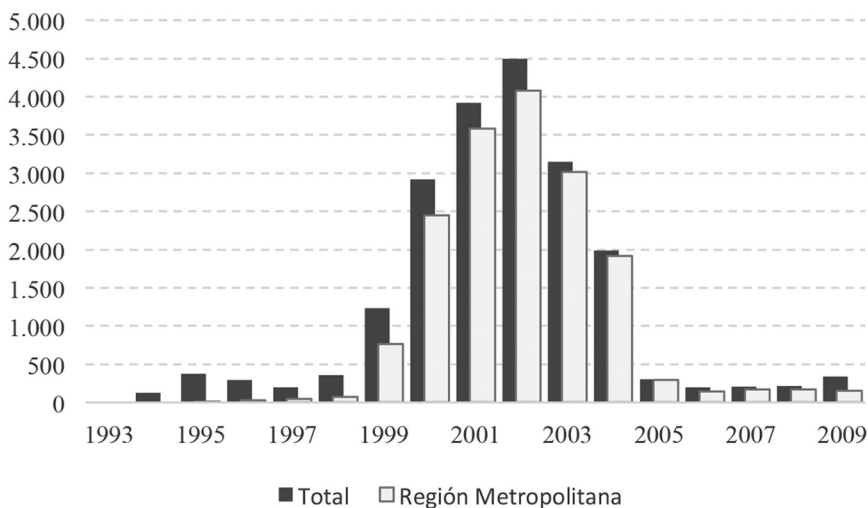
Una mirada complementaria a las inversiones en infraestructura pública por la vía del sistema de concesiones es mostrada por Saavedra (2011)<sup>9</sup>. Este analiza las inversiones realizadas, no las adjudicadas, y muestra que las obras concesionadas se distribuyeron en prácticamente todas las regiones del país, salvo la región de Aysén, aunque de manera desigual. En efecto, se observa en el Gráfico 3 que por lejos la Región Metropolitana capturó la mayor parte de las inversiones en concesiones (83%), mientras que le siguieron muy de lejos las regiones del Biobío (5,4%), Valparaíso (2,8%) y Los Lagos (2,4%). La diversidad en el número de proyectos es consecuencia tanto de la existencia de proyectos social y privadamente viables en todo el país (e.g. en carreteras y aeropuertos), pero su concentración

---

Corte Suprema del 28 de junio de 2016. Aparte de las condenas privativas de libertad, los funcionarios públicos condenados debieron pagar casi 800 millones de pesos por fraude al fisco (causa rol 25378-2014).

<sup>9</sup> E. SAAVEDRA, “Infraestructura en Obras Públicas y Reducción de la Pobreza en Chile”, en O. Jacobs, J. Fontoura y E. Saavedra (eds.). *Inversión en Infraestructura y Reducción de la Pobreza en América Latina*, Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

GRÁFICO 3  
INVERSIÓN EFECTIVA EN CONCESIONES, POR AÑO EN MMUS\$



Fuente: Saavedra (2011).

en la Región Metropolitana se explica principalmente por las necesidades que se hicieron más presentes en la década pasada (e.g. obras para el transporte público en Santiago: Transantiago y carreteras urbanas).

Las concesiones en Chile reflejan un sistema, novedoso en su momento, que resultó ser exitoso para atraer capital privado a las obras de infraestructura que el país necesitaba para sostener el creciente desarrollo de los años 90. No solo se concesionaron obras públicas en carreteras y aeropuertos, sino también en puertos, obras de riego y transporte urbano, cárceles e incluso hospitales. El lado luminoso de todo este proceso es el impacto positivo de estas inversiones en el crecimiento del país y su positivo impacto social (Saavedra, 2011). El país cuenta actualmente con una mejor capacidad institucional para atraer inversiones privadas, se mostró posible conjugar intereses sociales y privados para permitir el crecimiento económico sostenido más importante de la historia de Chile y se cerraron muchas brechas de infraestructura en sectores claves de la economía.

Este proceso ha mostrado también un lado oscuro que autores como Engel, Fischer, Galetovic y Hermosilla (2008), Bitrán y Villena (2010) y Engel, Fischer y Galetovic (2014)<sup>10</sup>, lo resumen muy bien en deficiencias que afectaron la transparencia del sistema, el excesivo compromiso de

<sup>10</sup> E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, M. HERMOSILLA, “Renegociación de Concesiones en Chile”, *Estudios Públicos* 113, pp. 151-205, 2008; E. BITRAN, M. VILLENA, *op. cit.* [supra § 6]; E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, *op. cit.* [supra § 4].

recursos fiscales para enfrentan riesgos que debieron ser enfrentados por los propios privados, y la ineficiencia en la asignación de recursos que son consecuencia directa de las continuas renegociaciones a las que se sometieron diversos gobiernos de diversas tendencias. En otras palabras, la falta de transparencia con que actúa el MOP, a falta de un regulador de las concesiones, ha producido un severo e innecesario riesgo de captura regulatoria, ha expuesto al fisco a riesgos financieros al garantizar el ingreso mínimo de muchas concesiones, y ha dado espacios a actividades de cabildeo al permitir las continuas renegociaciones. Todo ello generó un sobreprecio pagado a los concesionarios que, de acuerdo con los autores mencionados, alcanzó a 32% de los montos originalmente comprometidos.

### III. RENEGOCIACIONES E INEFICIENCIA ECONÓMICA

Toda renegociación de un contrato abre el espacio para una eventual transacción monetaria de compensación que, tratándose del Estado y un privado, pudiera terminar en actos de corrupción que sin dudas serían contrarios al bienestar de la sociedad (Guasch y Straub, 2009)<sup>11</sup>. Sin embargo, si descartamos este problema y suponemos benevolencia de parte del gobierno en todo acto de modificar un acuerdo libremente celebrado entre las partes, aun así tal renegociación genera incentivos perversos que terminarán afectando al menos la eficiencia económica. En efecto, a pesar de que pudieran existir muy buenos argumentos para modificar un contrato de concesión, en particular luego de transcurrido un tiempo largo en que este fue adjudicado y nuevas circunstancias requieren su revisión, esta renegociación no se hará bajo condiciones de competencia como las que llevaron a su adjudicación, lo que no solo genera los problemas mencionados, sino que además lleva a los empresarios privados a desconfiar del Estado como un socio estratégico, lo que les hará tomar decisiones de inversión socialmente ineficientes (Chong, Huet y Saussier, 2006; Bajari, Mc Millan y Tadelis, 2007; Saussier, Staropoli e Yvrande-Billon, 2009; Iossa y Martimort, 2015)<sup>12</sup>.

Un contrato de concesión de larga data tiene, casi por definición, la concurrencia de hechos o circunstancias que no fueron previstas en el

<sup>11</sup> GUASCH, J. L., S. STRAUB, "Corruption and Concession Renegotiations: Evidence from the Water and Transport Sectors in Latin America", *Utilities Policy* 17(2), pp. 185-190, 2009.

<sup>12</sup> E. CHONG, F. HUET, S. SAUSSIER, "Auctions, Ex Post Competition and Prices: The Efficiency of Public-Private Partnerships", *Annals of Public and Cooperative Economics* 77(4), pp. 517-549, 2006; P. BAJARI, J. MACMILLAN, S. TADELIS, "Auctions versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis", *Journal of Law, Economics, and Organization* 25(2), pp. 372-399, 2007; S. SAUSSIER, C. STAROPOLI, A. YVRANDE-BILLON, "Public-Private Agreements, Institutions, and Competition: When Economic Theory Meets Facts", *Review of Industrial Organization* 35(1) pp. 1-18, 2009; E. IOSSA, D. MARTIMORT, "The Simple Microeconomics of Public-Private Partnerships", *Journal of Public Economic Theory* 17(1), pp. 4-48, 2015.



contrato original (Klein, 1998)<sup>13</sup>, ya sea por una excesiva complejidad en el ambiente que influye en las valoraciones de los usuarios y los costos del concesionario (Hart y Moore, 1999; Maskin y Tirole, 1999; Maskin, 2002; Hart, 2003)<sup>14</sup> o de ambigüedad estratégica en las variables a especificar en el contrato original (Bernheim y Whinston, 1998; Reiche, 2006)<sup>15</sup>. Por ejemplo, en el caso de carreteras concesionadas han ocurrido modificaciones a los contratos motivadas por el natural crecimiento de las ciudades, así como la necesidad de realizar obras complementarias como pasarelas peatonales, accesos a la carretera, o pistas adicionales. Todo ello ciertamente elevaría el bienestar de los consumidores *ex post*.

Sin embargo, la mera posibilidad que el contrato de concesión pueda ser revisado durante la vida útil del proyecto ciertamente lleva, tanto al Estado como al concesionario, a tener presente durante el proceso de licitación de la concesión las eventuales renegociaciones futuras. Esto, desde la perspectiva de un inversionista, significa que sin saber *a priori* exactamente por qué, cómo se hará y cuánto dinero le significará, luego de que hunda cuantiosas inversiones existirá un proceso posterior en que puede ser eventualmente expropiado de las ganancias que espera de tales inversiones. Este riesgo le llevará a modificar la manera en que acomete sus inversiones, alejándolas de aquellas que son las óptimas desde la eficiencia económica. El reciente estudio empírico de Gagnepain, Ivaldi y Martimort (2013)<sup>16</sup> muestra cómo este proceso de renegociación afecta los costos, y por esta razón la eficiencia, de infraestructuras concesionadas en Francia a nivel de municipios.

Desde el punto de vista legal, la pregunta relevante es por qué terceras partes, como jueces o árbitros especializados, no pueden resolver los conflictos que aparecen por contingencias no previstas en los contratos originales. Ciertamente, existen mecanismos de resolución de conflictos que aplican y que han sido utilizados por ejemplo en Chile. Sin embargo, menos del 10% de las renegociaciones han surgido por órdenes de los árbitros arbitradores en contiendas entre el MOP y los concesionarios. En la práctica, siguiendo la literatura de contratos relacionales (Macneil, 1978; Goldberg, 1998; Posner, 1999; Anderlini, Felli y Postlewaite, 2007)<sup>17</sup>, las

<sup>13</sup> M. KLEIN, "Bidding for Concessions", *Revista de Análisis Económico* 13(1), pp. 25-49, 1998.

<sup>14</sup> O. HART, J. MOORE, "Foundations on Incomplete Contracts", *Review Economic Studies* 66(1), pag 115-138, 1999; E. MASKIN, J. TIROLE, "Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts", *Review Economic Studies* 66(1), pp. 83-114, 1999; E. MASKIN, "On Indescribable Contingencies and Incomplete Contracts", *European Economic Review* 46(4-5), pp. 725-733, 2002; O. HART, "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships", *Economic Journal* 113(486), pp. C69-C76, 2003.

<sup>15</sup> J. BERNHEIM, M. WHINSTON, "Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity", *American Economic Review* 88(4), pp. 902-932, 1998; S. REICHE, "Ambivalent Investment and the Hold-Up Problem", *Journal of the European Economic Association* 4(6), pp. 1148-1164, 2006.

<sup>16</sup> P. GAGNEPAIN, M. IVALDI, D. MARTIMORT, "The Cost of Contract Renegotiation: Evidence from the Local Public Sector", *American Economic Review* 103(6), pp. 2352-2383, 2013.

<sup>17</sup> I. MACNEIL, "Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law", *Northwestern University Law Review* 72(6),

partes anticipan que habrá renegociaciones, por lo que no se amarrarán a las cláusulas del contrato original, ya que la información es imperfecta y costosa; habrá comportamiento oportunista en ambas partes y, en consecuencia, las Cortes no pueden hacer cumplir los acuerdos. Esto significa, en cuanto al rol de las Cortes, su incompetencia absoluta para dirimir conflictos entre privados debido a la complejidad propia de estos contratos y a la incapacidad de estos para comprender cuál es exactamente la contingencia no prevista que produce la revisión del mismo. Los árbitros especializados reducen, pero no eliminan, esta incompetencia, permaneciendo así la desconfianza en cuanto a la prontitud y el costo con que llegará la justicia. Esta realidad, unida muchas veces a objetivos alineados entre el MOP y los concesionarios, lleva a acordar modificaciones de los contratos de concesión sin siquiera pasar por el mecanismo de mediación y arbitraje.

Una gran fuente de incertidumbre en los contratos de concesión está dada por la volatilidad de la demanda que enfrenta un proyecto de esta naturaleza. Gómez-Ibáñez y Meyer (1993)<sup>18</sup> describen sendas renegociaciones de contratos y el rescate de concesiones fallidas en Estados Unidos, Francia y España en la década de los 70. Igual situación menciona Guasch (2004)<sup>19</sup> respecto de concesiones y otros modos de participación público-privada en América Latina en los 90. Para reducir la volatilidad de los ingresos de las concesiones, Engel, Fisher y Galetovic (2001; 2013)<sup>20</sup> proponen un mecanismo de licitación a plazo variable por el menor valor presente de los ingresos. Este mecanismo ha sido utilizado en muchos procesos de licitaciones de concesiones en Chile. Sin perjuicio de los mecanismos utilizados para reducir los espacios de renegociación de contratos de concesión, siempre es posible que existan contingencias no previstas que conlleven la aparición de comportamientos oportunistas de ambas partes, sean de índole técnica o política, y así promuevan y faciliten modificar las cláusulas originales de un contrato.

Lo que resta de esta sección muestra que las renegociaciones de contratos de concesiones de infraestructura son incluso ineficientes en un contexto libre de prácticas de corrupción, es decir, cuando el gobierno

---

pp. 854-905, 1978; V. GOLDBERG, "Relational Contracts", en P. Newman (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* vol 3, Londres: Macmillan, 1998; E. POSNER, "A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error", *Northwestern University Law Review* 94(3), pp. 754-816, 1999; L. ANDERLINI, L. FELLI, A. POSTLEWAITE, "Courts of Law and Unforeseen Contingencies", *Journal of Law, Economics, and Organization* 23(3), pp. 662-684, 2007.

<sup>18</sup> J. GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. MEYER, *Going Private: The International Experience with Transport Privatization*, Washington DC: Brookings Institution, 1993.

<sup>19</sup> J. L. GUASCH, *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions: Doing it Right*, Washington DC: The World Bank, 2004.

<sup>20</sup> E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, "Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising", *Journal of Political Economy* 109(5), pp. 993-1020, 2001; E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, "The Basic Public Finance of Public-Private Partnerships", *Journal of the European Economic Association* 11(1), pp. 83-111, 2013.

representa los intereses de los usuarios. Bajo este contexto, las renegociaciones llevan tanto a la subinversión de los activos necesarios para llevar adelante las obras, como, en casos muy especiales, a la sobreinversión en estos activos y por tanto a la creación de “elefantes blancos” en la infraestructura pública concesionada.

Para comprender esta ineficiencia de las renegociaciones, considérese el caso en que la autoridad elabora un contrato de concesión que está limitado por tres consideraciones muy relevantes: i) un ambiente muy complejo para sus capacidades de prever las contingencias futuras; ii) la limitación a escribir contratos simples, sin la flexibilidad de realizar o recibir pagos no especificados en el contrato durante la vida útil de la concesión, ni de opciones de finalizarlo antes de lo especificado en el contrato mismo; y iii) la incapacidad del poder judicial o de algún mecanismo de arbitraje *ad hoc* para resolver conflictos en tiempo y forma.

Con estos supuestos, Saavedra (1998)<sup>21</sup> demuestra que una vez develada la complejidad en que se desenvuelve la relación contractual, lo que necesariamente ocurre después que se han hundido las cuantiosas inversiones de obras públicas, nada impide a las partes –el gobierno y el concesionario privado– renegociar el contrato original. Desde el punto de vista de la sociedad, y en un contexto muy simple de información simétrica pero no verificable por terceros –como jueces o árbitros– esta renegociación será eficiente *ex post*, ya que se modificará el contrato original solo si ambas partes lo desean, lo que incrementará el bienestar de la sociedad respecto de no renegociar. Este autor supone, por simpleza, que la variable no verificable es la calidad de la obra, la que depende solo probabilísticamente de las cuantiosas inversiones hechas por el concesionario *ex ante*.

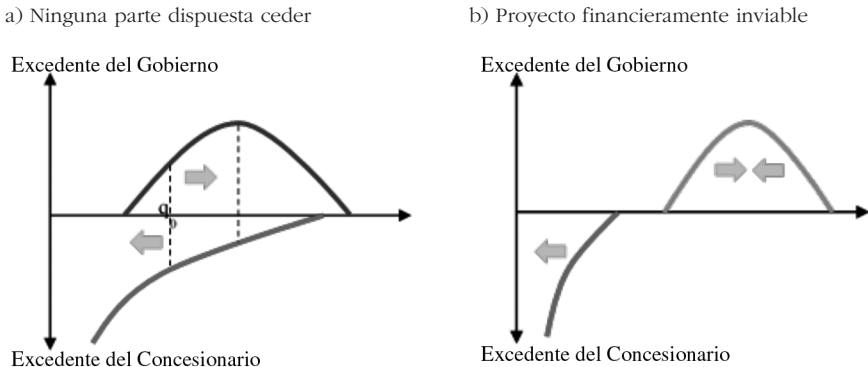
Dicho trabajo encuentra que bajo dos escenarios el contrato original no se renegociará. Uno es cuando ambas partes tienen retornos positivos considerando el contrato original y, por tanto, siempre uno de ellos perderá ganancias renegociando. El otro caso, más bien obvio porque se acaba el proyecto de concesión, ya sea cuando los retornos del concesionario/gobierno son negativos a los niveles de calidad en que los retornos del gobierno/concesionario son positivos. La Figura 1 representa ambas situaciones en que no hay espacios ni factibilidad para renegociar el contrato original.

Este autor también encuentra que existen tres casos en que se debería observar una renegociación del contrato original. Los dos primeros ocurren cuando una de las partes preferiría no realizar el proyecto en las condiciones originalmente pactadas. Así, la otra parte acepta modificar el contrato, pero al tener todo el poder de negociación, deja a aquel dispuesto a terminarlo justamente indiferente entre seguir o no, es decir, todas las

---

<sup>21</sup> E. SAAVEDRA, *op. cit.* [supra § 3].

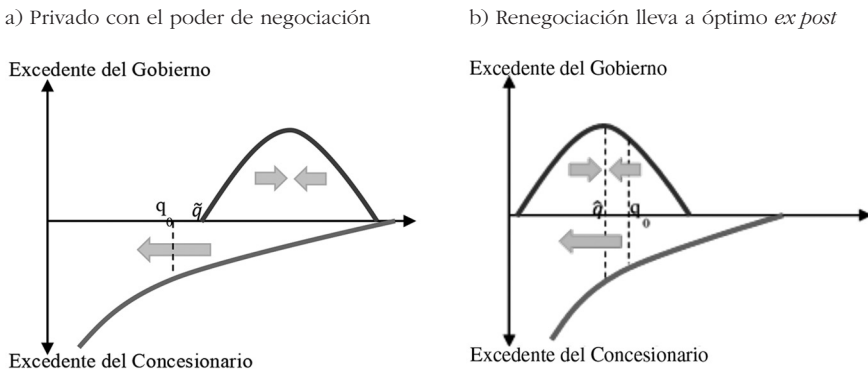
FIGURA 1  
CASOS EN QUE NO HAY RENEGOCIACIÓN



Fuente: Saavedra (1998).

rentas de continuar el contrato quedan en quién no está compelido a negociar. Lo más novedoso de ese artículo es que muestra un resultado muy peculiar a las renegociaciones entre un privado y el gobierno, quien al negociar en nombre de los usuarios también se preocupa de los gastos de la empresa concesionaria. Así, eventualmente cuando la calidad del proyecto resultó ser *ex post* excesiva, ambas partes tienen incentivos a reducirla modificando el contrato original. La Figura 2 muestra uno de los dos primeros casos, aquel en donde el concesionario tiene todo el poder de negociación y acepta elevar la calidad desde  $q_0$  a  $\tilde{q}$ ; además del tercer caso, aquel en donde ambas partes prefieren renegociar el contrato y bajar la calidad desde  $q_0$  a  $\hat{q}$ .

FIGURA 2  
DOS CASOS EN QUE HAY RENEGOCIACIÓN



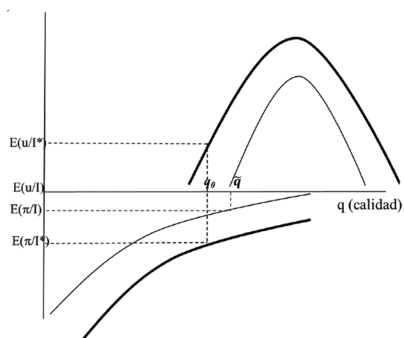
Fuente: Saavedra (1998).

Con estos incentivos a modificar el contrato original, tanto sea por interés del gobierno, el concesionario o de ambos, pero en donde terceros, en particular jueces y árbitros que deberían resolver una eventual disputa entre las partes son miopes e incapaces de resolver un conflicto de esta naturaleza, se genera una externalidad negativa respecto del privado que debe realizar las inversiones en obras de infraestructura: no es el único beneficiario residual de dichas inversiones, ya que existen estados de la naturaleza en que el Estado, vía renegociaciones, se expropiará de parte de ellas. De igual manera, el privado podría beneficiarse de los excedentes que aparecen luego de develada la realidad de costos o deseo a pagar de los usuarios, lo que también le lleva a modificar sus decisiones de inversión *ex ante*. Esta situación puede llevar a una subinversión en las obras necesarias para que el proyecto sea socialmente eficiente –conocido como efecto *hold up*– precisamente cuando el concesionario espere que no haya renegociación reduciendo esas inversiones, o que, haciéndolo, finalice en una situación donde obtiene todo el excedente *ex post* tal como es el caso a) de la figura precedente. Asimismo, dicho trabajo muestra que la firma sobreinvertirá en activos específicos a la concesión cuando es más probable que en la renegociación se baje la calidad del servicio, como mostrado en el caso b) de la figura precedente, lo que hará en tanto el beneficio marginal de dicha sobreinversión supere a su costo marginal, o matemáticamente si  $E(\pi / I') - E(\pi / I^*) > I' - I^*$ .

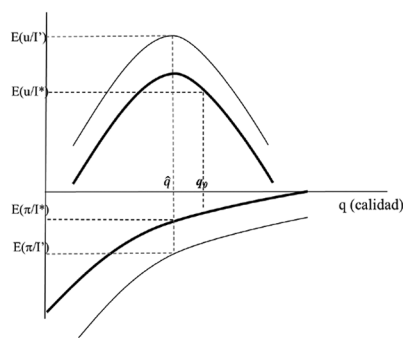
En la Figura 3 se muestran ambos casos de distorsión de las inversiones en las obras concesionadas.

FIGURA 3  
SUBINVERSIÓN Y SOBREENVERSIÓN EN OBRAS CONCESIONADAS

a) Un caso de subinversión



b) Un caso de sobreinversión



Fuente: Saavedra (1998).

En suma, la literatura de contratos incompletos muestra que en contratos simples, sin contingencias expresas en su redacción, y en ambientes de alta complejidad, la renegociación de los contratos no solo es posible

sino que, haya o no buenas intenciones, abre el apetito del oportunista y distorsiona la asignación de recursos. En concreto a concesiones de obras públicas, Saavedra (1998)<sup>22</sup> demostró que es posible tanto que se subinvierta en los activos necesarios para entregar el servicio como que se sobreinvierta en estas obras de infraestructura. Cualquiera sea el caso, las inversiones dejan de ser eficientes y, en consecuencia, las renegociaciones de concesiones serán así perjudiciales para la sociedad.

#### IV. LAS RENEGOCIACIONES DE CONCESIONES EN CHILE

El trabajo de Engel, Fischer, Galetovic y Hermosilla (2008)<sup>23</sup> es el único esfuerzo que se ha hecho a la fecha en sistematizar las renegociaciones de las concesiones en Chile. Los autores encontraron que a dicha fecha se habían adjudicado 50 contratos de concesión en obras de transportes, habiéndose renegociado 43 de ellos. El resultado más relevante de dicho trabajo, además de constatar lo generalizado de las renegociaciones de las concesiones en Chile, fue encontrar que ellas habían incrementado en 32% el costo de las obras. Esto significó que US\$ 2.500 millones fueron traspasados desde el fisco o de los usuarios a las concesionarias, sin mediar un proceso competitivo para ello. La reforma legal de fines de 2009 estableció límites al actuar del MOP (Bitrán y Villena, 2010)<sup>24</sup>, los que se implementaron durante el primer gobierno de Piñera. Sin embargo, el Gráfico 4 muestra que muy poco se aprendió, ya que contrario a reducirse, el número de renegociaciones se incrementó en 2010 y siguió siendo elevado en los años siguientes<sup>25</sup>.

Se ha destacado en dicho gráfico, en una barra más oscura, el año de inicio de un período presidencial. Se aprecia que, salvo en 2006 durante el primero gobierno de Bachelet y 2018 en el actual gobierno de Piñera, existe un ciclo político en las renegociaciones. Esto es, en la medida que se inicia un nuevo gobierno, las renegociaciones crecen respecto del

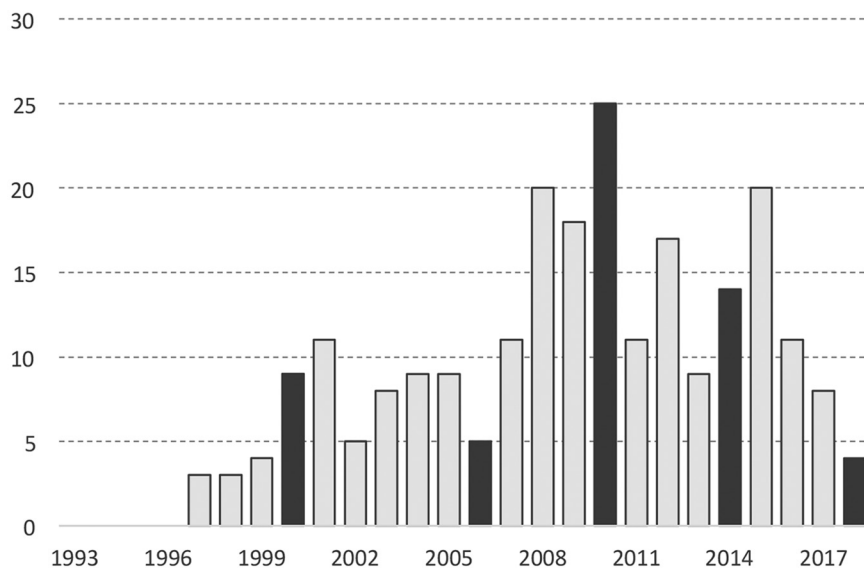
<sup>22</sup> E. SAAVEDRA, *op. cit.* [supra § 3].

<sup>23</sup> E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, M. HERMOSILLA, *op. cit.* [supra § 10].

<sup>24</sup> E. BITRAN, M. VILLENA, *op. cit.* [supra § 6].

<sup>25</sup> Se debe hacer notar que se trabaja con 57 obras concesionadas del sector transportes y que, a mayo de 2018 o antes de esta fecha, estuvieron en operación. Estas obras fueron adjudicadas entre 1993 y 2014. Se consideró que una renegociación era tal solo si existía un Decreto Supremo (DS) que lo dictaminara, firmado por el Presidente y los ministros de Obras Públicas y de Hacienda, con toma de razón de la Contraloría General de la República. Por ello, se supuso que no es una renegociación una Resolución General de Obras Públicas (RGOP), ya que ella es válida solo con el respectivo DS. Esto explica el menor número de renegociaciones en los últimos dos años, ya que se detallan en la página web del MOP, para los últimos dos años, varias RGOP sin el respectivo DS. Tampoco se consideran como renegociaciones de concesiones aquellos DS que no conllevan una transacción monetaria de algún tipo entre Gobierno o los usuarios y el concesionario. Todo lo anterior indica que el número real de renegociaciones de contratos de concesión es mayor que aquel con el que acá se trabaja.

GRÁFICO 4  
NÚMERO DE RENEGOCIACIONES, POR AÑO



Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

año previo. Una explicación razonable es que el nuevo gobierno quiere mostrar rápidamente que hay actividad económica, y una manera fácil de lograrlo es acordar obras adicionales con las concesionarias; mal que mal finalmente estas obras serán pagadas por quienes no están sentados en la mesa: los usuarios futuros al extender el plazo de concesión o los usuarios presentes si el pago es con mayores tarifas. Esto no sucedió en el bienio 2006-07, pues el ministro Bitrán fue públicamente reacio a las renegociaciones masivas. Por lo mismo, se aprecia que en 2008-09, con la llegada del ministro Bitar al cargo, las renegociaciones crecieron casi en 100%. En 2018, con el inicio del segundo gobierno de Piñera, tampoco se observa el incremento en las renegociaciones, lo que se explica en gran parte porque la data contiene la mitad de este año.

Al separar las concesiones por tipo de obra se aprecia que las renegociaciones son generalizadas en todos los tipos de obras concesionadas, salvo en aeropuertos en donde 12 de 19 concesiones fueron renegociadas. La Tabla 1 muestra que el total de concesiones en autopistas urbanas y de otras obras de transporte fueron renegociadas; mientras que, en autopistas interurbanas, en donde se ha incluido al túnel El Melón, todas sus concesiones fueron renegociadas salvo dicha obra.

Asimismo, se aprecia en esta tabla que las autopistas urbanas e interurbanas tienen entre seis y siete renegociaciones en promedio cada una, muy por encima de las renegociaciones en aeropuertos y otras obras de

TABLA 1  
 RENEGOCIACIONES, POR TIPO DE OBRA

Sector	Concesiones adjudicadas	Concesiones renegociadas	%	Número de renegociaciones	Renegociaciones por obra renegociada
Aeropuertos concesionados	19	12	63	22	1,8
Autopistas interurbanas	25	24	96	146	6,0
Autopistas urbanas	8	8	100	56	7,0
Otras obras de transporte	5	5	100	11	2,2
Total	57	49	86	235	4,8

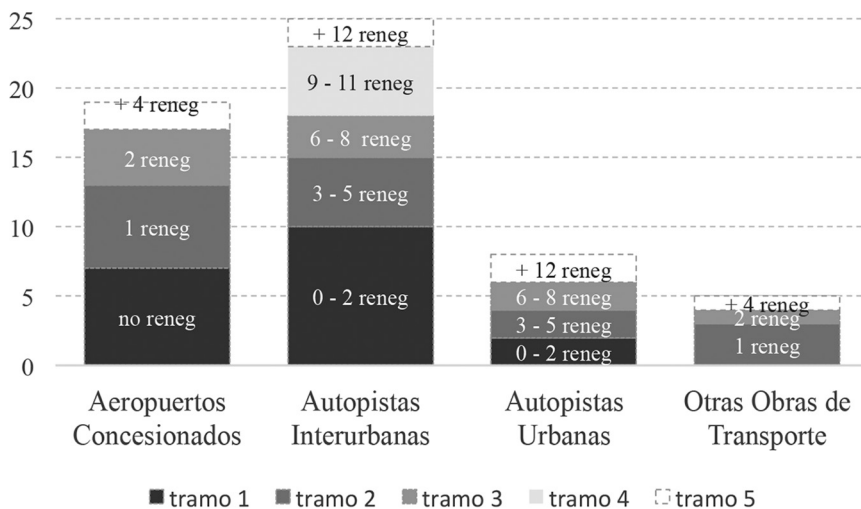
Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

transporte con alrededor de dos renegociaciones cada obra. De hecho, hay dos concesiones interurbanas y una urbana que tienen más de una quincena de modificaciones en sus contratos, una de estas llega a 28 renegociaciones. Existe la tentación de argumentar que la razón a dichas diferencias sería el que los contratos de concesión de autopistas dejan más espacios para su revisión, por ser obras más complejas de describir contractualmente. Puede ser esa una razón correcta, pero también pueden existir otras razones, como que fueron las primeras obras en ser concesionadas y por ello había menos experiencia en el MOP; se trata de obras con inversiones comprometidas ciertamente más cuantiosas, lo que podría abrir el apetito al privado para obtener grandes ganancias en cada renegociación; o que la duración de esas obras es mayor y por tanto al haber más tiempo hay más posibilidades de renegociar. Puede que haya un poco de verdad en todas esas explicaciones, por lo que solo un adecuado análisis estadístico, que se discute al final de esta sección, puede separar cada una de ellas y dirimir en dónde podría estar la verdad.

Muchas veces los promedios mueven a engaño. Por ello, el Gráfico 5 muestra la distribución de los contratos de concesión renegociados. Como la cantidad de renegociaciones de cada contrato difiere por tipo de obra, se opta por mostrar cinco tramos por cada una, pero diferentes entre sí. Se observa que 17 de los 19 aeropuertos concesionados no han sido renegociados o lo han sido a lo más dos veces, mientras que solo dos de ellos han sido renegociados cuatro veces o más. En 15 de las 25 autopistas interurbanas ha habido hasta cinco renegociaciones, es decir, menos que las seis veces que ellas se han renegociado en promedio; mientras que cinco de ellas se han renegociado entre nueve y 11 veces, y los casos excepcionales son aquellas dos concesiones interurbanas que se han renegociado en 17 y 28 veces cada una. En autopistas urbanas, seis de ellas se han renegociado bajo el promedio (siete veces), por lo que las dos obras que aparecen con más de 12 renegociaciones explican en



GRÁFICO 5  
NÚMERO DE RENEGOCIACIONES POR CONCESIÓN, POR TIPO DE OBRA



Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

gran parte el elevado promedio de renegociaciones para las autopistas urbanas, una de ellas con 13 y la otra con 19 renegociaciones.

Una regularidad constatada en trabajos previos es que muchas obras son renegociadas muy luego de iniciada la concesión. Guasch (2004)<sup>26</sup> reporta que muchas obras concesionadas y privatizadas en América Latina en los años 90 fueron renegociadas incluso antes de ser utilizadas por los usuarios. Igual situación menciona Engel, Fischer, Galetovic y Hermosilla (2008)<sup>27</sup> para Chile hasta 2007. Montesinos y Saavedra (2012)<sup>28</sup> muestran que las primeras adendas a los contratos de concesión en Perú fueron al año de adjudicadas, corroborando lo encontrado por el primer trabajo mencionado.

Al respecto, la Tabla 2 muestra diferentes lapsos de tiempo de duración de los contratos de concesión en Chile.

Las columnas de más a la izquierda muestran la duración hasta la fecha del decreto supremo de la primera renegociación, respectivamente con la fecha de adjudicación y con la del inicio de la concesión. La duración

<sup>26</sup> J.L. GUASCH, *op. cit.* [supra § 19].

<sup>27</sup> E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, M. HERMOSILLA, *op. cit.* [supra § 10].

<sup>28</sup> J. MONTESINOS, E. SAAVEDRA, "Renegotiation of Concession Contracts: Empirical Evidence for Public Transport Infrastructure in Peru", Conference on the Economics of the Public-Private Partnerships, IESE Barcelona, 2012. Disponible en [www.iese.edu/en/ad/sp-sp/2012/ConferenceEconomicsPPP/ConferenceontheEconomicsofthePPP.asp](http://www.iese.edu/en/ad/sp-sp/2012/ConferenceEconomicsPPP/ConferenceontheEconomicsofthePPP.asp) [visita: 28-agosto-2018]

TABLA 2  
DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN, POR TIPO DE OBRA

Sector	Duración desde adjudicación	Duración desde inicio de concesión	Duración promedio	Sin la última renegociación
Aeropuertos concesionados	4,9	4,5	8,2	4,3
Autopistas interurbanas	4,2	3,5	5,9	3,2
Autopistas urbanas	3,2	2,6	3,6	2,2
Otras obras de transporte	4,4	4,2	9,1	3,8
Total	4,2	3,6	6,4	3,4

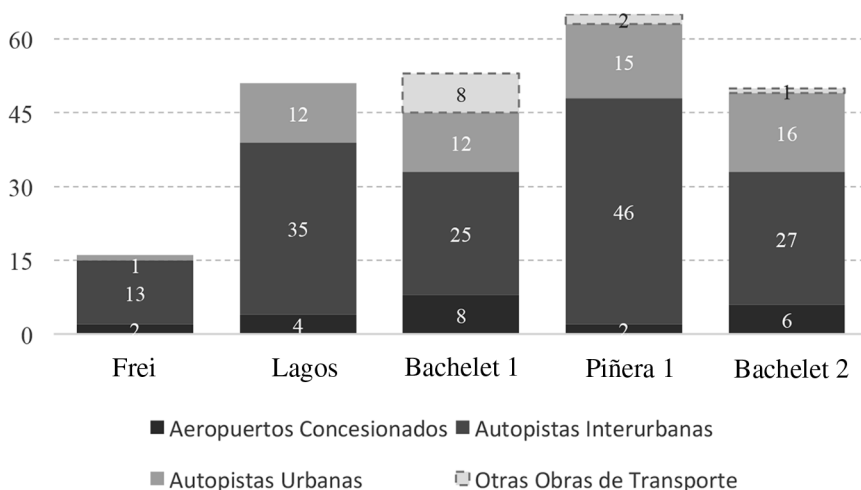
Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

del contrato original es en promedio de 3,6 años desde el inicio de la concesión, tratándose este tiempo de un plazo máximo y, ciertamente, no da luces de cuándo se habrían iniciado las tratativas para modificar el contrato. Es interesante notar que si bien, en promedio, el contrato se habría oficialmente modificado luego de la entrada en operación de la obra –ya que ellas en general demoran menos de 3,6 años en estar disponibles– hay contratos que fueron renegociados durante la fase de construcción. De hecho, dos de ellos –la concesión Santiago-Talca y la Autopista Costanera Norte– fueron renegociados incluso antes de oficialmente darse por iniciada la concesión de la respectiva obra.

Destaca dicha tabla, además, en sus dos columnas de la derecha, que cada contrato duró o ha durado hasta el 30 de junio de 2018, un promedio de 6,4 años, siendo los contratos en aeropuertos y otras obras de transporte los que más duran (entre 8 y 9 años en promedio), mientras que los de las autopistas urbanas tienen los contratos de menor duración (3,6 años en promedio). Sin embargo, si se saca de dicho promedio el tiempo que ha durado sin renegociarse el contrato desde la última vez que se modificó, las duraciones de los contratos promedio por tipo de obra son muy cercanos a la duración promedio de los contratos originales desde el inicio de la concesión. Todo ello indicaría que, en general llegado un momento, los contratos dejan de renegociarse.

En cuanto a cómo han sido estas renegociaciones por período presidencial, el Gráfico 6 muestra su distribución por tipo de obra para los períodos presidenciales de Frei (1994-2000), Lagos (2000-06), Bachelet 1 (2006-10), Piñera 1 (2010-14) y Bachelet 2 (2014-18). Lo primero que se observa es el elevado número de renegociaciones, salvo durante el gobierno de Frei. De 51 renegociaciones que firmó Lagos, más del 70% fueron en carreteras interurbanas y 25% en autopistas urbanas. El gobierno de Bachelet 1 renegoció 53 veces los contratos de concesión, pero más

GRÁFICO 6  
NÚMERO DE RENEGOCIACIONES POR PERÍODO PRESIDENCIAL, POR TIPO DE OBRA



Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

repartidos, ya que entre ambos tipos de autopistas se reparten el 70% de las renegociaciones, quedando el otro 30% en partes iguales entre aeropuertos y obras de transporte concesionadas. El gobierno de Piñera 1 fue el que más renegociaciones realizó durante su mandato presidencial, 64 veces. De ellas, 71% fue en autopistas interurbanas y 23% en urbanas. Por último, el período de Bachelet 2 muestra nuevamente una mayor repartición por tipo de obra, con 54% de las renegociaciones en autopistas interurbanas, 32% en urbanas y 12% en aeropuertos.

Como los períodos presidenciales comparados tienen una extensión diferente y, además, el número de obras concesionadas fue creciendo en el tiempo, las comparaciones del gráfico precedente podrían sobrerrepresentar el mayor número de renegociaciones hechas durante el gobierno de Piñera 1. Por ello, la Tabla 3 muestra diferentes estadísticas que corroboran el hecho que fue durante dicho período presidencial cuando se realizó el mayor número de renegociaciones de contratos de concesiones de transporte. Lo primero que se constata de dicha tabla es que el número de contratos renegociados es muy parecido en todos los gobiernos, salvo en el de Frei donde son claramente menores. Sin embargo, debido a que el total de contratos que estaban vigentes en algún momento de cada mandato difiere entre ellos, se aprecia que fue el gobierno de Lagos el que, en términos porcentuales, renegoció más contratos, casi dos de tres de los contratos vigentes en su período. Los dos gobiernos de Bachelet y el primero de Piñera renegociaron uno de cada dos contratos durante su respectivo período presidencial.

TABLA 3  
DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN, POR PERÍODO PRESIDENCIAL

Presidente	Concesiones vigentes (en período)	Concesiones renegociadas	%	Número de renegociaciones	Promedio por año	Renegociaciones por año, por contrato renegociado
Frei	25	10	43	16	2,7	1,6
Lagos	39	25	64	51	8,5	2,0
Bachelet 1	49	23	47	53	13,3	2,3
Piñera 1	52	27	52	65	16,3	2,4
Bachelet 2	50	24	48	50	12,5	2,1

Fuente: Elaboración propia, basado en MOP.

Lo segundo que nos dice la Tabla 3 es que fue el primer gobierno de Piñera el que más veces renegoció contratos, con 65 renegociaciones entre marzo de 2010 y marzo de 2014; mientras que los gobiernos de Lagos y los dos de Bachelet lo hicieron entre 50 y 53 veces. Al mirar el promedio de renegociaciones por año, el gobierno de Piñera 1 renegoció 16 contratos por año; mientras que los de Bachelet fueron respectivamente de 13 y 12 por período presidencial. Muy por debajo están las 8,5 renegociaciones por año durante el gobierno de Lagos y poco menos de tres por año durante el gobierno de Frei. En cuanto al número de veces que un mismo contrato renegociado se modificó, en el primer mandato de Piñera fue de 2,4 veces en promedio, seguido de cerca por Bachelet 1 con 2,3 veces y un poco menos los de Bachelet 2 y Lagos con 2,1, y 2 veces, respectivamente. Muy por debajo, cada contrato renegociado durante el gobierno de Frei se revisó, en promedio, 1,6 veces.

Finalmente, unas breves palabras para los determinantes de estas renegociaciones de contratos que, como hemos mencionado, de acuerdo con el diseño de las concesiones de obras de transporte, no deberían revisarse sino hasta el fin del período de concesión. Los trabajos empíricos para América Latina (Guasch, 2004; Guash, Laffont y Straub, 2006; 2007; 2008)<sup>29</sup>, específicos a Perú (Montesinos y Saavedra, 2012; Aguirre y Rossi, 2013; Ruiz, 2015)<sup>30</sup>, y para países europeos (Chong, Huet y Saussier, 2006;

<sup>29</sup> J.L. GUASCH, *op. cit.* [supra § 19]; J.L. GUASCH, J.-J. LAFFONT, S. STRAUB, “Renegotiations of Concession Contracts: A Theoretical Approach”, *Review of Industrial Organization* 29(1-2), pag.: 55-73, 2006; J.L. GUASCH, J.-J. LAFFONT, S. STRAUB, “Concessions of Infrastructure in Latin America: Government-led Renegotiations”, *Journal of Applied Econometrics* 22(7), pp. 1267-1294, 2007; J.L. GUASCH, J.-J. LAFFONT, S. STRAUB, “Renegotiations of Concession Contracts in Latin America: Evidence from the Water and Transport Sectors”, *International Journal of Industrial Organization* 26(2), pp. 421-442, 2008.

<sup>30</sup> J. MONTESINOS, E. SAAVEDRA, *op. cit.* [supra § 23]; J. AGUIRRE, M. ROSSI, “Electoral Cycles and Renegotiation of Transport Infrastructure Concession Contracts”, en A. Picot (ed.) *The Economics of Infrastructure Provisioning: The Changing Role of the State*, CESifo seminar series, Cambridge Massachusetts: MIT Press, 2013; G. RUIZ, “Incompleteness and Renegotiation

Saussier, Staropoli y Yvrande-Billon, 2009; Baeza y Vasallo, 2010; Cryz y Marques, 2015)<sup>31</sup> encuentran que es posible reducir las renegociaciones de concesiones si se diseñan adecuadamente las licitaciones, los respectivos contratos y las instituciones que los diseñan y velan por su cumplimiento, además de condiciones del entorno económico.

Con mayor o menor grado, estos autores han encontrado como relevantes en cuanto a las variables relacionadas al diseño de las licitaciones y los contratos, las siguientes variables: si el contrato considera ingresos garantizados, si los proyectos son cofinanciados, la duración de la concesión, si los derechos de propiedad de los terrenos están o no saneados, el número de oferentes que pujaron en la licitación, la nacionalidad de los oferentes, su experiencia en el sistema de concesiones y la variable misma de adjudicación. En cuanto a las variables institucionales, han mostrado algún grado de relevancia la experiencia del regulador en contratos de concesiones, su autonomía financiera y la existencia de ciclos políticos. Por último, en cuanto a factores del entorno se considera la evolución del PIB, la tasa de interés y el tipo de cambio.

En concreto en cuanto a Chile, estimando un modelo que mide la probabilidad que un contrato de concesión sea renegociado en un año calendario, usando el método *probit*, Correa (2015)<sup>32</sup> encontró que: i) las garantías de ingreso mínimo, contrario a lo propuesto por sus defensores, aumenta la probabilidad de renegociar un contrato de concesión entre 14% y 19%; ii) asignar la concesión por menor valor presente de los ingresos, lo que significa un plazo de concesión variable, lleva a menos renegociaciones que en esquemas de plazo fijo, con un efecto marginal entre 8% y 10%; iii) la experiencia de las empresas reduce la probabilidad de renegociar entre 2% y 3%; iv) los contratos son más probables de ser renegociados en los primeros cuatro años de concesión; v) los concesionarios nacionales tienen 5% menos de probabilidad de renegociar el contrato de concesión; y vi) un menor crecimiento económico en el período previo aumenta en 1% la probabilidad de renegociación. Todos los resultados de dicho autor están basados en una muestra de 58 contratos adjudicados hasta la década pasada y renegociados hasta 2012, con solo 95 renegociaciones reportadas.

---

of Concession Contracts: An Empirical Evaluation”, *Journal of Applied Economic Sciences* 10(1), pag.104-127, 2015.

<sup>31</sup> E. CHONG, F. HUET, S. SAUSSIER, *op. cit.* [supra § 12]; S. SAUSSIER, C. STAROPOLI, A. YVRANDE-BILLON, *op. cit.* [supra § 12]; M. BAEZA, A. VASALLO, “Private Concession Contracts for Toll Roads in Spain: Analysis and Recommendations”, *Public Money and Management* 30(5), pp. 299-304, 2010; C. CRUZ, R.C. MARQUES, “Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructure”, en G. BEL, T. BROWN y R.C. MARQUES (eds.) *Public-Private Partnerships: Infrastructure, Transportation, and Local Services*, Londres y Nueva York: Routledge.

<sup>32</sup> I. CORREA, “Renegociación en Contratos de Infraestructura de Transporte: El Caso de Chile”, Tesis de Magíster en Economía, Universidad Alberto Hurtado, 2015.

## V. CONCLUSIONES

¿Por qué hay tantas renegociaciones de contratos de concesión de transporte en Chile? Si se sacaran las concesiones de aeropuertos y el Túnel El Melón, nos encontramos con la cruda realidad que todos los proyectos de autopistas, urbanas e interurbanas, las obras requeridas para hacer operativo el Transantiago y otras obras de transporte licitadas hasta el 2014 se han renegociado. En la base de datos utilizada se trata de 86% de todas las obras. Pero lo peor aún es que se trata de 235 renegociaciones; es decir, en 25 años de una historia exitosa en atraer inversiones privadas para obras de transporte de uso público, se ha renegociado en promedio poco más de cuatro veces cada contrato de concesión.

Es difícil encontrar argumentos que sustenten esta política sistemática de revisar los contratos de concesión en Chile, salvo que se apele a explicaciones de economía política del problema, como corrupción, votantes desinformados, grupos de interés, entre otras. Efectivamente, la complejidad del ambiente en que se instala una obra de infraestructura puede llevar a que *ex post* sea conveniente su revisión, aun cuando se ha mostrado que igualmente afecta la eficiencia económica. No obstante, el abultado número y lo endémico de las renegociaciones señalan una práctica que está asentada y que será de muy difícil erradicación.

Este trabajo no solo apunta a mostrar cuán extendido está el mal de revisar un mecanismo de asignación que se diseñó bajo la lógica de reemplazar a la competencia en el mercado, pero con la lógica de eficiencia económica que le subyace. Este trabajo además apunta a plantear posibles soluciones y mecanismos de compromiso que podría implementar la propia autoridad para reducir las renegociaciones.

En cuanto a esto último, investigación futura debería hacerse para comprender de mejor manera qué variables propias de las licitaciones de las concesiones en Chile, las características institucionales del MOP y de su División de Concesiones, y del entorno económico y político en que se insertan las obras de infraestructura inciden más en las sus renegociaciones. Solo así será posible rediseñar estas licitaciones y la institucionalidad del concedente para reducir un mal que afecta de manera directa la eficiencia de estas inversiones, y de manera indirecta por la importancia de la infraestructura de uso público, la productividad del país.



# **LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN INFRAESTRUCTURAS Y LA REFORMA DEL SISTEMA CONCESIONAL ESPAÑOL DE AUTOPISTAS DE PEAJE\***

**EDUARDO ENGEL\*\***

**RONALD FISCHER\*\*\***

**ALEXANDER GALETOVIC\*\*\*\***

**GINÉS DE RUS\*\*\*\*\***

## I. INTRODUCCIÓN

Los dos casos polares para construir, operar y mantener infraestructura son la provisión pública directa y la privatización. Entre ellos hay un menú de contratos de colaboración público-privada. El sistema concesional es el más atractivo cuando es preferible que el Estado mantenga la planificación de la red, cediendo temporalmente, “a riesgo y ventura”, su operación y mantención al sector privado.

Las autopistas de peaje en España se construyen y gestionan mediante este sistema. En principio, podría pensarse que la participación privada evita, por un lado, ejecutar proyectos socialmente no rentables y, por el otro, garantiza la gestión eficiente. Sin embargo, el sistema concesional

---

\* Esta es una versión abreviada de “Colaboración Público-Privada en infraestructuras: reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje”, Fedea Policy Papers 2015/11. Agradecemos el financiamiento de Fedea y los comentarios de Jaime Arancibia, Ángel de la Fuente, Bruno de la Fuente, Enric Pérez, Xavier Borrás, y Margarita Falguera, Los errores u omisiones son de nuestra responsabilidad.

\*\* Ph.D. en Economía, Massachusetts Institute of Technology (MIT), Ph.D. en Estadística, Stanford University, Profesor Titular de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile.

\*\*\* M.A. en Economía, University of Pennsylvania, Ph.D. en Economía, University of Pennsylvania, Profesor titular, Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile.

\*\*\*\* Ph.D. Economics, Princeton University, Estados Unidos, Profesor de Economía, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de los Andes, Chile, Visiting Fellow, Hoover Institution, Universidad de Stanford.

\*\*\*\*\* Ph.D. Economics, University of Leeds, Reino Unido. Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y profesor de Análisis Coste-Beneficio en la Universidad Carlos III de Madrid.



español de autopistas de peaje necesita ser reformado. Esta modalidad de colaboración público-privada, que ha permitido la construcción de una red de autopistas de alta calidad con financiación privada, no ha evitado ni la construcción de elefantes blancos ni las renegociaciones de los contratos con las consiguientes modificaciones de precios y plazos iniciales y el recurso a las ayudas públicas. Además, la anticipación de la posibilidad de renegociar y la fecha temprana de dichas renegociaciones inducen a pensar que problemas de selección adversa y de daño moral son altamente probables en el sistema concesional español. En el primer caso, porque concesionarios con mayores recursos y habilidades negociadoras pueden desplazar a otros más eficientes. En el segundo caso, porque si la renegociación es posible se reduce el incentivo a esforzarse en minimizar los costes de construcción y mantenimiento.

Existe acuerdo acerca de la necesidad de cambiar la distribución de riesgos actual porque no es eficiente y compromete la inversión a largo plazo. En este trabajo sostenemos que los problemas recurrentes de las concesiones de autopistas de peaje se deben al diseño defectuoso de los contratos. Sugerimos modificar el ineficiente reparto de riesgos que contiene, para eliminar los errores más evidentes.

Nuestro análisis no es jurídico sino económico y de incentivos, por lo que no es necesario centrarnos en la ley, aunque nos referimos a ella para ilustrar los problemas y defectos del sistema actual.

El resto del trabajo se organiza como sigue. En la sección 2 describimos el sistema de concesiones de carreteras español. En la sección 3 describimos los principios que debería seguir una ley de concesiones. En la sección 4 aplicamos estos principios para evaluar al sistema de concesiones de autopistas de peaje español. La sección 5 concluye.

## II. EL MODELO DE CONCESIONES EN CRISIS

Las autopistas de peaje construidas, mantenidas y operadas por empresas privadas son de larga data en España. Desde la ley de 26 de febrero de 1953 sobre la construcción del sector privado de carreteras de peaje que reguló la primera infraestructura de peaje (el túnel de Guadarrama en 1960) hasta la reciente crisis de las radiales de Madrid, se han adjudicado 32 proyectos recogidos en el Cuadro 1. Actualmente el Estado español las concesiona al amparo de un marco regulatorio que se basa en dos pilares normativos: la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, y la normativa general de contratación dentro del sector público aplicable a las concesiones de obra pública<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El análisis original del sistema concesional de autopistas de peaje en España se encuentra en BAEZA, M. A. (2008): Planificación económico-financiera de las concesiones de autopistas

CUADRO 1  
PLAZOS CONCESIONALES INICIALES Y AMPLIADOS DE LOS TRAMOS  
DE AUTOPISTAS DE PEAJE ESTATALES

Tramo de autopista	Plazo inicial (años)	Años transcurridos hasta la primera modificación	Extensión de plazo (años)
Barcelona-La Junquera	38	17	18
Mongat-Mataró	38	17	18
Barcelona-Tarragona	37	16	17
Montmeló-El Papiol	21	4	27
Zaragoza-Mediterráneo	25	9	24
Villalba-Villacastín	50	13	
Villacastín-Adanero	45	9	
Bilbao-Behobia	35	14	
Burgos-Málzaga	20	5	23
Sevilla-Cádiz	24	8	27
Tarragona-Valencia	27	10	21
Valencia-Alicante	27	5	20
El Ferrol-F. portuguesa	39	1	36
Bilbao-Zaragoza	22	5	31
León-Campomanes	46	6	29
Málaga-Estepona	50	4	
Estepona-Guadiaro	55		
Alicante-Cartagena	50		
R-3 Madrid-Arganda	50		
R-5 M.-Navalcarnero	50		
Santiago-A.S. Domingo	75		
Ávila-Villacastín	32-37 <sup>(1)</sup>		
Segovia-(El Espinar)			
León-Astorga	55		
R-2 Madrid-Guadalajara	24		14,6
R-4 Madrid-Ocaña	65	3	
Eje aeropuerto	25 <sup>(2)</sup>		
Cartagena-Vera	36 <sup>(3)</sup>		
Ocaña-La Roda	36 <sup>(3)</sup>		
Madrid-Toledo	36 <sup>(3)</sup>		
Circunvalación de Alicante	36 <sup>(3)</sup>		
Alto de las Pedrizas-Málaga	36 <sup>(4)</sup>		1,4

Fuentes: Baeza (2008), Baeza y Vassallo (2011), citados *supra*.

Notas: (1) Mínimo y máximo, dependiendo de la evolución real del tráfico. (2) Posibilidad de un año más si cumple con los criterios de calidad. (3) Posibilidad de cuatro años más si cumple con los criterios de calidad. (4) Posibilidad de tres años más si cumple con los criterios de calidad y posibilidad de un año más si cumple con las condiciones sociales.

---

de peaje. Un estudio empírico del caso español, Tesis Doctoral. BAEZA, M.A. y J.M. VASSALLO (2011): "La intervención de la Administración ante las dificultades financieras de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje", *Presupuesto y Gasto Público* vol. 65, 51-60; MORERA BOSCH, J.M. y J. SÁNCHEZ BRAZAL (2012): "Las autopistas de peaje en España. Reseña histórica", en Morera Bosch, J.M. y Prior Perna, J. (directores) *Las autopistas de peaje en España*. Madrid: ASETA, Asociación de Sociedades Españolas Concesionarias de Autopistas, Túneles, Puentes y Vías de Peaje; y ALBALATE, D., G. BEL, y P. BEL-PIÑANA (2015): "Tropezando dos veces con la misma piedra: quiebra de autopistas de peaje y costes para contribuyentes

Los problemas del sistema de concesiones también son de larga data y quizás el más notorio son las recurrentes renegociaciones de los contratos de concesión. En principio, las obras se realizan a riesgo y ventura del concesionario. Sin embargo, las concesiones siempre se han renegociado. Las modificaciones de los contratos recogidas en el Cuadro 1 han supuesto la prórroga del plazo concesional en el 24% de las ocasiones, la modificación de las tarifas en el 50% de los casos, la reducción o supresión de peajes compensando por la pérdida de ingresos (15%), la mejora de los beneficios económico-financieros (12%), la modificación del sistema de revisión de tarifas (7%), más otras muchas modificaciones que afectan al proyecto de construcción y explotación de tramos. De las 121 renegociaciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado sólo la mitad explica su causa, siendo la principal el cambio de la política de transportes, seguida de problemas de tráfico, mejora de las comunicaciones, fusiones o para completar el proyecto de construcción.

De esta forma, el plazo de casi todas las concesiones antiguas se han extendido entre una y cuatro veces<sup>2</sup>. En el bienio 1977-1978 se le extendió el plazo a nueve concesiones; entre 1981 y 1986, a ocho más; y entre 1989 y 1994, diez más, unas para reducir tarifas, otras para la realización de inversiones y otras para reestablecer el equilibrio económico-financiero. Después de 2000 solamente se han extendido dos concesiones, una en 2005 y otra en 2010.

¿Por qué se renegocia tanto? Una razón es la subestimación de los costes. La media es 13,4% pero hay concesiones cuyo sobrecoste es 64% (aunque también hay cinco casos cuya inversión fue menor que la presupuestada).

Como muestra el Cuadro 2, la sobreestimación de la demanda también ha sido una característica del sistema. Baeza y Vassallo señalan que se han producido en “todos los tramos adjudicados desde los años noventa, a excepción del tramo Alto de las Pedrizas-Málaga por no haber entrado en explotación. De las autopistas más antiguas sólo se han cuantificado los errores de pronóstico de dos, porque en tres autopistas no se hicieron proyecciones de tráfico (Villalba-Villacastín, Villacastín-Adanero, Bilbao-Behobia), y de las restantes la Delegación del Gobierno ya no dispone de esa información”<sup>3</sup>.

La situación, lejos de mejorar con el tiempo y la experiencia, ha empeorado en los últimos años con lo que se conoce como crisis de las radiales de Madrid, a las que hay que añadir otros tramos de autopista con problemas financieros severos. Ocho concesionarias se han declarado

---

y usuarios”, *Revista de Economía Aplicada*, vol. 23, 131-152 completan la descripción y el diagnóstico de los problemas más significativos del sistema concesional español, muchos de ellos comunes a otros sistemas de concesión de plazo fijo en el mundo. Lo que sigue está basado en estos trabajos.

<sup>2</sup> PRIOR PERNA, J. y A. VELASCO GIMÉNEZ (2012): “El equilibrio económico-financiero de las concesiones”, en Morera Bosch, J.M. y Prior Perna, ob .cit.

<sup>3</sup> BAEZA, M.A. y J.M. VASSALLO, ob. cit.

CUADRO 2  
 DIFERENCIA ENTRE EL TRÁFICO REAL Y PROYECTADO  
 DURANTE LOS PRIMEROS CINCO AÑOS DE EXPLOTACIÓN

Tramo de autopista (año de adjudicación)	Diferencia entre el tráfico real y el proyectado (en %)				
	1	2	3	4	5
Tarragona-Valencia (1971)	-38	-45	-46	-48	-52
Valencia-Alicante (1972)	-75	-76	-69	-64	-66
Málaga-Estepona-Guadiaro (1996)	-45	-28	-18	4	18
Alicante-Cartagena (1998)	-24	-21	-10	-4	-4
R-3 Madrid Arganda (1999)	-57	-47	-41	-44	-51
R-5 Madrid Navalcarnero (1999)	-58	-55	-47	-43	-50
Santiago-Alto de Santo Domingo (1999)	-43	-33	-34	-32	-26
Ávila-Villacastín (1999)	-34	-25	-19	-20	-19
Segovia-El Espinar (1999)	-28	-31	-30	-25	-19
León-Astorga (2000)	-28	-44	-46	-45	-37
R-2 Madrid-Guadalajara (2000)	-63	-58	-58	-47	-43
R-4 Madrid-Ocaña (2000)	-56	-57	-45	-36	-45
Eje aeropuerto (2002)	-79	-65	-61	-65	-71
Ocaña-La Roda (2004)	-49	-55	-56		
Madrid-Toledo (2004)	-82	-74	-83		
Cartagena-Vera (2004)	-70	-65			
Circunvalación de Alicante (2004)	-40	-37			

Fuente: Baeza y Vassallo (2011), citado *supra*.

en suspensión de pagos. Estas empresas explotan 749 km de autopistas, lo que supone 22% de los ingresos por peaje del total de la red de pago, afectando a casi todas las autopistas adjudicadas desde 1998<sup>4</sup>.

El diagnóstico de las concesionarias no difiere mucho del diagnóstico de la Administración. Hubo sobrecostes en construcción, retrasos en la ejecución de las obras y ampliaciones de obras pedidas por la Administración, aunque las dos razones determinantes de la quiebra fueron la sobreestimación de la demanda y la subestimación del coste de las expropiaciones de terrenos, siete veces lo previsto.

Una de las causas de las renegociaciones recurrentes es que la asignación de riesgos viola principios económicos básicos, a lo que se suma el riesgo regulatorio añadido por la falta de un sistema de arbitraje independiente que evite llevar la resolución de conflictos a los tribunales de justicia. La autopista Madrid-Toledo es un caso interesante.

Cuando la concesionaria entró en dificultades financieras presentó un recurso reclamando de la Administración el reequilibrio económico de la concesión, fundamentándolo en dos hechos: el primero, que el gobierno construyó una autovía libre (financiada por peajes sombra) que le redujo el tráfico. El segundo, que según el proyecto aprobado inicialmente, el

<sup>4</sup> ALBALATE, D., G. BEL, y P. BEL-PIÑANA, ob. cit.

gobierno extendería la autopista Madrid-Toledo hasta Córdoba, pero que el gobierno abandonó por razones medioambientales después de la firma del contrato.

La sentencia del Tribunal Supremo es interesante para entender cómo se interpreta el concepto de riesgo imprevisible, término jurídico indeterminado, y sus consecuencias respecto del riesgo regulatorio. El Tribunal Supremo desestimó la primera de las razones alegadas por la concesionaria argumentando que la mejora de las infraestructuras de transporte y, en particular, las carreteras por parte de las administraciones no puede considerarse un “hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista”. En cambio, el Tribunal Supremo acogió parcialmente el segundo de los hechos descritos, por entender que “la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41 (Madrid-Toledo), pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre la concesionaria y la Administración (...), desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no consideró suficientemente fundamentadas las valoraciones de la concesionaria de las implicaciones económicas del hecho (algo más de € 420 millones), por lo que se limitó a “reconocer el derecho de la recurrente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión en función del impacto producido por esta circunstancia”<sup>5</sup>.

Por supuesto, el gobierno y las concesionarias no están de acuerdo en quién es responsable de las pérdidas. Sin embargo, con independencia de las posiciones particulares de los distintos grupos de interés, parece razonable concluir que más allá de las dificultades financieras específicas de algunas concesiones, el sistema concesional español no evita la construcción de elefantes blancos. Tampoco distribuye los riesgos eficientemente, como veremos en las secciones siguientes. Además, la poca precisión de la normativa o el que sea susceptible de interpretaciones muy diversas, ha permitido que las sentencias judiciales aumenten el riesgo regulatorio. Así, el futuro de las concesiones en España parece depender en un grado no trivial de la capacidad negociadora de los concesionarios, de las interpretaciones de los abogados del Estado, de las sentencias judiciales o del propio ciclo político. Por eso, cabe esperar que se materialicen los beneficios sociales que las asociaciones público-privadas prometen.

---

<sup>5</sup> RIDAO MARTÍN, J. y A. GARCÍA MARTÍNEZ (2013): “La precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol 87: 95-135.

### III. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN GUIAR A UNA LEY DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA<sup>6</sup>

Una ley de Concesiones de Infraestructura bien diseñada recoge al menos los siguientes aspectos: gobernanza apropiada, adecuada distribución de riesgos entre las partes, mecanismos para enfrentar las renegociaciones, métodos de adjudicación eficientes, transparentes y que aseguren la competencia en el proceso de licitación, mecanismos para resolver controversias y asegurar la calidad del servicio. En esta sección examinamos los principales aspectos, concentrando la atención en los más relevantes para carreteras<sup>7</sup>.

Antes de comenzar este análisis se debe recordar que el objetivo de las concesiones no es conseguir una nueva fuente de financiación cuando el Estado no dispone de recursos<sup>8</sup>. Cuando esto se olvida, los países entran en problemas, pues las obligaciones generadas finalmente recaen en el Estado. El objetivo de las concesiones es proveer calidad de servicio apropiada y reducir el coste de ciclo de vida del proyecto mediante el “empaquetado” en una sola empresa de la financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto, llevándolo por debajo del coste que sería alcanzable cuando estas tareas son realizadas por el Estado. Este es el punto de vista utilizado en el análisis que sigue. En esta sección el análisis es *ab initio* e independiente de la legislación en un país: se trata de estudiar los conceptos que deben guiar la legislación en materia de concesiones de infraestructura.

#### 1. LA GOBERNANZA DE LAS CONCESIONES

Al proveer infraestructura, los gobiernos enfrentan tres dificultades: decidir qué obras construir y cuándo construirlas en forma coste-efectiva y mantenerlas apropiadamente. Con cierta frecuencia los gobiernos construyen elefantes blancos, de alto coste y escasa utilidad, los costes sobrepasan por mucho las estimaciones previas y las obras se deterioran y no prestan bien sus servicios porque no se mantienen.

Las concesiones, que en un principio se supuso ayudarían a corregir estos defectos de la provisión estatal directa, no han ayudado demasiado en relación con las dos primeras, aunque en general sí han servido para que se realice un mantenimiento satisfactorio de las obras. Pero las concesiones no garantizan que sólo se harán obras necesarias si los concesionarios esperan que la autoridad renegocie el contrato para

<sup>6</sup> Los principios que aparecen en esta sección provienen de ENGEL, FISCHER Y GALETOVIC (2014).

<sup>7</sup> El análisis es aplicable a toda concesión que no enfrente competencia significativa, o más generalmente, a concesiones en que la demanda de los usuarios por la concesión responde poco a las acciones del concesionario.

<sup>8</sup> ENGEL, E., R. FISCHER y A. GALETOVIC (2013): “The Basic Public Finance of Public-Private Partnerships: A basic Guide”, *Journal of the European Economic Association*, vol. 11, 83-111.

reestablecer el “equilibrio económico” de la concesión cuando la demanda sea insuficiente o los costos sobrepasen al presupuesto. Ni siquiera es claro que la construcción sea coste-efectiva, pues las empresas con buena capacidad de *lobby* compiten con ventaja aun si son menos eficientes.

En España la raíz de muchos problemas es que no existe una separación de responsabilidades entre las unidades administrativas que trabajan con concesiones. Actualmente la planificación, evaluación, adjudicación, supervisión y renegociación se realizan todas en el interior del mismo ministerio, lo que significa que las unidades no toman decisiones independientes. A causa de que el ministerio es valorado por las obras que realiza y no por su utilidad, tiene un sesgo hacia la aprobación de proyectos, especialmente si los recursos involucrados no aparecen en el balance del sector público, como ocurre a menudo con las concesiones. Si el concesionario enfrenta problemas y se teme que el proyecto se pueda retrasar, el gobierno será generoso. Además, intentará esconder los errores del diseño del proyecto que son de su responsabilidad. Si se requiere la renegociación del contrato, tenderá exigirle menos al concesionario.

Organismos más independientes serían más apropiados. Por ejemplo, es posible establecer una unidad de Colaboración Público-Privada en el Ministerio de Infraestructura, que identifique, proponga, diseñe los proyectos y los licite. Un organismo independiente y especializado –utilizado por todos los ministerios que realizan proyectos de inversión pública– debería realizar una evaluación de coste-beneficio social para determinar la viabilidad del proyecto. Un departamento independiente dentro del ministerio debería supervisar el proyecto durante la construcción y operación, sancionando los incumplimientos e informando de los problemas observados. Por último, es útil disponer de un sistema especializado para resolver conflictos, por ejemplo un panel de expertos que resuelva las disputas entre el concesionario y el fiscalizador.

Es necesario, también, establecer una supervisión centralizada de las obligaciones contingentes que toman las regiones al garantizar implícitamente proyectos de infraestructura concesionados. En principio, es preferible que el gobierno central y su Ministerio de Hacienda aprueben los proyectos si estos comprometen las finanzas del gobierno nacional.

Con fines de transparencia, los contratos de concesión y sus sucesivas modificaciones, además de las sanciones a los concesionarios y las sentencias de los paneles deberían ser fácilmente accesibles en internet.

## 2. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Una asignación de riesgos eficiente se sostiene en dos pilares<sup>9</sup>. Uno es que los riesgos endógenos (aquellos que son controlables) los debe

<sup>9</sup> IRWIN, T. (2007): *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*. Washington: The World Bank.

asumir aquella parte que puede controlarlo. El segundo es que los riesgos exógenos los debe asumir quien puede diversificarlos mejor. Aunque se podría pensar que las empresas concesionarias son neutrales al riesgo, porque el mercado accionario permite diversificar el riesgo, esto no es así. En una empresa es necesario alinear los incentivos de los trabajadores y ejecutivos con incentivos como los de los propietarios. Esto requiere que los ejecutivos y los accionistas estén expuestos a los riesgos que pueden controlar. Asimismo, a menudo el mercado disciplina exigiéndoles aportar capital, al menos durante la construcción. Por eso la concesionaria no es neutral al riesgo.

Estos principios indican que los riesgos de construcción se le deben asignar al concesionario, porque están bajo su control. La excepción la constituyen aquellos cambios requeridos por la Administración con posterioridad a la adjudicación de la concesión. También, cuando se trata de obras cuyo costo es muy incierto, como por ejemplo ocurre con algunos túneles, los riesgos de costes se asignan a la empresa, pero si la geología es adversa –un fenómeno exógeno– el sobrecosto recae en la Administración. El privado exigiría un retorno demasiado elevado para compensar estos riesgos o incluso podría desistir de participar en el proyecto.

El riesgo de demanda, especialmente el de una carretera, es en gran medida exógeno y no depende mucho de lo que haga el concesionario. Se trata, por tanto, de un riesgo que se le debe asignar a la Administración. Para ello, como se verá más adelante, el mecanismo apropiado es licitar mediante el método del mínimo valor presente de los ingresos. La alternativa, en el caso de contratos de plazo fijo –usada en el pasado en España– de compensar al concesionario cuando los ingresos son más bajos que lo esperado no es conveniente, porque la asignación de riesgo es asimétrica –solo los asume la administración cuando se trata de pérdidas–.

Por último, el riesgo de expropiación de terrenos debería asumirlo la Administración, y no como ocurre en la actualidad, el concesionario. Aunque la empresa privada podría ser más eficiente en gestionar las expropiaciones, los riesgos de costes y tiempo pueden ser muy elevados e inciertos, como ocurrió en las radiales de Madrid, llevando a la quiebra a varias empresas.

### 3. RENEGOCIACIONES

Las renegociaciones deberían limitarse por varias razones. Una es que son de naturaleza bilateral y usualmente le transfieren riqueza al concesionario, al contrario de lo que ocurre en una licitación competitiva. El tamaño de esta renta depende de la capacidad negociadora y de *lobby* del concesionario. La expectativa de las rentas asociadas a estas renegociaciones estimula ofertas temerarias, que serían insostenibles sin renegociaciones. Esto le da ventajas a aquellas empresas con mayor



capacidad de influir en las decisiones del Estado, independientemente de su calidad técnica.

Hay renegociaciones socialmente convenientes que son imposibles de evitar durante una relación de largo plazo y que obedecen al hecho de que el mundo es incierto. En estos casos se deben incorporar criterios objetivos que guíen la renegociación para evitar que el resultado genere grandes rentas para la parte privada o que, por el contrario, equivalga a una expropiación del concesionario.

Un principio razonable es que las renegociaciones no deben aumentar el valor presente neto de los ingresos netos de la empresa concesionaria –sus resultados deberían ser similares a los que obtendría de haberse adjudicado las obras adicionales en una licitación–. Este principio también resguarda a la concesionaria de la expropiación encubierta.

#### 4. MÉTODOS DE ADJUDICACIÓN

Esta sección describe cómo licitar para maximizar el excedente social que pueden crear las concesiones de infraestructura. La inversión pública sufre de las ineficiencias del sector público, y de las dificultades para asignar responsabilidades en su interior. Por ello, a menudo se sobreinvierte en algunos proyectos y se subinvierte en otros. El mantenimiento y la calidad del servicio son a menudo deficientes y con frecuencia no hay recursos suficientes para realizar todos los proyectos. Las concesiones prometían resolver estos defectos, pero la experiencia española muestra que los resultados pueden ser malos.

Primero, porque la Administración olvida que la infraestructura concesionada le genera deudas contingentes al tesoro público, y evalúa estos proyectos con menos cuidado del que requieren. En varios países, después de una crisis, la deuda implícita asociada a las concesiones ha agravado los efectos de la crisis global. Segundo, porque los concesionarios han podido usar presiones políticas o regionales para modificar los proyectos en términos favorables o para evitar pérdidas cuando la demanda es insuficiente para pagar por el proyecto.

Una de las virtudes de las concesiones es que el concesionario es responsable de las deficiencias del proyecto. Esto significa que el concesionario mantendrá la obra mejor para reducir sus costes a lo largo del ciclo de vida de la obra y que, en consecuencia, la calidad de la infraestructura será usualmente mejor que si permanece en manos del Estado. Asimismo, la integración de la construcción, operación y mantenimiento en una sola empresa hace que a ésta le convenga reducir los costes de ciclo de vida del proyecto. Que la sociedad se beneficie requiere cambiar la legislación española de concesiones.

Como sea, un principio básico es que la concesión se debe adjudicar con una licitación competitiva. Es habitual y apropiado exigir experiencia

y tamaño siempre y cuando la selección no sea sesgada o influida por la presión de las empresas establecidas.

La práctica sugiere que ponderar varias variables, como precio, calidad del proyecto u otra, da origen a situaciones arbitrarias. No es fácil determinar cuáles son los ponderadores apropiados, y cuando se mezclan variables cuantitativas con cualitativas se abren espacios para la arbitrariedad. Es recomendable, por tanto, que la variable de licitación sea una sola.

Si interesa proveer el máximo beneficio a la sociedad es necesario que el concesionario no obtenga rentas excesivas, consistente con su participación en el proyecto. No se trata de extraer valor del proyecto para transferirlo a la Administración, sino de traspasarle los beneficios a los usuarios. Una alternativa es licitar por mínimo peaje, por un plazo fijo. Esto asegura que el valor del peaje es mínimo para los usuarios y que el concesionario no obtiene rentas si la licitación es competitiva. Sin embargo, las licitaciones de plazo fijo crean riesgo de demanda, por lo que el concesionario cobrará un premio por riesgo o tratará de renegociar el contrato, como ocurre con las Radiales de Madrid. Es por ello que en el caso de carreteras es preferible utilizar un mecanismo de adjudicación de la concesión que reduce, o elimina, el riesgo de la demanda.

La licitación por menor valor presente de los ingresos elimina gran parte del riesgo de demanda. En la licitación se adjudica la concesión a aquella empresa que pide el mínimo valor presente de los ingresos –los ingresos por peajes acumulados de la concesión, descontados a una tasa de interés predeterminada por la Administración–. El concesionario recibe los ingresos de la concesión hasta que el valor descontado de estos ingresos alcanza el valor solicitado en la licitación o se alcanza la duración legal máxima de una concesión, ya que la Ley establece el plazo máximo que puede tener una concesión, independientemente del tipo de contrato, sea éste de plazo fijo o variable.

Por ejemplo, supóngase una concesión cuyos ingresos anuales pueden ser € 100 millones con probabilidad 0,5 o € 150 millones, también con probabilidad 0,5. Si el coste de la inversión del proyecto es de \$ 1.000 M y no hay costes de mantenimiento y operación y la tasa de descuento definida por la Autoridad es del 5% anual, el ganador podría ofertar hasta € 1.100 millones. En ese caso, la concesión dura 16,3 años si la demanda es baja y de 9,4 años si la demanda es alta. En ambos casos la concesión se paga, por lo que el riesgo directo de demanda es nulo.

La principal ventaja de esta licitación es que reduce o elimina el riesgo de demanda: si el tráfico es bajo, se alarga el plazo de concesión en forma automática, hasta acumular el monto solicitado.

Es importante señalar que el valor presente de los ingresos de la empresa corresponde a la remuneración de todos los costes de la concesión, es decir, financiación, construcción, mantenimiento y operación. Una vez terminada la concesión debido a que se alcanza el valor presente de los ingresos, la Administración dispone de un activo valioso, que puede

volver a licitar para mejorarlo, volver a licitar sin inversiones adicionales a cambio del mantenimiento, o manejarlo como obra propia.

Otra ventaja importante del valor presente de los ingresos es que establece un estándar para cualquier compensación si es necesario cancelar la concesión (por ejemplo, porque la empresa concesionaria entra en quiebra o porque no puede llegar a un acuerdo de valoración en una renegociación). La compensación justa se puede definir como el valor presente de los ingresos menos los ingresos recibidos, menos el coste de operación y mantenimiento estimados durante el resto de la concesión. Esto resuelve uno de los grandes problemas que surgen cuando el gobierno debe retomar una concesión antes de su vencimiento. Por último, el contrato de plazo variable permite adaptar los peajes al tráfico sin afectar la rentabilidad del concesionario.

#### 5. GARANTÍAS DE SERIEDAD DE LA OFERTA, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO

Un aspecto relacionado con la adjudicación es el uso inteligente de garantías de seriedad de la oferta, y la formación de garantías posteriores para asegurar el buen comportamiento y el buen estado de la obra al finalizar el contrato.

La garantía de seriedad de la oferta (*surety bonds*) la debe conseguir el licitante con un banco comercial antes de realizar su oferta en la licitación, y debe ser entregada a la Administración. La garantía de seriedad impide que el concesionario reniegue de su oferta para renegociar nuevas condiciones, o que no consiga financiamiento. Estas son condiciones que permiten que el Estado pueda cobrar la garantía, lo que hace que los bancos no otorguen estas garantías a menos que puedan asegurar que, con alta probabilidad, no serán cobradas. Debido a que los montos involucrados son importantes (por ejemplo, 3-5% del valor del proyecto), los bancos harán una revisión exhaustiva de la oferta del concesionario, lo que permitirá filtrar las ofertas excesivamente optimistas o audaces.

La autoridad debería cobrar la garantía en forma rápida en caso de incumplimiento y realizar una nueva licitación, o alternativamente, asignar el proyecto al licitante que quedó en segundo lugar. Aunque las garantías elevan los costes de participar en los procesos de concesión y por lo tanto el retorno exigido, sus ventajas –al modificar los incentivos de las partes– exceden su coste. Primero, desaparecen las ofertas temerarias, y segundo, el gobierno no sólo evita el coste de imagen de cancelar un contrato recién adjudicado, sino que también recibe un beneficio en términos de recursos e imagen.

Una vez adjudicado el proyecto a un concesionario, éste debería entregar una garantía para cubrir contra la posibilidad de que no sea capaz de construir el proyecto de acuerdo con el contrato. Más tarde, durante

la etapa de operación, el concesionario debería entregar una garantía de mantenimiento, para asegurar la calidad de la ruta durante el período en que cobra peajes, lo que se hace especialmente importante hacia el final de la concesión.

#### 6. MECANISMOS PARA RESOLVER CONTROVERSIAS

En toda concesión emergen disputas entre la autoridad y el concesionario. Estas afloran tanto en la etapa de construcción como de operación, por lo que es necesario disponer de un mecanismo de resolución de controversias. Este debe ser eficiente y rápido. Usar el sistema judicial es arriesgado para los concesionarios y para el Estado, tanto por la duración de los juicios como por la falta de experiencia de los jueces en los aspectos técnicos de la construcción y operación de los proyectos de infraestructura, lo que hace que las sentencias sean erráticas.

Es por ello que muchos países han desarrollado sistemas de arbitraje o paneles de expertos que pueden resolver conflictos de forma más rápida, y a menudo de una manera más informada que los jueces ordinarios. Un esquema eficiente debería estar especializado en el sector, ser capaz de resolver de forma rápida, y apoyarse en especialistas en ingeniería y economía, además de los aspectos legales. No existe un esquema único, pues el mecanismo depende de aspectos legales que son característicos de cada país.

#### IV. UNA EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA DE CONCESIONES

En esta sección aplicamos el marco de referencia de la sección anterior para evaluar la política de concesiones en España y diagnosticar sus defectos. Es útil tomar como referencia a los tres desafíos de un gobierno. En primer lugar, el gobierno debe decidir qué construir y cuándo; en segundo lugar, debe construirlo de manera eficiente; y en tercer lugar, debe asegurarse de mantener la infraestructura y la calidad de servicio.

De acuerdo con los principios que deben fundamentar un buen diseño de la legislación de la concesiones de infraestructuras, estos tres desafíos requieren incorporar varias etapas, dando por hecho la existencia de un marco institucional y un conjunto de incentivos que haga posible que los agentes que participan en el contrato concesional alineen sus respectivos intereses para la consecución de los tres desafíos mencionados.

La primera etapa es la de planificación y evaluación de los proyectos, que permite al Gobierno establecer prioridades en el gasto de acuerdo con el conjunto de alternativas que compiten por financiación (vía impuestos o endeudamiento). Una vez decididos los proyectos que se desean ejecutar dentro del sistema de participación público-privada, hay

que resolver la distribución de riesgos entre los distintos agentes implicados y los métodos de licitación, supervisión y resolución de conflictos. A continuación pasamos a examinar cómo se contemplan estas etapas en los documentos de planificación estratégica del gobierno y en la legislación española general acerca de concesiones de infraestructuras y en la legislación específica de autopistas de peaje.

## 1. PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN

La simple observación de cómo los sucesivos gobiernos han ido, en la práctica, ejecutando sus actuaciones en materia de infraestructuras respalda la repetida frase de que en España “no ha existido una política de infraestructuras”, si la entendemos por planificación previa en cuyo marco económico, de movilidad, territorial y ambiental, cobran sentido los proyectos concretos. La nueva figura del Comité Asesor Independiente es un intento de resolver este defecto, aunque aún es demasiado reciente para valorar su impacto.

La sobrecapacidad existente en la red de infraestructuras (carreteras, puertos, ferrocarriles y aeropuertos) y la existencia de numerosos elefantes blancos, consistentes en infraestructuras sin uso o en duplicidades, innecesarias y muy costosas, muestran que no ha existido una fase de reflexión, debate y diseño de lo que se quería construir, respondiendo a algún plan coherente y con objetivos razonables, lejos de la retórica contenida en los ambiciosos planes de infraestructura publicados por diferentes gobiernos en el pasado reciente.

Formalmente, la planificación de infraestructuras se articula a partir del plan estratégico de infraestructuras (PITVI), mediante las leyes sectoriales que regulan los distintos modos de transporte (la ley de carreteras en el caso de las autopistas de peaje). En el caso de aeropuertos y puertos, hay que elaborar los denominados “planes directores”, por lo que podría pensarse que, al menos en estos casos, los procedimientos de planificación estratégica funcionan. Lamentablemente, hay suficiente evidencia de aeropuertos sobredimensionados y exceso de capacidad portuaria y ferroviaria como para dudar de la calidad y objetividad de dicha planificación formal.

En el caso de las carreteras y de las infraestructuras ferroviarias, los elementos de planificación son aún menos precisos que en el caso de puertos y aeropuertos y se basan en el denominado “estudio informativo”, en el que se analizan las alternativas disponibles para el objetivo perseguido y se realizan los estudios oportunos de viabilidad.

El marco institucional de España con un gobierno central que financia y gobiernos regionales, con sus competencias territoriales, que presionan al gobierno central, muchas veces recurriendo al agravio comparativo de lo ya construido en otras regiones, condiciona notablemente la manera

en que se ha resuelto la falta de una planificación digna de tal nombre. Así como dice Aparicio<sup>10</sup>:

“Este sistema tiene efectos diversos: desde la perspectiva de la toma de decisiones, refuerza cada vez más el papel de la concertación entre administraciones, si bien de una manera escasamente formalizada: las administraciones autonómicas y locales comienzan a establecer sus propios listados de necesidades en infraestructuras de transporte de competencia estatal, y a intentar negociar su ejecución con el Ministerio de Fomento. Distintos grupos económicos, y singularmente las empresas constructoras, comienzan a actuar de manera similar, ‘proponiendo’ al Ministerio de Fomento nuevas actuaciones, al amparo de la pretendida impulsión de la inversión privada en infraestructuras. El sistema de participación que se configura resulta enormemente asimétrico: abierto casi en permanencia a los agentes institucionales y a los grandes intereses económicos, y sumamente opaco e inaccesible para el resto de la sociedad”.

Finalmente, hay que subrayar el hecho de la utilización política de la inversión en infraestructuras con fines electorales. La ausencia de unos mecanismos reglados de planificación previa a la presentación de proyectos concretos ha favorecido la utilización de la inversión pública en obra civil para ganar votos con independencia de la rentabilidad socioeconómica de los proyectos. Además de la mera existencia de numerosos elefantes blancos por toda la geografía nacional, es significativo que los distintos gobiernos han recurrido profusamente a los estudios de impacto, en lugar de al análisis coste-beneficio para hacer públicas las virtudes de los proyectos que promocionaban<sup>11</sup>.

La ausencia de una planificación estratégica real, la utilización política de las inversiones en infraestructuras, la falta de tradición en la evaluación económica de inversiones, el diseño institucional con separación entre la decisión de promover un proyecto y el pago del mismo (agravado por la cofinanciación comunitaria a fondo perdido) se han traducido en un exceso en inversiones, con las consiguientes duplicidades, exceso de endeudamiento y quiebras de empresas concesionarias a las que hoy hay que hacer frente en un contexto de restricción presupuestaria.

Claramente es imperativo el uso de herramientas de análisis coste-beneficio social<sup>12</sup> alojadas en agencias técnicas independientes cuya certificación de que los proyectos alcanzan una rentabilidad mínima

<sup>10</sup> APARICIO, A. (2010): “La toma de decisiones en la política española de Transporte. Aportación y limitaciones de la evaluación de proyectos”, en *Evaluación socioeconómica y financiera de proyectos de transporte*. Madrid: Ministerio de Fomento.

<sup>11</sup> Véase <http://nadaesgratis.es/gerard-llobet/cuando-el-papel-lo-aguanta-todo> y de Rus (2015). Estudios de impacto que por otra parte ni tan siquiera respetan los criterios básicos a los que este tipo de estudios deben ajustarse. Véase CROMPTON, J.L. (2006): “Economic Impact Studies: Instruments for Political Shenanigans?”. *Journal of Travel Research*, vol. 45, 67-82.

<sup>12</sup> Es decir, que incluye aspectos no considerados en el análisis privado, como el valor del ahorro de tiempos de viaje por menor congestión.

predefinida sea necesaria para que puedan llevarse a cabo. No es necesario que tal agencia determine cuál es el mejor proyecto: solo se requiere que alcance un mínimo de rentabilidad social. Es imprescindible que esas agencias dispongan de recursos con cierta autonomía, para que no puedan ser influenciadas por presiones presupuestarias. Debe exigirse que todo proyecto que utilice recursos o garantías públicos (implícitos o explícitos) debe contar con la aprobación de esta oficina técnica. Esta oficina puede tener filiales regionales, pero porque se comprometen recursos centrales, estas deben ser supervisadas centralmente.

## 2. LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

La distribución de riesgos que se deriva de la normativa descrita no parece estar perfectamente delimitada, como ha puesto de manifiesto la pugna entre Administración y concesionarios respecto de cómo interpretar el concepto de “riesgo imprevisible” y su vinculación con el restablecimiento del “equilibrio económico-financiero” de la concesión, considerando además el marco concesional europeo. Parece razonable sostener que existe riesgo regulatorio y que tanto la discrecionalidad que la ley permite a la Administración como las sentencias judiciales que interpretan la normativa en caso de conflicto, generan incertidumbre que, además de provocar dificultades notorias en la resolución de los graves problemas financieros de las concesionarias en quiebra, pueden afectar a las inversiones futuras en infraestructuras.

El concepto de equilibrio económico-financiero contiene un error conceptual que ya ha sido advertido por los tribunales de justicia. Los proyectos de concesiones son de riesgo y ventura, y son solo las acciones de la Administración que afectan específicamente al sector o a un proyecto específico las que pueden dar origen a una posibilidad de compensación. Un ejemplo es un cambio de estándares posterior a la adjudicación del proyecto, o la construcción de una carretera gratuita paralela a una concesionada de pago que aún posee capacidad excedentaria. Los riesgos de demanda, que pueden ser elevados, deben enfrentarse usando el método del mínimo valor presente de ingresos para adjudicar el proyecto, como se detalla en la sección 3.4. Más generalmente, los riesgos se deben distribuir como se explica en la sección 3.2.

Así, por ejemplo, el riesgo de construcción ha de recaer en la concesionaria en circunstancias normales. En el contrato de concesión de algunas de los tramos en quiebra se incluyó la construcción de vías gratuitas conectadas a las autopistas de peaje. Estos tramos recibirían una subvención cruzada pagada por los usuarios de los tramos con peaje. Aunque se ha argumentado que este es un riesgo de construcción adicional al de la propia autopista de pago, no parece que sea diferente al riesgo de la construcción de los tramos de pago propiamente dichos, siempre y cuando sean conocidos con anterioridad a la firma del contrato.



Para compensar obras adicionales no previstas en el proyecto se aprobó la variación de peajes y plazos concesionales previo acuerdo con el concesionario. Es interesante señalar, sin embargo, que es necesario que estas obras adicionales también queden sujetas a la revisión de rentabilidad social, como el proyecto original (considerando el coste acordado entre las partes).

Cuestión diferente es el cambio de estándares, por ejemplo de seguridad en la carretera, con posterioridad a la construcción de la obra de infraestructura. En este caso, la concesionaria tiene que adaptarse a lo que establezca la Administración. Lo razonable es que en aquellos casos en los que el cambio de estándares aumente la inversión del concesionario, y ello se produzca con posterioridad a la adjudicación del contrato, esto sea de responsabilidad del Estado. Hay ciertas dificultades en aquellos casos en que era previsible, en el momento de realizarse la licitación, que se elevarían los estándares. En los casos en que el cambio de estándares es muy posterior a la etapa de diseño final, siempre sería a cargo del Estado.

En la normativa actual este riesgo recae en el concesionario, aunque el concesionario poco puede hacer frente al riesgo de sobrecostes por este concepto. Además este riesgo incluye los sobrecostes de las obras y vías complementarias por las que no se cobra pero que se ven igualmente afectadas por las sentencias judiciales que multiplicaron por seis el valor inicial de los terrenos en el caso de las radiales de Madrid. Hemos visto que las expropiaciones de los terrenos para la construcción de la autopista corresponden al concesionario en condiciones normales, pero si hay concurso de acreedores se entra en la dinámica del reequilibrio financiero (el ejemplo lo tenemos en el caso de la sentencia de los tribunales a favor de las concesionarias en las radiales de Madrid).

Para las expropiaciones cuyo valor fuese mayor del 175% de lo previsto se consideró que debería ir a cargo de la Administración por considerarse riesgo imprevisible y así se hizo mediante créditos participativos por el plazo restante de la concesión y un máximo de 50 años. Para facilitar la devolución se podrían modificar tarifas o extender el plazo concesional. Esto se ha aplicado en algunos casos y en otros no. De igual manera que el caso de la construcción de obras no previstas, el concesionario debe renunciar a las acciones legales contra la Administración para acogerse a los beneficios descritos.

A causa de las dificultades que enfrenta el sector privado para realizar expropiaciones, podría considerarse como alternativa que las efectuara el Estado, a su cargo. En el contrato de concesión, el Estado incluiría un plazo para la entrega de los terrenos requeridos por el proyecto, con compensaciones para el concesionario si el retraso interfiere con la planificación de las obras.

El riesgo de demanda recae en la actualidad sobre el concesionario, aunque como ocurre con el caso de los costes por expropiaciones de terrenos, aunque puede alegar que se trata de un riesgo imprevisible.



Cuando razonablemente puede argumentarse que se dan condiciones de naturaleza imprevisible se puede activar el reequilibrio económico-financiero de la concesión o la quiebra.

En el pasado se creó una cuenta de compensación dotada por la Administración<sup>13</sup>. Cuando el tráfico quedaba por debajo del 80% de lo previsto se acudía a esa cuenta y posteriormente el concesionario iba devolviendo los importes recibidos cuando el tráfico se recuperaba. Aunque este mecanismo procedía de un precepto legal explícito, sólo se aplicó un año, no dotándose la cuenta en los años siguientes, lo que en opinión de las organizaciones empresariales ha provocado la quiebra de algunas concesiones.

Recientemente se han producido sentencias judiciales que asignan el riesgo de demanda al concesionario, subrayando el carácter aleatorio del resultado económico en un contrato de riesgo y ventura. Los concesionarios han reclamado algunas de estas sentencias, bajo el argumento de que en ocasiones los riesgos son el resultado de acciones de la Administración.

Más generalmente, la licitación por menor valor presente de los ingresos, descrita en la sección 3.4, resuelve o reduce este problema, de manera que el riesgo de la demanda deja de ser un problema relevante. Es por tanto el método apropiado cuando la concesión percibe ingresos significativos por peajes u otro pago de los usuarios. Con dicho método se elimina la necesidad de las cuentas de compensación.

La licitación por menor valor presente de los ingresos elimina los argumentos que respaldan el concepto de “equilibrio económico” de una concesión, que como señala la justicia, es un contrato de riesgo y ventura, en el que la rentabilidad no se encuentra garantizada. Como se ha mencionado antes, el menor riesgo de demanda estimula la competencia intensa entre los licitantes.

### 3. EL MÉTODO DE LICITACIÓN

Los contratos de concesión de obra pública se licitan mediante el procedimiento abierto. Sólo en casos excepcionales se puede recurrir al procedimiento negociado. Por ejemplo, cuando son obras complementarias que no figuran en el contrato inicial y que no podían ser anticipadas por un poder adjudicador diligente. Estas obras complementarias pueden llegar hasta el 50 por ciento del importe primitivo del contrato. En cualquier caso, las obras adicionales también deberían someterse al procedimiento de evaluación de rentabilidad social descrito, antes de poder ser incorporadas al contrato.

Los concursos para la adjudicación de los contratos deben seguir los principios de transparencia. La publicación de los anuncios de contratos

---

<sup>13</sup> No para todas las concesionarias. Solo para aquellas que luego se declararon en concurso de acreedores.

de obras tiene que incluir las características esenciales cuando el importe estimado sea igual o superior a 5 millones de euros. Los anuncios se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el “perfil de contratante”, del órgano de contratación, que se tendrá que difundir por intermedio de internet. Este perfil de contratante podrá incluir los anuncios de información previa, licitaciones abiertas o en curso, contratos adjudicados, procedimientos anulados, etc. Todas las modificaciones al contrato deben ser publicadas en sus detalles luego de ser evaluados por la agencia encargada de los estudios de coste-beneficio social. No se debe permitir el fraccionamiento de los proyectos para mantenerse debajo del umbral de 5 millones de euros.

Las variables de adjudicación no tienen por qué limitarse al precio y también pueden tenerse en cuenta mejoras propuestas por los licitadores si así se anunció previamente en los pliegos del concurso. En lo que se refiere al plazo concesional, la ley establece un plazo máximo, prorrogable si se dan las condiciones descritas con anterioridad, pudiendo el licitador reducir dicho plazo en su oferta. Teniendo en cuenta que no se licita con una única variable sino que se hace una oferta con precio, plazo de la concesión y calidad, hay que introducir ponderaciones para comparar las distintas ofertas. Dichas ponderaciones las realiza la mesa de contratación que fija el baremo que estima oportuno con la correspondiente discrecionalidad y subjetividad.

Recomendamos simplificar la etapa final del proceso de licitación para que ésta dependa de una sola variable. Se define una etapa técnica inicial en la que las empresas realizan sus ofertas técnicas, las que son evaluadas por expertos, y se asignan puntuaciones. Se define una puntuación mínima en esta etapa para que una empresa pueda pasar a la segunda etapa. En esa segunda etapa se compete por el menor valor presente de los ingresos, y en caso que sea necesario un subsidio porque el proyecto no es autofinanciable, se puede definir el monto del subsidio (que debe haber sido considerado en la evaluación de rentabilidad social del proyecto) como base para luego competir por el menor valor presente de los ingresos. Esto elimina gran parte de la discrecionalidad en la evaluación de las ofertas y facilita la transparencia. Un inconveniente es que las empresas ajustan la calidad al mínimo solicitado, pero siempre es posible elevar los estándares mínimos.

La ley contempla que las variables susceptibles de cuantificación de forma automática reciban una ponderación menor a otras variables cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En dichos casos, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato, debidamente cualificados o encargar la evaluación de las ofertas a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos

No existe una justificación apropiada para una medida tan arbitraria como esta diferencia en las ponderaciones. Como se ha mencionado más

arriba, recomendamos una adjudicación en dos etapas, en que los aspectos relacionados con juicios de valor se incorporen en la primera etapa.

De acuerdo con la legislación, puede utilizarse la subasta electrónica para la adjudicación del contrato, entendida como un proceso iterativo tras una primera evaluación completa de las ofertas. En la subasta, los participantes pueden ofrecer mejoras en precios o en las demás variables que se determinen y que puedan expresarse en cifras absolutas o porcentajes. Un mecanismo de evaluación automático mediante una fórmula matemática de ponderación previamente publicada realizará las clasificaciones de las ofertas para determinar la económicamente más ventajosa. La subasta se podrá realizar en varias fases.

En la Administración general del Estado es muy frecuente que los abogados del Estado recurran al concepto de “precio justo” de una obra o servicio y de “bajas temerarias” en las subastas, con las dificultades que entraña la concreción de conceptos tan poco precisos y cuya materialización en valores determinados depende, en gran medida, del ciclo económico y de los costes incrementales de las obras en circunstancias cambiantes de utilización de la capacidad de las empresas.

En este sentido, la legislación se refiere a “ofertas con valores anormales o desproporcionados” tanto cuando el precio sea la única variable de adjudicación como en el caso de ofertas con varias variables. En el pliego pueden incluirse los límites para considerar una oferta como desproporcionada o anormal.

Si uno de los oferentes presenta una oferta de estas características se le dará audiencia para que justifique cómo puede ejecutar el proyecto con dichos costes o mejoras técnicas, etc., y si está cumpliendo con la normativa vigente en materia laboral. Si la oferta en discusión se explica porque el oferente ha obtenido una ayuda del Estado, solo podrá rechazarse si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas.

Recomendamos que en vez de utilizar estos conceptos se utilicen bonos de garantía en las distintas etapas del proceso de la concesión. En particular, una garantía de seriedad de la oferta (sección 3.5) evita la subjetividad que tienen las definiciones de abogados de lo que significa “baja temeraria”. Antes de hacer una oferta, la empresa debe obtener una garantía de un banco, que hace una evaluación de la oferta. Como tiene recursos en riesgo, el banco realiza una evaluación cuidadosa de las probabilidades del potencial concesionario y de su oferta.

#### 4. CONTROL Y SUPERVISIÓN

Por razones de interés público en España el gobierno puede modificar las características de los servicios contratados y los peajes. Esta decisión se toma dentro del Ministerio de Fomento y requiere un informe previo

del Ministerio de Hacienda si los cambios que se van a introducir en la concesión afectan a los aspectos económicos de la misma.

El criterio según la regulación vigente es suficientemente amplio como para permitir interpretaciones diversas, ya que la referencia a la que el regulador recurre cuando se alteran las condiciones económicas de la concesión es que “resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora”. Cuando es el concesionario el que inicia el proceso de renegociación “las resoluciones que se adopten no deberán repercutir en el régimen de tarifas ni en el reconocimiento de una mayor inversión a los efectos de extinción del contrato”.

Los casos de cambios que requieren construcción o que elevan los costes de operación con posterioridad a la adjudicación, ya han sido tratados más arriba como renegociaciones. En el caso del valor de los peajes, en un contrato de plazo fijo el plazo debe de ajustarse de manera que se preserve el valor del contrato para el concesionario. Este problema es menos importante en el caso de usar el método VPI, porque el único efecto de elevar o reducir el valor del peaje es alterar los costes de operación y mantenimiento, que son secundarios en relación con los ingresos de la concesión. Anteriormente los peajes se calculaban en términos reales, corrigiendo por la inflación. A partir de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, los concesionarios consideran que se trata de un nuevo riesgo que recae sobre ellos porque con la nueva ley entrará en discusión qué cambios en costes serán aceptables y cuáles no. A diferencia de otros sectores, el concesionario no es libre para poner sus precios, por lo que puede ser razonable mantener algún tipo de indexación para reducir los riesgos que enfrenta la empresa.

En un contrato de largo plazo como los de concesiones de infraestructura, el riesgo asociado a la inflación es importante. Primero, porque la inflación reduce el valor de los ingresos futuros, pero además está el riesgo generado por la incertidumbre respecto de la inflación futura. La solución usual para reducir este riesgo es indexar los peajes a la inflación observada, aunque esto iría en contra de ley mencionada. Una posibilidad sería indexar usando las predicciones de inflación futuras del Banco Central europeo. Al ser una indexación prospectiva, puede que no entre en conflicto con la indexación basada en inflación pasada.

Vimos anteriormente que las renegociaciones afectan a las tarifas, plazos de concesión y a inyecciones de dinero público mediante créditos participativos y compensaciones de diversa índole. Si revisamos la regulación en las últimas décadas, el contenido y la magnitud de las ayudas públicas han variado con el ciclo económico y con las prioridades de los diferentes gobiernos que se han ido sucediendo. Hay que subrayar que todo ocurre dentro del Ministerio de Fomento (con algún informe del Ministerio de Hacienda) y que por tanto los que adjudican, modifican y renegocian las concesiones no pertenecen a agencias diferentes. No existe un organismo independiente que se haga cargo de las renegociaciones.

En general, no es apropiado ayudar a un concesionario en concurso o cercano a él. Se debe disponer de procedimientos eficientes para reasignar el proyecto a los acreedores o a quienes ellos designen como nuevo concesionario, pero no hay necesidad de mantener a un concesionario en quiebra por haber subestimado costes, demanda o por problemas financieros.

En aquellos casos en que se producen conflictos entre la Administración y el concesionario (por cambios en los proyectos o su valoración o por sanciones aplicadas por el organismo fiscalizador, u otra causa relacionada al sector) se debe disponer de una instancia independiente y especializada dedicada a la resolución rápida de conflictos sectoriales antes de apelar a la justicia ordinaria, que no tiene conocimientos especializados y es lenta. Esta institución debe ser independiente de las partes. A menudo es más valorado por las empresas resolver un conflicto en forma rápida, aunque resulten perdedores, que un proceso largo que terminan ganando.

## V. CONCLUSIÓN

La reforma del sistema concesional de autopistas de peaje en España requiere examinar en su conjunto las fases por las que pasan los proyectos de inversión en infraestructuras, desde el momento inicial de la planificación de la red hasta la finalización de la concesión de un proyecto concreto, pasando por su evaluación, diseño del contrato, concurso y adjudicación, seguimiento y resolución de conflictos.

El análisis de la normativa actual y de la evolución de las concesiones en vigor muestra que los problemas trascienden las dificultades financieras derivadas del ciclo económico o de cambios en la actitud del gobierno en la interpretación de las normas, apuntando a la propia esencia del diseño de este mecanismo de colaboración público-privada. Parece evidente que la distribución de riesgos que determina la legislación vigente no es eficiente, y que la rigidez que introduce el contrato de plazo fijo utilizado está en la raíz de las renegociaciones. Estas revisiones de los contratos se apoyan en dos principios: el “reequilibrio económico-financiero” y la “responsabilidad patrimonial de la Administración”. La dificultad de establecer con nitidez bajo qué circunstancias es legítimo recurrir a ellos, en lugar de mantener el principio de “riesgo y ventura” del concesionario, y la experiencia de quiebras de concesiones y su resolución, aconseja reformar la normativa de concesiones.

# **EL DERECHO DE SOCIEDADES COMO VEHÍCULO DE REACTIVACIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LA FIGURA CONCESIONAL. LEY N° 21.082, SOBRE “FONDO DE INFRAESTRUCTURA S.A.”**

**EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ\***

## I. INTRODUCCIÓN

A mediados del 2014, y como parte de la *Agenda de Infraestructura, desarrollo e inclusión, Chile 30.30*, el gobierno de la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció una ambiciosa cartera de proyectos de infraestructura que incluía, entre otros aspectos, inversiones directas por parte del Estado y la potenciación del sistema de concesiones, considerado –este último– como un vehículo de probada “capacidad para acercar la iniciativa privada a la resolución eficiente de problemas de interés público que afectan a todos los chilenos”<sup>1</sup>.

El propósito de estas iniciativas –se dijo– consistió en “construir la infraestructura necesaria para que Chile, al 2030, sea un país de 30.000 dólares per cápita”, meta que suponía un reforzamiento de la institucionalidad orgánica del país y que se abordaría, según el Ejecutivo, por dos vías distintas aunque complementarias: a) mediante la creación por ley de la denominada “Dirección General de Concesiones de Obras Públicas”<sup>2</sup> y; b) por medio de un mecanismo que permitiese el traspaso de los flujos financieros que generan algunos activos del sistema de concesiones a

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Mg. en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Titular, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Comercial de la misma Universidad.

<sup>1</sup> *Historia de la Ley N° 21.082*, en Biblioteca del Congreso Nacional, p. 3. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7523/>

<sup>2</sup> El proyecto de ley que crea además la figura del Director General de Concesiones ingresó al Congreso Nacional el 16 de junio de 2015 y se encuentra actualmente en su Tercer Trámite Constitucional (Cámara de Diputados, Boletín N° 10126-15).

otros proyectos de infraestructura, de manera que el Estado “pueda utilizar de manera adecuada sus activos, incorporando a su haber los flujos financieros efectivos que estos generarán a lo largo de toda su vida útil”<sup>3</sup>.

Para concretar la segunda de las iniciativas mencionadas, en mayo de 2016 el Ejecutivo envió al Congreso Nacional un segundo Proyecto de Ley, planteando en él la creación de una nueva institución pública, especializada en la ejecución, administración o financiamiento de proyectos de infraestructura. No obstante, se consideró que, más allá de la gestión potestativa propia de los órganos de la administración pública, era necesario contar esta vez con un vehículo jurídico capaz de implementar las principales recomendaciones internacionales en materia de fortalecimiento de la gobernanza de la inversión en infraestructura, planteadas tanto por la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico –OCDE– (*Towards a Framework of the Governannce and Delivery of Infraestructure*, 2015) como por el Fondo Monetario Internacional –FMI– (*Making Public Investment More Efficient*, 2015).

Para lo anterior, y pese a la filiación enteramente pública que tendría esta nueva entidad, el proyecto optó por sujetarla al estatuto jurídico aplicable a las sociedades anónimas abiertas, sometiéndola adicionalmente a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en los términos del inciso 2° del art. 16 de la Ley N° 10.336. El objeto social sería además exclusivo (“construir, ampliar, reparar, conservar, explotar o desarrollar a través de terceros proyectos de infraestructura sobre bienes cuya administración sea de su competencia”), aun cuando la sociedad podría prestar adicionalmente “servicios anexos” a los anteriores, mediante una sociedad anónima creada al efecto y constituida siempre por el Fisco y la CORFO, en las mismas proporciones ya dichas.

Finalmente, y continuando una tenencia iniciada a principios de este siglo, de canalizar el desempeño empresarial del Estado por medio del cauce societario de derecho privado<sup>4</sup>, el 24 de marzo de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.082 (la “ley”), que autoriza la constitución de la sociedad anónima del Estado denominada “Fondo de Infraestructura S.A.” (en adelante e indistintamente el Fondo o FISA). Para su constitución formal, la misma ley establece que sus accionistas serán el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, quienes, en conformidad a su ley orgánica, “constituirán, dentro del plazo de seis meses contado desde

<sup>3</sup> *Historia de la Ley ...*, p. 4.

<sup>4</sup> La primera manifestación de esta tendencia, de sustituir paulatinamente la figura de derecho público de la “empresa estatal” por la de la “sociedad del Estado”, se observa en la Ley N° 20.309 (D.O. de 11 de diciembre de 2008), que transforma a la Casa de Moneda de Chile (empresa del Estado) en una sociedad anónima que constituirían, también, el Fisco y CORFO. Similar es la situación de aquellos servicios públicos que, a fines del siglo pasado, se transformaron también en sociedades anónimas: es el caso de las sociedades anónimas de servicios sanitarios, creadas por autorización dada por la Ley N° 18.777, y la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., constituida por autorización otorgada por la Ley N° 18.772.

la entrada en vigencia de la presente ley<sup>5</sup>, una sociedad anónima que se denominará ‘Fondo de Infraestructura S.A.’, en adelante e indistintamente el Fondo”. El porcentaje de participación accionaria de cada cual será del 99% para el Fisco, y el 1% para CORFO (art. 2).

En lo que sigue, revisaremos los principales aspectos de esta nueva incursión empresarial del Estado, objetivada jurídicamente bajo la forma societaria ya dicha, y su incardinación en el entramado normativo constitucional que modela el denominado “orden público económico”, en su concreta vertiente de subsidiariedad del Estado en materia económica.

## II. UNA ACLARACIÓN PREVIA: EMPRESAS DEL ESTADO Y SOCIEDADES DEL ESTADO

Por regla general, cuando el Estado asume un rol empresarial lo hace por la vía de crear una empresa mediante ley de *quorum* calificado, que le confiere directamente personalidad jurídica de derecho público como órgano funcionalmente descentralizado y, por tanto, integrante de la Administración del Estado. Son, en concreto, las denominadas “empresas del Estado” o “empresas públicas”, contempladas en el art. 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Otra alternativa, diferente, consiste en autorizar al Estado, también por ley de *quorum* calificado, para que, a través de uno o más órganos públicos o empresas estatales, constituyan un nuevo ente jurídico, que se regirá por las normas de derecho privado y, particularmente, del derecho de sociedades: son, en concreto, las “sociedades del Estado”, que a diferencia de las “empresas” ya mencionadas, no forman parte de la Administración del Estado. Integran, por el contrario, la denominada “administración invisible del Estado”, formada –como dice Latorre– “por organismos en que el Estado participa o tiene representación para cumplir una función que sea de interés de aquel, pero que no integran su Administración”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> El plazo legal venció el 25 de septiembre de 2018. Sin embargo, a la fecha de entrega del presente estudio no ha sido posible obtener información acerca de la efectiva constitución de la sociedad.

<sup>6</sup> LATORRE VIVAR, Patricio (2008): “Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXX (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2008), p. 226. Según el mismo autor, en estas sociedades el derecho público solo regirá en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros.



### III. OBJETO SOCIAL Y ATRIBUCIONES DEL FONDO DE INFRAESTRUCTURA S.A. BREVE REFERENCIA AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA

Como se adelantó *supra*, y en conformidad con el art. 1° de la ley, el objeto del FISA consiste en “desarrollar las actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de los servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación”. Para el desarrollo de dicho objeto, a su vez, el art. 4 de la misma ley establece que el Fondo podrá: “1) Financiar o invertir en proyectos de infraestructura, directamente o a través de terceros, así como elaborar y realizar los estudios necesarios para tales proyectos. 2) Construir, ampliar, reparar, conservar, explotar y desarrollar, solo a través de terceros no relacionados, dichos proyectos de infraestructura. 3) Realizar gastos o inversiones de carácter físico o financiero, para nuevos proyectos, fomentando su construcción y desarrollo, en la forma que determine el Directorio, velando por mantener la solvencia de la empresa. 4) Emitir instrumentos financieros de deuda, de garantías y otros autorizados expresamente por el Directorio. 5) Constituir sociedades anónimas filiales o coligadas para cumplir su objeto, previa autorización de la junta de accionistas. 6) En general, ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos tendientes a cumplir con el objeto de la sociedad. 7) Realizar las demás actividades que expresamente se establezcan en la ley”.

En este punto, y para analizar la conformidad –o no– de esta nueva figura societaria con la normativa constitucional vigente y, particularmente, con los principios de autonomía de los cuerpos sociales intermedios y de subsidiariedad del Estado en materia económica, resulta necesario hacer una breve referencia a este último y a sus elementos principales.

El principio de subsidiariedad, consagrado en el art. 19 N° 21, inciso 2°, de la Constitución de 1980, y el de autonomía de los grupos sociales intermedios, contemplado en el art. 1°, inciso 3°, de la CP de 1980 y en el art. 3 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, son, a fin de cuentas, dos caras de una misma medalla. Así como la Constitución les reconoce a estos grupos la autonomía y libertad para autorregularse para el logro de sus fines propios, así también –y consecuentemente– debe el Estado –y los grupos sociales mayores– abstenerse de irrumpir en el ámbito de actividad de los cuerpos sociales inferiores y, en último término, del individuo mismo.

Dicho de otra forma, las organizaciones sociales mayores y el Estado mismo deben dar paso a la libertad y autonomía del individuo y de los grupos sociales intermedios, en la medida que estos puedan llegar por sí solos al logro de los objetivos particulares de su área de actividad. Como lo señala Pío XI en *Quadragesimo Anno*, los gobernantes deben entender que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre

las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no solo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más eficaz y próspera la condición del Estado. Por su parte, y refiriéndose a la intervención del Estado en el logro del bien común, Juan Pablo II señala en *Centesimus Annus* que “(...) el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro”<sup>7</sup>.

El principio de subsidiariedad se funda, entonces, en el concepto de bien común, pues, así como el Estado debe propender a su logro como función principal, así también –y por lo mismo– debe abstenerse de desplazar a los particulares o cuerpos intermedios en la consecución de sus iniciativas propias. No debe olvidarse que el bien común no es sino la derivación o el producto de la obra de todos quienes interactúan para lograrlo, llámense particulares, cuerpos sociales intermedios y sociedades mayores o el Estado mismo, por lo que resulta indispensable que el individuo y los demás grupos sociales cuenten con los derechos y garantías para desarrollarse a sí mismos, en el logro de sus propios objetivos.

#### 1. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-EMPRESARIAL DEL ESTADO. BREVE ANÁLISIS

Lo dicho hasta aquí nos permite esbozar los requisitos que deben concurrir para que el Estado se encuentre legitimado para trasponer en determinadas circunstancias la función subsidiaria que la Constitución le impone en el ámbito económico. En esencia, tal intervención tendrá lugar en los siguientes casos:

- a) Debe tratarse de áreas de actividad, de bienes o de servicios particulares cuya realización, producción o prestación respectiva sea necesaria para el logro del bien común o general; y
- b) Los individuos o grupos sociales particulares no han de poder o querer incursionar en estas actividades, bienes o servicios necesarios, o al menos no en forma suficiente, pese a que el Estado ha tomado todas las medidas necesarias para colaborar a que tal deficiencia sea superada por los particulares.

<sup>7</sup> Juan Pablo II, *Centesimus Annus* (carta encíclica), 1º de mayo de 1991, Ediciones Paulinas, Santiago de Chile, p. 32.

En otros términos, es indispensable que la actividad privada no esté cumpliendo en forma adecuada con estos fines o que, simplemente, no exista intervención privada alguna. El ámbito de competencia de los grupos o cuerpos sociales mayores comienza, por esta razón, justo donde termina la actividad de las menores, por cuanto aquellas nacen precisamente para cumplir con los fines que estas últimas no pueden realizar por sí solas. De aquí, pues, que ninguna sociedad mayor puede incursionar en un campo de actividad que los entes menores pueden satisfacer adecuadamente, según sus propios fines.

Es importante aclarar, con todo, que la función subsidiaria del Estado no debe ser confundida con el desarrollo de aquellas actividades que le son propias o privativas, como la Defensa Nacional, la conducción de las Relaciones Exteriores y la intervención que la Constitución le entrega en el proceso de formación de las leyes (artículo 32 N<sup>os</sup> 1 y 62 y siguientes de la Carta Fundamental). En la primera (actividad subsidiaria), se trata de sectores de actividad, bienes o servicios entregados en forma primigenia a los particulares, pero que estos no quieren o no pueden asumir en el nivel o con la intensidad requerida para el logro del bien general; en el segundo, en cambio (actividad privativa), estaremos siempre en presencia de áreas reservadas exclusivamente a la función estatal, sin que puedan llegar a ser desarrolladas por los cuerpos sociales particulares.

Tampoco debe confundirse la actividad económica del Estado con la actividad empresarial del mismo. En las Actas de la Sesión N<sup>o</sup> 388 de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución –CENC–, se dejó claramente establecido que la actividad empresarial del Estado, a que se refiere la CP, no es sino una especie frente al género “actividad económica”, no reguladora<sup>8</sup>. La “actividad empresarial” del Estado, por tanto, es aquella actividad económica que este realiza o en la que participa, con o sin fines de lucro<sup>9</sup>, por medio de aquel conjunto organizado de elementos materiales y personales con fines productivos, denominado empresa.

Por último, debe advertirse que los verbos que utiliza la norma constitucional, *desarrollar* y *participar*, no son equivalentes. Desde luego, desarrollar una actividad económica significa iniciarla, para que esta

<sup>8</sup> Actas Oficiales de la CENC, Talleres de Gendarmería de Chile, p. 2920.

<sup>9</sup> En esta parte resulta de interés la sentencia de la C. Apelaciones de Santiago, que señala: *En consecuencia la norma constitucional en análisis garantiza a todos los individuos la libertad para emprender cualquiera actividad económica, derecho de contenido amplio e importa la libertad que se garantiza a todas las personas, físicas o morales, para satisfacer sus necesidades mediante la utilización de bienes escasos y limitados, no siendo indispensable, por tanto, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades económicas, no correspondiéndole al Estado, involucrarse en actividades de naturaleza empresarial a menos que concurra la circunstancia que una ley de quorum calificado lo autorice* (sentencia de 31 de agosto de 2005, Recurso de Amparo Económico Rol N<sup>o</sup> 2717-2004, “Héctor Martínez Rodríguez; William Walter Gómez; Flor Velasco Díaz; José Orellana Vásquez, Mónica Iturrieta Aplanza, Alejandro Jaque Cifuentes, María Ávalos Flores, Manuel Ortega Miranda y Sociedad Ovalle y Abarca Limitada con Ministro Subrogante del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones Christian Nicolai Orellana”).

adquiera incremento y vigor gradualmente<sup>10</sup>. Participar, en cambio, implica intervenir en forma accesorio en una empresa que ya existe y funciona, como sería –por ejemplo– el caso en que el Estado interviene como accionista minoritario en una sociedad anónima constituida o como asociado en agrupaciones independientes<sup>11</sup>.

## 2. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y SU CORRELACIÓN CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL FISA

A modo de resumen, entonces, la subsidiariedad estatal que predica el art. 19 N° 20, inc. 2° CP, implica que el Estado no puede intervenir como empresario en la actividad económica, a menos que (i) una ley de *quorum* calificado lo autorice en tal sentido y (ii) que dicha ley defina específicamente la actividad empresarial de que se trate. No pueden existir, por esta razón, empresas estatales creadas por ley, cuyo giro sea amplio o multipropósito<sup>12</sup>.

Tratándose concretamente del FISA, el breve recorrido por el principio de subsidiariedad, realizado *supra*, nos permite afirmar su perfecta incardinación en el orden público económico vigente:

<sup>10</sup> Así lo ha dicho la jurisprudencia. Por todas: C. Apelaciones de Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXVIII, 2ª parte, sección 5ª, p. 165.

<sup>11</sup> El artículo 1° del proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 18.971, Orgánica Constitucional, que consagra en su artículo único el llamado “Recurso de Amparo Económico”, definía el concepto de “participación” señalando que por ello se entendía *el tener parte* (el Estado y sus organismos) *en la propiedad o actuar en la administración, con otra u otras empresas, de las actividades empresariales a que se refiere la letra anterior*. A su vez, el mismo artículo 1° contemplaba una definición del concepto de “actividad empresarial del Estado”: *Artículo 1°*. *Para los efectos de toda legislación sobre actividad empresarial del estado o de sus organismos, se entiende que el concepto de actividad empresarial del Estado o de sus organismos comprende la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado o traspasados a terceros en dominio o a otro título. El Estado o sus organismos sólo podrán desarrollar esta acción económica cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo, y por una empresa que tenga objeto específico*.

<sup>12</sup> Así lo ha dicho la jurisprudencia, desde un principio. Por todas, Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 1991, Recurso de Amparo Económico interpuesto por la *Asociación Gremial de Impresores de Chile* en contra del *Instituto Geográfico Militar*, Rol N° 2396-91. Informe Constitucional N° 224, de 20 de diciembre de 1991. En relación con este punto se presenta también una situación distinta, aunque estrechamente vinculada, conocida como “doctrina de la colaboración empresarial” del Estado. Surgida a partir de la sentencia de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2000 (Rol N° 248-2000, sobre Recurso de Amparo Económico interpuesto por la “Asociación Nacional de la Prensa A.G.” y otros en contra de la “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”), la colaboración empresarial es concebida como una alianza estratégica o asociación entre una empresa del Estado y otra del sector privado, que origina en definitiva un desborde o extralimitación del giro o actividad específica de la primera, autorizada por ley de *quorum* calificado. Mediante estas alianzas o asociaciones, el Estado podría indirectamente intervenir en actividades empresariales para las que no ha sido específicamente autorizado, lo que está vedado por el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.

- a) Desde luego, el objeto social de esta nueva sociedad estatal se encuentra delimitado en el art. 1° de la ley, en relación con el art. 4 también citado.
- b) La ley que crea el FISA, además, fue aprobada con *quorum* calificado, según consta en la historia fidedigna de su establecimiento.
- c) Lejos de desplazar la actividad económica privada, el FISA apunta a estimular dicha iniciativa por diversas vías, complementarias o no:
  - c.1) Financiando directa o indirectamente (art. 9), garantizando o invirtiendo en proyectos de infraestructura, incluyendo la elaboración y realización de los estudios necesarios (art. 4 N° 1).  
 En este punto, y como advirtió en su momento el entonces presidente de la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública (COPSA), Sr. Clemente Pérez, la experiencia ha demostrado que la opción de esperar de la iniciativa privada la formulación de proyectos, no ha dado buenos resultados, a lo que se suman los obstáculos burocráticos que muchas veces desincentivan a las empresas a generar propuestas de obras, por los costos y el tiempo involucrados en esas gestiones<sup>13</sup>.  
 Por otro lado, un elemento clave de este nuevo vehículo estatal radica en su gobernanza como sociedad anónima abierta, “de manera de que los que estén a cargo de ella tomen en consideración todas las restricciones que hacen que la entidad se enfoque solo en las tareas para las que está concebida, esto es, la facilitación del financiamiento al sector privado que participe del sistema de concesiones”<sup>14</sup>, ya sea mediante créditos directos a terceros o por medio de una participación accionaria –renta variable– en las respectivas empresas concesionarias.
  - c.2) Relacionado con lo anterior, la ley contempla un sistema de gobierno corporativo que asegura cierto blindaje frente a la autoridad pública de turno y sus políticas fiscales, evitando así que la empresa se transforme en un vehículo de ejecución de dichas políticas y no en una herramienta de financiamiento y estímulo del sector privado, en materia de obras de infraestructura. Por esta vía, además, se aspira a superar uno de los grandes obstáculos que ha debido enfrentar el sistema de concesiones, como es “la debilidad de los equipos ministeriales, y de la institucionalidad misma, lo que se demuestra con el hecho de que ciertos liderazgos regionales hacen que se privilegien algunos proyectos por

<sup>13</sup> *Historia de la Ley ...*, p. 38.

<sup>14</sup> Exposición del entonces Ministro de Hacienda, Sr. Rodrigo Valdés, Primer Informe de la Comisión de Obras Públicas, en *Historia de la Ley ...*, p. 25.

sobre otras prioridades que forman parte de una política de corte nacional<sup>15</sup>.

- c.3) Se establece que, para realizar o participar en la construcción, ampliación, reparación, conservación, explotación y desarrollo de dichos proyectos de infraestructura, el Fondo deberá hacerlo únicamente por terceros no relacionados, ya sea mediante el otorgamiento de concesiones o por medio de la suscripción directa de contratos, previa licitación pública cuyos términos y condiciones serán determinados por la junta de accionistas.

En este sentido, y para asegurar precisamente las condiciones básicas de concurrencia y competitividad del nuevo sistema, el art. 5 de la ley contempla la aplicación del estatuto jurídico de concesiones de obras públicas (Decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas y su reglamento); y de manera excepcional, previa aprobación de la junta de accionistas, la posibilidad de aplicar otra modalidad de concesión o contratación, sujetándose siempre a procesos de licitación pública que garanticen las condiciones de competencia e igualdad entre los oferentes<sup>16</sup>.

#### IV. CAPITAL

Según el art. 10 de la ley, en el capital de la sociedad participan únicamente el Fisco de Chile y la Corporación de Fomento de la Producción –CORFO–. En cuanto al porcentaje accionario de cada cual, sin embargo, la norma legal hace un distingo: a) en el acto de constitución de la sociedad, el Fisco deberá figurar con el 99% de las acciones, y la CORFO con el 1% restante; b) durante la vigencia de la sociedad, en cambio, la norma permite implícitamente que dicho porcentaje accionario varíe entre ambos accionistas, al señalar que “En ningún caso la suma de las acciones del Fisco y de la Corporación de Fomento de la Producción podrá ser inferior al 100% del total de las acciones de la sociedad respectiva”. La fórmula, que apunta a evitar que la sociedad pueda pasar total o parcialmente a manos de terceros<sup>17</sup>, constituye una notoria excepción legal al

<sup>15</sup> Exposición del entonces presidente de la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública (Copsa), Sr. Clemente Pérez, Primer Informe de la Comisión de Obras Públicas, en *Historia de la Ley ...*, p. 36.

<sup>16</sup> *Historia de la Ley...*, p. 24.

<sup>17</sup> Así lo explicaba el entonces Ministro de Obras Públicas, al señalar que con ello “se busca que la empresa no se pueda vender a terceros, refiriéndose el inciso primero a la constitución de la sociedad anónima y el inciso segundo a las posibles modificaciones de la sociedad”. *Historia de la Ley...*, p. 204.

principio de la libre cesibilidad de las acciones de la sociedad anónima, según este, la transferencia de las mismas puede ser limitada, estatutaria o convencionalmente, más nunca impedida.

Por otro lado, la ley no fija un capital social mínimo<sup>18</sup>, ni señala cuál deberá ser dicho capital al momento de constituirse la sociedad, aspecto que queda entregado a la potestad reglamentaria autónoma y a lo que se estipule en el acto de constitución<sup>19</sup>. Simplemente, el art. 11, letra a), aclara que el entero del capital, mediante el pago de las acciones emitidas por la sociedad, podrá hacerse total o parcialmente “con el aporte de bienes fiscales y nacionales de uso público, valorados económicamente, operación que en todo caso se encontrará exenta de impuesto”, en el caso del Fisco; y *con el aporte de recursos o activos financieros*, tratándose de la CORFO. En su inciso final, la misma norma establece que “El Fondo podrá ampliar su capital mediante el aporte de nuevos bienes por parte del Fisco, en los mismos términos establecidos en la letra a) del presente artículo”, entre los que se incluyen aquellos que sean expropiados en conformidad al art. 14. Por último, el artículo segundo transitorio autoriza al Ministerio de Hacienda “para que mediante decretos expedidos bajo la fórmula ‘Por orden del Presidente de la República’, efectúe, dentro de los cinco años siguientes a la constitución del Fondo, los aportes de capital señalados en la letra a) del artículo 11 de la presente ley, los que incluirán todas aquellas rutas y carreteras cuya explotación se encuentre regulada por el decreto supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, facultándose a este para explotarlas una vez finalizado el período de la respectiva concesión”.

De esta forma, la ley introduce nuevas variantes respecto del mecanismo de aumentos de capital, de valorización de los aportes no dinerarios y del plazo de entero del capital suscrito, contemplados en la Ley N° 18.046 –LSA–:

- a) Por una parte, la ley se refiere únicamente a los aumentos de capital social que pueda hacer el Fisco, mediante el aporte de nuevos bienes (art. 11, inciso final). No menciona, en cambio, a la CORFO, circunstancia que, habida cuenta del carácter público de dicha corporación y de las normas legales que la rigen (a esta y a cualquier otro órgano de la Administración), excluye toda posibilidad de que las acciones de

<sup>18</sup> El capital de la sociedad anónima determina, entre otros aspectos, los límites de la responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales, y, en términos generales, la viabilidad de la sociedad en cuanto a la realización efectiva de su objeto, de cara a los recursos económicos que ello requiere. Por esa razón, en muchos ordenamientos extranjeros se exige que la sociedad cuente *ab initio* y durante toda su operación con un capital mínimo suscrito y pagado, que resulte coherente con la envergadura del objeto propuesto en el estatuto, lo que no constituye una regla general en el derecho chileno.

<sup>19</sup> La misma disposición establece, en su inciso final, que *Los aportes del Fisco serán individualizados y valorizados económicamente en los instrumentos administrativos que correspondan*.



- pago, derivadas de un aumento de capital, sean suscritas y pagadas por aquella.
- b) Luego, la ley establece que los aportes de capital inicial serán *valorizados económicamente en los instrumentos administrativos que correspondan*, sin precisar si, para dicho efecto, deberán intervenir los peritos a que se refiere el art. 15 inc. 3° de la LSA y artículos 21 y 168 de su Reglamento. Nos parece, con todo, que atendida la naturaleza de los bienes susceptibles de aporte, el interés general comprometido y las atribuciones del Fondo, que incluyen el financiamiento de obras y el otorgamiento de garantías en favor de terceros, los referidos aportes deberán ser valorados necesariamente por peritos (sin perjuicio, claro está, de la emisión del acto administrativo ya dicho), de manera tal que el capital social se ajuste a los principios de “capital real” y de “capital útil”, contemplados en los artículos 4 N° 5, 13 y 15 de la LSA.
- c) Adicionalmente, el artículo segundo transitorio, ya mencionado, altera la regla contenida en el artículo 11 de la LSA, al fijar un plazo de cinco años para pagar el capital suscrito (similar al plazo supletorio del art. 434 del Código de Comercio, en las sociedades por acciones), en vez del plazo de tres años a que se refiere el art. 11 recién citado.
- d) Por último, la ley establece que el Fondo no podrá obtener créditos, fianzas o garantías del Estado o de cualquiera de sus organismos, entidades o empresas (art. 27). Sin embargo, el artículo 28 establece que la Ley de Presupuestos del Sector Público podrá contemplar transferencias de capital para proyectos específicos del Fondo, bajo ciertos requisitos.

## V. FINANCIAMIENTO Y ACTIVOS DEL FONDO

Este aspecto fue ampliamente analizado durante el trámite legislativo: los activos del Fondo estarán constituidos por las obras de infraestructura actualmente concesionadas a terceros (que no se hayan destinado, claro está, al entero del capital inicial suscrito por el Fisco, o de eventuales aumentos) y que sean traspasadas al Fondo una vez que los respectivos contratos de concesión terminen; y por los flujos futuros de esas concesiones, comenzando por las carreteras y obras viales concesionadas. De esta forma, el Fondo será titular de los derechos sobre los ingresos futuros de un paquete de obras, los que se concretarán a partir del momento en que esos proyectos sean relicitados<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> A la fecha de este trabajo se desconoce el detalle de las obras de infraestructura que serán parte del Fondo, el ministro de Obras Públicas, Juan Andrés Fontaine, ha señalado que la primera relicitación importante es la del tramo Talca-Chillán de la Ruta 5 Sur, el primer semestre del próximo año y que, por lo mismo, se prevé que sea la primera obra que vaya al Fondo. Fuente: *El Mercurio*, domingo 23 de septiembre de 2018.



Asimismo, tanto los aportes que se realicen a la empresa pública como las utilidades que de ella se retiren, serán incluidos en la ley anual de presupuestos correspondiente<sup>21</sup>.

Para financiar nuevos proyectos, entonces, el Fondo utilizará inicialmente la infraestructura vial y de aeropuertos actualmente concesionada, sin necesidad de que el Estado realice desembolsos adicionales; o dicho de otra forma, la idea es que el Fondo pueda traer a valor presente los flujos futuros que generará dicha infraestructura, en la medida que estas obras sean entregadas material y jurídicamente al Estado, que se hará dueño de las mismas. Con esos flujos proyectados, a su vez, el Fondo podrá emitir títulos de deuda de largo plazo (bonos), que como tales serán transados en el mercado de valores con miras a ser pagados a su vencimiento con esos flujos esperados. Como explica Balmaceda (recogiendo cifras entregadas por el entonces ministro de Obras Públicas, Sr. Alberto Undurraga), el valor de esos flujos “se calcula como el valor presente de todos los flujos futuros por concepto de peajes viales a partir del momento en que estas autopistas concluyan sus actuales concesiones y se integren al Estado, dejando de capital un valor de US\$ 9 mil millones (3,8 % del PIB)”<sup>22</sup>; o como explica González, “El Fondo de Infraestructura (FI) se constituye mediante el valor presente de los ingresos netos futuros provenientes de los cobros a usuarios de las concesiones de obras públicas, una vez que vuelvan a ser licitados”<sup>23</sup>.

## VI. RÉGIMEN DE UTILIDADES Y DIVIDENDOS

Según el art. 11, letra b), el patrimonio del Fondo estará constituido –también– por *Las utilidades que obtenga en el desarrollo de sus actividades financieras comerciales, cuya capitalización haya sido autorizada por la junta de accionistas*. Por su parte, el art. 4, inciso final, establece que, en el ejercicio de sus atribuciones, *el Fondo deberá orientarse a la sostenibilidad financiera de su cartera de proyectos y a producir utilidades anuales durante cada ejercicio*.

Las normas transcritas parecen reiterar dos aspectos básicos de la sociedad anónima, configuradores de este tipo social y, en general, de las sociedades capitalistas:

<sup>21</sup> *Historia de la Ley ...*, p. 28.

<sup>22</sup> BALMACEDA, Marcos (2017): “Fondo de infraestructura: Su estructura institucional y forma de financiamiento ameritan un análisis más profundo”. Disponible en: <http://www.infraestructurapublica.cl/fondo-de-infraestructura-su-estructura-institucional-y-forma-de-financiamiento-ameritan-un-analisis-mas-profundo/>

<sup>23</sup> GONZÁLEZ, Aldo (2018): “Fondo de Infraestructura”, Departamento de Economía, Universidad de Chile. Disponible en: <http://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/a21dc386cca6c17d37866272458cca5eeb85b303.pdf>

- a) Que el interés de la sociedad y de sus accionistas pasa por la maximización de sus recursos, con miras a la obtención de utilidades dinerarias (tesis contractualista); y
- b) Que dichas utilidades forman parte del patrimonio (no del capital), las que en todo caso pueden ser capitalizadas –las líquidas– por acuerdo de la junta de accionistas y la respectiva modificación de los estatutos.

Sin embargo, de la naturaleza pública de la sociedad –o, mejor dicho, de sus accionistas– se derivan dos importantes diferencias con el régimen de sociedades privadas, que vale la pena destacar:

- a) Conocido es el debate –todavía latente– acerca del concepto de “interés social” e “interés de los accionistas”, y de la concepción contractualista o institucionalista que lo inspira en el derecho chileno de sociedades<sup>24</sup>. Tratándose de la actividad económica desarrollada por empresas públicas constituidas como sociedad anónima, sin embargo, la señalada discusión teórica se diluye por completo. Como resulta evidente, dicha actividad estará impregnada siempre y necesariamente por la función de promoción del bien común, que justifica la existencia misma del Estado (art. 1º, inc. 4º, de la CP), cualquiera sea la estructura jurídico-societaria que se utilice para su ejercicio, de manera que, en estos casos, el carácter institucionalista que asume la sociedad respectiva se desprende necesariamente de la propia naturaleza pública de la función que la informa<sup>25</sup>. Según esto, y en términos generales<sup>26</sup>, la sociedad adquiere un carácter funcional al asimilarse al concepto de empresa como ente intermedio entre el individuo y el Estado, asumiendo de esta forma el carácter de vehículo de realización de objetivos que

<sup>24</sup> A esta materia nos hemos referido en otra oportunidad, a lo que nos remitimos (*Curso de Derecho Comercial* [2016], Tomo II, Vol.2, Santiago, Thomson Reuters, pp. 207 y ss.)

<sup>25</sup> La Contraloría General de la República, refiriéndose a este carácter público precisamente, ha señalado que el art. 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, “(...) determina la organización básica de la Administración del Estado y precisa claramente los órganos y entidades que la constituyen, estableciendo de manera expresa e inequívoca que las empresas públicas creadas por ley forman parte de la Administración del Estado. Por consiguiente, dichas empresas, al igual que los demás órganos y servicios señalados en el citado artículo 1º, son los organismos públicos que conforman la Administración del Estado y, por ende, sus elementos integrantes –fines, recursos, personal y régimen jurídico– son, por cierto, de igual carácter (...)” (Dictamen N° 016164, de 06 de mayo de 1994, en *Gaceta Jurídica*, año 1994, N° 167, p. 130).

<sup>26</sup> Una de las variantes de esta teoría se observa en la tesis de Von Gierke, creador de la doctrina denominada *Person an sich*. A partir de la concepción institucionalista del “interés social”, este autor lo identifica no obstante con el interés de la personalidad jurídica, distinto del interés de los socios y superior a él, apartándose de esta forma del concepto de empresa como centro de atención de la tesis institucionalista más pura (VON GIERKE, Otto [1902]: *Vom Wesen der menschlichen Verbände*). Sobre esta tesis y su crítica puede consultarse a ZÖLLNER, Wolfgang (1963): *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, pp. 19 y 20.

trascienden el puro interés individual de los socios o accionistas<sup>27</sup>. Abarca, por lo mismo, aspectos que apuntan al logro del bien común y que instrumentalizan el tipo societario de que se trate, en una suerte de ecuación axiológica cuyas variantes vienen definidas, en último término, por la voluntad del legislador.

Por la función pública que se le asigna a la sociedad, entonces, el interés de los socios o accionistas no es el único que se considera como relevante en esta concepción. Su finalidad, más que eso, consiste en realizar también el interés de los trabajadores, el de los consumidores y, en último término, propender al beneficio común mediante el desarrollo científico, el crecimiento económico y el buen funcionamiento de la economía nacional<sup>28</sup>.

Llama la atención, con todo, la contradicción que se produce entre la naturaleza capitalista de la sociedad, orientada según la ley “a producir utilidades anuales durante cada ejercicio”, y su función de promoción del bien común (art. 1º, inc. 4º, de la CP), inherente a su carácter de empresa pública. A fin de cuentas, pues, el bien común que puede resultar de una obra de infraestructura no se mide solo por las utilidades financieras que genere su construcción, sino también –y particularmente en este caso– por la rentabilidad social de esas obras, las que quedarían excluidas si el Fondo se limita a financiar obras económicamente rentables. Es el caso, por ejemplo, de la infraestructura ferroviaria y, principalmente, del ferrocarril para pasajeros, pues, como ha quedado en evidencia en las últimas décadas, un proyecto semejante apenas permitiría el financiamiento de sus costos operativos.

En estos casos, entonces, la concreción de estos proyectos económicamente deficitarios aunque socialmente rentables, dependerá del resultado financiero final del ejercicio. La ley no exige, pues, que cada proyecto individualmente considerado genere utilidades, sino que esas utilidades sean “anuales”; pero si la proyección de los flujos futuros de esas inversiones afecta negativamente el resultado final del balance, al punto de generar pérdidas aun considerando los ingresos devengados y las cuentas por cobrar (por aplicación de las normas IFRS), entonces las referidas obras, de rentabilidad financiera deficitaria, deberán ser subsidiadas necesariamente por el Estado, mediante las

<sup>27</sup> De Roimiser, describiendo los presupuestos de esta tesis institucionalista, señala que en ella “el instituto accionario es un instrumento al servicio de un sistema político-económico integral cuya regulación comprende la tutela de intereses públicos. En esta concepción –agrega la misma autora–, la empresa, como categoría autónoma portadora de intereses plurales y heterogéneos, desplaza al concepto de actividad empresarial y se convierte en la célula madre del régimen societario, que asume una dimensión netamente política” (DE ROIMISER [1979], p. 4).

<sup>28</sup> Cf.: ALBORCH BATALLER, Carmen (1977): *El derecho de voto del accionista. Supuestos especiales* (Madrid, Tecnos), pp. 81 y 82.

pertinentes partidas en la legislación anual de presupuesto<sup>29</sup>. Así se desprende, por lo demás, del art. 23 de la ley, al señalar que el comité de directores a que se refiere la norma deberá pronunciarse respecto de la conveniencia de la operación respectiva *para el interés social* (art. 23 N° 2); que, cuando el directorio del Fondo deba pronunciarse respecto de esos proyectos, deberá considerar la conveniencia de los mismos *para el interés social* y, además, “que contemplen criterios de equidad territorial y los intereses de cada región del país (...)” (art. 23 N° 3); y, en fin, que en caso que la Administración del Estado solicite o requiera al Fondo incorporar obras o realizar modificaciones a proyectos en ejecución “que provoquen impacto negativo en su patrimonio”, deberá observarse el procedimiento señalado en los incisos anteriores y, previo a su materialización, “se deberá contar con la autorización que corresponda en la Ley de Presupuestos del Sector Público” (art. 23 inc. final).

- b) Una segunda diferencia, que se deriva de la anterior, consiste en que, tratándose de una empresa pública, el estatuto jurídico que regula el régimen general de utilidades y reparto de dividendos en una sociedad anónima abierta, muestra también un evidente ajuste de cara a la finalidad propia del FISA.

Pese a las advertencias del entonces vicepresidente de la Cámara Chilena de la Construcción, Sr. Rodrigo Galilea<sup>30</sup>, y del secretario ejecutivo del Consejo de Políticas de Infraestructura de la época, Sr. Carlos Cruz<sup>31</sup>, la ley no contempla normas concretas acerca de políticas de reinversión de utilidades, de manera que las señaladas utilidades se destinen efectivamente a la explotación del giro y no a financiar, vía retiros o dividendos, otras políticas públicas desvinculadas de aquel. Por ello, especial relevancia tendrá en este punto la labor fiscalizadora de la Contraloría General de la

<sup>29</sup> Así lo señaló, por lo demás, el entonces coordinador macroeconómico del Ministerio de Hacienda, Sr. Claudio Soto: “En lo que atañe a la regulación fiscal, señaló que el presupuesto de las empresas públicas no está supeditado a los recursos que se dispongan anualmente en la Ley de Presupuestos. A mayor abundamiento, en el caso del Fondo de Infraestructura será la junta de accionistas la que aprobará una propuesta de proyectos con los recursos del caso, de acuerdo al contexto normativo que lo regirá. No obstante, advirtió, por razones de transparencia fiscal, en la legislación presupuestaria anual igualmente se registrarán los subsidios recibidos por el Fondo para el financiamiento de proyectos rentablemente deficitarios, así como las utilidades obtenidas”. *Historia de la Ley ...*, p. 125.

<sup>30</sup> Según el ejecutivo, “debiera establecerse en la ley una política de reinversión de utilidades, que vaya en directa relación con el monto de la cartera de proyectos que se debe garantizar, así como la obligatoriedad de contratar seguros para todas las obras que se garanticen, de manera de resguardar el patrimonio de la empresa”. *Historia de la Ley ...*, p. 39.

<sup>31</sup> Explicó que, en 1999, se constituyó precisamente un Fondo de Infraestructura con recursos por US\$460.000.000, el que, “porque no contaba con las cautelas adecuadas, terminó subsidiando proyectos en lugar de garantizarlos, lo que provocó la pérdida de sus activos. Sobre la base de esa experiencia y la de casos internacionales comparables, debe haber mucha precaución en el uso de los recursos, a fin de que el Fondo cumpla los objetivos pretendidos”. *Historia de la Ley ...*, p. 39.

República, quien debe cautelar precisamente “el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades” (art. 16 inc. 2º, Ley N° 10.336).

## VII. GOBIERNO CORPORATIVO

Considerando la opción del tipo societario que hace la ley, el Fondo debe sujetarse a las normas legales de la LSA y su Reglamento, aplicables a las sociedades abiertas, tanto en lo que concierne a su administración como al funcionamiento y atribuciones de la junta de accionistas. No obstante, la ley introduce diversas variantes específicas en esta materia, que por especialidad priman sobre las normas de la LSA. Mencionaremos solo algunas, que nos parecen más relevantes.

### 1. EN CUANTO AL DIRECTORIO

- a) El directorio de la sociedad estará compuesto por cinco miembros, nombrados todos por el Presidente de la República con sujeción a los requisitos de elegibilidad e independencia que establece el art. 15 de la ley<sup>32</sup>.
- b) El directorio debe elaborar un “Plan de Negocios Quinquenal” (art. 25), el que deberá ser puesto en conocimiento del MOP para que emita un informe técnico y que, luego, será presentado a la junta de accionistas para su aprobación o rechazo.
- c) En el caso de que el directorio acuerde financiar o invertir en proyectos de infraestructura que puedan requerir aporte fiscal, se deberá cumplir con los requisitos y procedimientos que se señalan en el art. 23 de la ley y, particularmente, con el informe previo favorable del denominado “Comité de Directores”, compuesto por miembros independientes que cumplan los requisitos del art. 15.

### 2. EN CUANTO A LAS JUNTAS DE ACCIONISTAS

Según el art. 21, a las juntas de accionistas concurrirá el Fisco, representado por los ministros de Hacienda y de Obras Públicas, y la Corporación de Fomento de la Producción, representada por quien designe el Consejo Directivo del Sistema de Empresas Públicas o quien lo sustituya en la administración y representación de sus derechos, acciones y cuotas en el

---

<sup>32</sup> Véase acerca de este punto, además, el documento denominado “Perfiles de Directores/as Titulares del Fondo de Infraestructura S.A.”, disponible en: [https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2018/08/Perfil-Director-Fondo-de-Infraestructura\\_MOP\\_APROBADO-POR-CADP\\_16-08-18.pdf](https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2018/08/Perfil-Director-Fondo-de-Infraestructura_MOP_APROBADO-POR-CADP_16-08-18.pdf)

Fondo<sup>33</sup> (art. 21). No procede, según esto, que los señalados representantes deleguen a su vez la asistencia, mediante poder; ni parece necesario, por razones evidentes, que dicha representación sea calificada mediante el sistema de calificación de poderes (art. 64 LSA y 114 y ss. del Reglamento).

Estas juntas serán convocadas por el directorio de la sociedad, *de oficio o a requerimiento fundado del Ministro de Obras Públicas* (art. 22), de manera que, según el texto legal, aquel órgano no estaría obligado a citar a junta en el caso del art. 58 N° 3 LSA, esto es, *cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta*.

## VIII. RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN

El art. 29 señala que el Fondo estará sometido a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero –CMF– y que, además, la Contraloría General de la República –CGR– ejercerá su función fiscalizadora de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 16 del decreto N° 2.421, del Ministerio de Hacienda, de 1964, que fija el texto refundido de la Ley N° 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. En este punto, especial interés tiene la doctrina del “núcleo público”, que la CGR ha venido desarrollando en diversos dictámenes<sup>34</sup> y que, en esencia, postula que en el contexto normativo de estas sociedades públicas, sometidas al estatuto del derecho de sociedades, existe un mínimo de sujeción al derecho administrativo.

Nos parece, con todo, que la regla de fiscalización interna de la sociedad anónima abierta, contenida en el art. 52 de la LSA (obligación de designar anualmente una empresa auditora externa), resulta igualmente aplicable al Fondo, considerando su calidad de sociedad fiscalizada por la señalada Comisión y, particularmente, su condición de eventual emisor de valores de oferta pública, en conformidad al art. 4 N° 4 de la ley<sup>35</sup>. Debe recordarse, además, que en este caso no se trata de una “empresa

<sup>33</sup> Llama la atención la referencia a “cuotas” del Fondo, pues el capital de la sociedad anónima se representa por las acciones que emite y no en las tales “cuotas”, como si se tratase de un fondo de inversión.

<sup>34</sup> Los dictámenes abordan diversos aspectos relacionados con el funcionamiento de estas empresas: la forma en que actúan (Dictámenes 12.059/2011, 49.135/2015, 12.371/2014); sus relaciones laborales (Dictámenes 31.953/2015 y 18.850/2015); la manera en que deben elegir a sus contratistas (Dictamen 87.44/2015); y las materias sobre las que pueden contratar (Dictámenes 31.953/2015, 2.803/2017 y 45.717/2012) y.

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, el art. 108 de la Ley N° 18.045 faculta a los representantes de tenedores de bonos para requerir información, entre otros, a los auditores externos de las sociedades emisoras, en este caso el FISA.

del Estado”, sino de una sociedad estatal que, como tal, se rige por las normas del derecho de sociedades y por su estatuto social<sup>36</sup>.

Adicionalmente, y de acuerdo con la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (Ley de Transparencia), todas las empresas públicas (entre ellas las sociedades del Estado) están obligadas a entregar a la CMF, o a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información que se les pide a las sociedades anónimas abiertas, de conformidad con la LSA.

---

<sup>36</sup> En este sentido se ha pronunciado también la CGR, al señalar que estas sociedades “no nacen directamente de la ley. La ley de *quorum* calificado faculta a determinado órgano u órganos estatales para crearlas bajo la fórmula de sociedades privadas, por lo que no es ni la ley la que las crea y su régimen jurídico es el de derecho privado que es determinado en una escritura social” (Dictamen N° 39.562, de 1 de diciembre de 1997).

## **FONDO DE INFRAESTRUCTURA: LAS DUDAS FRENTE A INCONSISTENCIAS DE DERECHO PÚBLICO**

**ALICIA DE LA CRUZ MILLAR\***

Hace casi un año, en el marco del desarrollo de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo que se desarrollaron en Punta Arenas, la audiencia reaccionó sorprendida al saber que se estaba tramitando un proyecto de ley que creaba una empresa cuyo patrimonio consideraba bienes nacionales de uso público<sup>1</sup>. El 9 de marzo de 2018, a 24 horas de dejar su cargo, la presidenta Bachelet promulgó la Ley N° 21.082 tras el apoyo transversal a la misma en el Congreso. A nadie le llamó la atención la conformación de un patrimonio con bienes que no son de nadie, que están abiertos al uso público. Es como si mañana creáramos una gran empresa pública en el giro turístico y conformáramos su patrimonio con todas las playas existentes a lo largo de nuestro borde costero.

Tras la publicación de la ley en el Diario Oficial, el 24 de marzo de 2018, surgieron algunas críticas más bien de corte financiero y tributario pero la naturaleza jurídica de los bienes en cuestión no se ha mencionado; no lo hicieron los parlamentarios ni los críticos a la ley, salvo por la discusión surgida en la Jornada de Derecho Administrativo de Magallanes. En la implementación de la norma legal seguramente se apreciará el error pero puede ser tarde.

En efecto, no hay nada más cierto que el principio que indica que una ley mal diseñada, seguramente será malinterpretada y, consecuentemente, mal implementada.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado, Directora Ejecutiva de la ADA.

<sup>1</sup> La ponencia, de mi autoría, se tituló: "Proyecto que crea el Fondo de Infraestructura. ¿Una curiosidad o una barbaridad empresarial?".



## I. LA LEY

### 1. SOCIEDAD ANÓNIMA ESTATAL

El fondo de infraestructura se crea como una sociedad anónima estatal que, de acuerdo con el mensaje y al articulado del proyecto, tendrá como objeto la construcción, ampliación, reparación, conservación, explotación, desarrollo, financiamiento o inversión referidas a proyectos de infraestructura, incluidos servicios anexos a estos. Esta sociedad contempla una participación del capital social del 99% por parte del Fisco y una participación de 1% de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO).

Debido al giro de esta sociedad anónima estatal, requirió de una habilitación por norma de *quorum* calificado, como lo exige el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. La autorización consagrada en el artículo primero de la ley es amplia:

“Artículo 1°.- Autorícese al Estado para desarrollar las actividades empresariales de financiamiento e inversión referidas a proyectos de infraestructura, así como el desarrollo, a través de terceros no relacionados, de los servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación, en conformidad y con estricta sujeción a lo dispuesto en esta ley”.

### 2. ATRIBUCIONES

El artículo 4° de la ley consagra las amplias atribuciones del Fondo que, conforme con el inciso final de la disposición, “...debe orientarse a la sostenibilidad financiera de su cartera de proyectos y a producir utilidades anuales durante cada ejercicio”.

Para ello podrá:

- “1) Financiar o invertir en proyectos de infraestructura, directamente o a través de terceros, así como elaborar y realizar los estudios necesarios para tales proyectos.
- 2) Construir, ampliar, reparar, conservar, explotar y desarrollar, solo a través de terceros no relacionados, dichos proyectos de infraestructura.
- 3) Realizar gastos o inversiones de carácter físico o financiero, para nuevos proyectos, fomentando su construcción y desarrollo, en la forma que determine el Directorio, velando por mantener la solvencia de la empresa.
- 4) Emitir instrumentos financieros de deuda, de garantías y otros autorizados expresamente por el Directorio.
- 5) Construir sociedades anónimas filiales o coligadas para cumplir su objeto, previa autorización de la junta de accionistas.
- 6) En general, ejecutar todos los actos y celebrar todos los contratos tendientes a cumplir con el objeto de la sociedad.
- 7) Realizar las demás actividades que expresamente se establezcan en la ley”.

Los proyectos de infraestructura los podrá desarrollar por medio de concesiones u otras modalidades contractuales que se definirán por licitación pública (Art. 5°).

Ciertamente se trata de un giro amplio con importantes atribuciones que además podrá desarrollar en sociedades:

“Artículo 9°.- El Fondo desarrollará su giro, en lo referente al financiamiento parcial o total de proyectos, directamente o por intermedio de sociedades anónimas en las cuales tenga participación, las que podrán ser constituidas con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, las que para todos los efectos legales posteriores a su constitución se regirán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas”.

Luego, estamos frente a una empresa estatal desde una perspectiva privada fomentando el Estado empresario, aun cuando las sociedades a las que se refiere el artículo 9° de la ley deberían requerir de ley de *quorum* calificado, conforme con el artículo 19 N° 21 de la CPR.

Eso en cuanto al giro y las atribuciones. Pero la verdadera curiosidad está en la conformación de su patrimonio.

### 3. PATRIMONIO

El artículo 11 de la ley establece que el patrimonio del Fondo de Infraestructura estará constituido por:

“a) El capital inicial que suscribirán y pagarán el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, en proporción a la participación accionaria de ambos. El Fisco podrá suscribir y pagar el capital inicial, total o parcialmente, con el aporte *de bienes fiscales y nacionales de uso público*<sup>2</sup>, valorados económicamente, operación que en todo caso se encontrará exenta de impuesto. (...)

Y

“b) Las utilidades que obtenga en el desarrollo de sus actividades financieras comerciales, cuya capitalización haya sido autorizada por la junta de accionistas”.

Vale la pena detenerse aquí.

## II. INCONSISTENCIAS JURÍDICAS Y PRÁCTICAS

### 1. BIENES NACIONALES

Es en las disposiciones relativas al patrimonio donde se encuentra el centro de la innovación, como lo reconoció el entonces ministro de

---

<sup>2</sup> Destacado nuestro.

Hacienda Rodrigo Valdés cuando acudió al Senado para la discusión del proyecto. Es cierto que ya se habían constituido empresas estatales con un patrimonio integrado por bienes fiscales como se dio en el caso de la Ley de Puertos, N° 19.542<sup>3</sup>; lo que no se había visto, hasta ahora, era una empresa estatal cuyo patrimonio se conforma con “bienes nacionales de uso público”.

No se dice cómo es que ingresarán al patrimonio de una sociedad que se rige por el derecho civil bienes que no tienen dueño, que –conforme al artículo 19 N° 23 de la Constitución pertenecen a la Nación toda– y que cualquiera sea la teoría de los bienes públicos que se siga, están fuera del comercio humano. De hecho en la discusión el Ministro de Obras Públicas habló de “los mecanismos que correspondan” refiriéndose a cómo ingresarían; el senador Hernán Larráin preguntó si pasaban a ser fiscales y el entonces ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Andrés Gómez Lobo, afirmó que se entregaban en comodato.

Valga recordar aquí que desde Roma hasta nuestros días la regulación de los bienes nacionales de uso público o bienes públicos más que a su vínculo con el dominio apunta la definición de aquellos susceptibles de apropiación y los que no lo son. Y precisamente por eso se los denominaban patrimoniales o extrapatrimoniales. No estaban en el patrimonio de nadie las cosas divinas que eran, *per se*, extracomercio; en cambio la gran mayoría de las cosas sí estaban, porque precisamente estaban en el comercio humano. No estaban en el comercio humano, sin embargo, los bienes públicos en uso público; bienes indisponibles y destinados al uso de todos (lo que hoy conocemos como bienes nacionales de uso público). En cambio, los bienes que conformaban el dominio privado del pueblo sí estaban en el comercio y es lo que hoy conocemos como bienes fiscales<sup>4</sup>.

Hoy, si nos remitimos al artículo 19 N° 23 de la Constitución, donde encontramos la *Gran división de los bienes*, distinguimos:

<sup>3</sup> Ley N° 19.542. “Artículo 10.- El patrimonio de cada una de las empresas estará formado por:  
1. El total de los activos y pasivos de la Empresa Portuaria de Chile, incluidos los derechos emanados de las concesiones marítimas, asociados a los puertos y terminales de competencia de las respectivas empresas, conforme a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° transitorios de esta ley;  
2. Las obras ejecutadas por las empresas o encomendadas por éstas a terceros y las que permanezcan en las concesiones portuarias que otorguen;  
3. Las sumas que consigne la Ley de Presupuestos del Sector Público y las cantidades que se les asignen por otras leyes y decretos, y  
4. En general, todos los bienes muebles e inmuebles y los derechos que adquieran a cualquier título”.

<sup>4</sup> Por todos ver: MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1992): *Dominio Público*, Madrid, Estudios Tirivium, 156 pp.; MONTT OYARZÚN, Santiago (2009): *El Dominio Público, Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*, Santiago, Legal Publishing, 421 pp.; LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2012): *Sistema Jurídico de los Bienes Públicos*, Zaragoza, Thomson Reuters, 317 pp.

- a) Los bienes comunes a todos los hombres o bienes libres, que son el aire y la alta mar.
- b) Los bienes nacionales de uso público que pueden ser:
  - Naturales, como las aguas marítimas o terrestres, lechos de río, playas de mar u orillas de lagos o ríos.
  - Artificiales, como las calles, plazas, puentes, rutas o carreteras, etc., o
  - Bienes sometidos a un régimen especial como las minas, aguas, o el subsuelo de los bienes públicos o glaciares.
- c) Finalmente tenemos la más amplia categoría que son los bienes privados o que se rigen por el derecho privado. Aquí están los bienes privados propiamente tales, los fiscales, los municipales y los de los gobiernos regionales.

Estos últimos se encuentran en el mundo de la apropiación, son susceptibles de dominio y se transan de acuerdo con las normas comunes.

Las dos primeras categorías –los comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público– comparten la característica de ser inapropiables e inalienables.

Entonces surge una nueva duda: el patrimonio de cualquier sociedad es el que responde frente a derecho de prenda general de los acreedores. Pero si un bien está fuera del comercio humano tampoco se puede embargar, no se pueden comprar ni se pueden vender; o sea, de nada sirven al contratante diligente que pueda verse defraudado. La garantía es entonces nula en lo que a estos bienes se refiere, no así respecto de los fiscales. Sin ir más lejos los bienes nacionales de uso público, como las carreteras, ni siquiera se inscriben en el Conservador de Bienes Raíces.

Ahora, la ley habla de bienes nacionales de uso público sin especificación alguna, aunque el artículo segundo transitorio se refiere únicamente a las rutas y carreteras, las que traspasa en patrimonio autorizando su explotación una vez pagada la concesión vía tarifa:

“Artículo segundo.- Autorízase al Ministerio de Hacienda para que mediante decretos expedidos bajo la fórmula ‘Por orden del Presidente de la República’ efectúe, dentro de los cinco años siguientes a la constitución del Fondo, los aportes de capital señalados en la letra a) del artículo 11 de la presente ley, los que incluirán todas aquellas rutas y carreteras cuya explotación se encuentre regulada por el decreto supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, facultándose a éste para explotarlas una vez finalizado el período de la respectiva concesión (...).”

La norma precisa que son todas las rutas y carreteras consideradas por el Decreto Supremo que regula las concesiones, ya que seguidamente advierte que; solo con la firma de los ministros de Hacienda y Obras Públicas, e informando a las comisiones de Obras Públicas y Hacienda del Senado y a las Comisiones de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda de la Cámara, se podrá no aportar alguna.

## 2. ¿TARIFA O IMPUESTO?

La letra b) del artículo 11 habla de las utilidades que se obtengan, las que también entrarán al patrimonio. ¿Cómo se obtienen? Se explica en el inciso final del artículo séptimo del proyecto, en el artículo segundo transitorio y en las explicaciones entregadas por el mensaje del entonces ministro Valdés.

El inciso final del artículo séptimo del proyecto establece que

“...Concluida la vigencia de una concesión, el Fondo podrá licitar nuevamente, manteniendo, disminuyendo o aumentando los bienes y derechos comprendidos en la nueva licitación. Ésta deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista interrupción en la prestación de servicios en el período que medie entre el término de una concesión y el comienzo de la siguiente”.

A su turno el artículo segundo transitorio faculta al Fondo para explotar las rutas y carreteras aportadas en patrimonio, una vez finalizado el período de la respectiva concesión.

Las antedichas disposiciones llamaron la atención del senador Juan Antonio Coloma durante la discusión del proyecto, quien –aun votando a favor– advirtió el costo que podría significar el mantener o subir los peajes: “No me parecería justo decir que los peajes van a ser siempre iguales –o que siempre van a costar lo mismo o más– porque hay que financiar el Fondo de Infraestructura, independiente de si el costo que está pagando el usuario puede ser mucho menor hoy día que hace 20 años atrás, porque la obra ya se construyó”, dijo el senador Coloma durante la discusión en sala en el primer trámite constitucional en el Senado<sup>5</sup>.

Lo cierto es que la disposición no es tan distinta a la de la Ley de Concesiones pero tiene una sutileza que puede transformar una tarifa en un impuesto: se trata de traer a valor presente los flujos futuros pero con las tarifas de hoy.

Como aclaró el ministro Valdés durante la discusión “se trata de que el Estado pueda dar usos a flujos que tendrá en el futuro, una vez que los plazos de las concesiones concluyan, evento en el cual el Estado puede volver a concesionar la obra o administrarla directamente. En este último caso, puntualizó, sería posible mantener peajes con un valor que supere en cierta medida el costo de mantenimiento de la obra. Ese flujo de dinero que recibirá el erario fiscal, que no está contabilizado en el presupuesto del sector público, permitirá, mediante esta innovación financiera, colaborar para que haya más proyectos concesionados”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Fecha 3 de enero, 2017. Diario de Sesión en Sesión 77. Legislatura 364. Discusión General. Se aprueba en general.

<sup>6</sup> Senado. Fecha 29 de diciembre, 2016. Informe de Comisión de Obras Públicas en Sesión 77. Legislatura 364.

Efectivamente, aquí radica la supuesta eficiencia del sistema. Al mantenerse los peajes trayéndolos a valor presente, se establece una suerte de impuesto encubierto manejado por una empresa que se rige por el derecho privado. La concesión terminada ya se pagó y al usuario solo le correspondería pagar el valor de operación y mantención. Todo lo que se pague sobre mantención y operación, a menos que se esté mejorando, sería un pago por algo que ya se pagó.

Ya se preguntaba Lucas Palacios, académico UDD, respecto del patrimonio del Fondo: “Pero ¿cómo y bajo qué criterios se fijará el monto de este impuesto? ¿Cómo se calcula, entonces, el patrimonio del Fondo?”<sup>7</sup>.

El senador Coloma insistió en el tema de los peajes durante la discusión en la Comisión Mixta llamando la atención respecto de la fórmula que se deduce del artículo 11 y segundo transitorio:

“... , a mi juicio, esa forma de describir el capital es insuficiente, por cuanto surge una cosa muy esencial: uno no sabe cuánto será lo que se va a obtener. Al final, esto significa que estamos generando una empresa pública cuyo capital no tenemos claro cómo se va a descomponer ni de cuánto será, porque estará sujeto al tema de los flujos que emanan de los peajes futuros.

En esta materia, hice notar mi preocupación toda vez que cuando se terminan las concesiones lo lógico es que ellas sean relicitadas, y en la relicitación se deben incorporar la mantención de la obra –de esto no me cabe duda– y construcciones anexas –terceras pistas, por ejemplo–, pues las cosas van cambiando y hay que ir mejorando, lo que me parece superrazonable.

Aparte de lo anterior, creo que también debería considerarse la lógica de una rebaja, valorar la concesión y que el día de mañana el usuario pueda pagar menos peaje. Me inquieta que, al disponer que el capital se establezca con los flujos, el valor de los peajes en Chile nunca baje, pues de alguna manera están obligados a mantenerse para efectos de concesiones y de construcción.

Creo que ese es un tema muy serio”.

concluyó el senador aunque votó a favor del proyecto.

El Instituto Libertad y Desarrollo ve, también, un peligro de endeudamiento porque el Fondo estaría asumiendo riesgos técnicos y operacionales. En efecto, señalan, no obstante los resguardos que puedan establecerse en la administración, “...si los controles previstos fuesen ineficaces, se habría creado un mecanismo que vulneraría el buen manejo fiscal, donde las decisiones de gasto y endeudamiento no estarían en lo presupuestario, sino que se trasladan al campo de las empresas públicas”<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> PALACIOS, Lucas (2017): “Fondo de Infraestructura”: Algunas dudas”, en *El Mercurio*, Miércoles 8 de febrero de 2017. <http://www.elmercurio.com/blogs/2017/02/08/48700/Fondo-de-Infraestructura-Algunas-dudas.aspx>

<sup>8</sup> LIBERTAD Y DESARROLLO (2018): “Fondo de Infraestructura: Una empresa pública de alto riesgo”, en *Temas Públicos*, N° 1337-2 de 12 de enero de 2018. P. 2.

## III. ELUSIÓN DEL CONTROL

El tema del control tampoco ha sido pacífico.

“Artículo 2º.- De acuerdo con la autorización establecida en el artículo anterior, el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, en conformidad a su ley orgánica, constituirán, dentro del plazo de seis meses contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, una sociedad anónima que se denominará ‘Fondo de Infraestructura S.A.’, en adelante e indistintamente el ‘Fondo’, la que se *regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas y por las de la presente ley*”<sup>9</sup>.

Lo primero que salta a la vista es que al tratarse de una Sociedad Anónima queda fuera del control preventivo que la Contraloría realiza por medio de la toma de razón, no obstante los voluminosos montos que se involucran en las concesiones y los riesgos que, en más de una oportunidad, se han puesto de manifiesto cuando no hay control preventivo. Hay que recordar el caso español donde se construyen carreteras por las que no pasan autos y aeropuertos donde no aterrizan aviones precisamente porque, cuando se fiscaliza la inversión, la obra ya está en pie.

Una indicación de la presidenta Bachelet en orden a limitar aún más las facultades fiscalizadoras de la Contraloría no fructificó seguramente, tras el duro informe que presentó el Contralor advirtiendo acerca de riesgos de “corrupción”. Pero, a decir verdad, la evasión del control no es tan extraña. Pese a las advertencias, una norma igual a la que se rechazó para el Fondo de Infraestructura fue aprobada en Sala de la Cámara alta el 24 de octubre de 2017, limitando las facultades fiscalizadoras de la Contraloría en Televisión Nacional, únicamente, al control de los fondos provenientes de la ley de presupuesto.

Pero, volviendo al Fondo de Infraestructura, es una figura riesgosa y además curiosa.

No se entiende cómo se valorizarán los bienes ni bajo qué figura jurídica ingresarán al patrimonio de la empresa, aunque se sabe que será mediante un Decreto Supremo firmado por orden del Presidente de la República. Tampoco está claro cómo operará la empresa.

Si lo que se buscaba era independencia y eficiencia en la programación, licitación y manejo de las futuras concesiones, tampoco se entiende cómo se logrará. De hecho, el Fondo considera una administración radicada en un directorio integrado por cinco miembros, todos nombrados por el Jefe del Estado; tres en un proceso de alta dirección y dos desde el Ministerio de Obras Públicas. La verdad no hay una gran garantía de independencia del Ejecutivo. Por lo que, si lo que se quería era alejar de la influencia del Ejecutivo la administración de la empresa estatal, tampoco está correctamente logrado.

<sup>9</sup> El destacado es nuestro.

Si seguimos a L&D tendríamos que concluir que “Actualmente, los grandes problemas en el sistema de concesiones no son la escasez de financiamiento, sino más bien las debilidades institucionales del MOP, que han derivado en una cartera reducida de proyectos evaluados y debidamente priorizados. Esto, sumado a una intensa burocracia, excesiva regulación ambiental, problemas de certezas jurídicas y un sinfín de aristas judiciales. Realizar cambios es fundamental (...)”. Pero ¿no será una exageración propietarizar los bienes públicos?

Hay que cuidar la naturaleza de las cosas y la consistencia en el Derecho.





## **EL ARBITRAJE EN LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

**ALEJANDRO ROMERO SEGUEL\***

### I. EL ARBITRAJE EN MATERIA DE DERECHO PÚBLICO

El arbitraje ha conocido diversas manifestaciones en las distintas épocas y culturas. En un estudio de Fernández de Buján, titulado como “La deuda histórica del arbitraje moderno”, se da cuenta que tanto en el derecho romano como en el ateniense actuaban varios tipos de arbitraje, a los que se les encomendaba distintas funciones, tanto para resolver conflictos en el ámbito del derecho privado como en el derecho público, teniendo su origen en actos voluntarios de las partes o por su imposición obligatoria para ciertas materias. Dentro de ellas también se comprendían las que actualmente se delimitan como una actividad de mediación o de intervención del arbitrio del tercero en el complemento de ciertos actos y contratos<sup>1</sup>.

Aunque varias de las soluciones recogidas actualmente en nuestra regulación de arbitraje interno provienen del genio creador de los romanos, es indiscutido que el fenómeno arbitral se ha extendido y a la vez se ha hecho cada vez más complejo en el ámbito del derecho civil y comercial.

Tratándose del Estado, el desarrollo del arbitraje no ha contado con un impulso ni una revisión legal general, quedando relegado a lo que

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, Profesor de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Chile.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 34-52.

genéricamente se denomina arbitrajes especiales<sup>2</sup>. En efecto, existen manifestaciones o sistemas sectoriales que admiten el arbitraje cuando el Estado es parte en un proceso o alguno de sus funcionarios, por razón del cargo, actúa como árbitro.

En el plano teórico, el reconocimiento del arbitraje en el campo del derecho público puede tener las siguientes manifestaciones:

- a) Arbitrajes en materia de derecho internacional público en el que son partes los Estados<sup>3</sup>.
- b) Arbitrajes donde el Estado actúa como árbitro, asignando competencia a algunos de sus funcionarios para resolver un determinado conflicto intersubjetivo; en estos casos la Administración es el árbitro.
- c) Arbitrajes donde el Estado tiene la calidad de parte para resolver conflictos relativos a la contratación privada.
- d) Arbitrajes donde el Estado tiene la calidad de parte en conflictos relativos a la contratación administrativa o pública.
- e) Arbitrajes donde las partes son entidades que conforman la organización centralizada o descentralizada del Estado, para dirimir conflictos interadministrativos.

Como se puede apreciar de este simple esquema, el arbitraje donde el Estado es parte o adquiere la calidad de árbitro tiene varias posibilidades de desarrollo. Naturalmente que su impulso está condicionado por la evolución doctrinal y legal que se asigna al estatuto de la Administración y su relación con los administrados<sup>4</sup>.

En nuestro medio el arbitraje que involucra al Estado sea como parte o como árbitro, es una realidad que cuenta con cierto grado de reconocimiento. El más notorio proviene de la contratación de las empresas públicas, cuando en sus actos o contratos incorporan cláusulas de arbitraje *ad hoc* o institucional, especialmente, para resolver conflictos regidos por normas de derecho privado. También se acepta el arbitraje en algunos casos de la contratación administrativa, como es el caso de las concesiones de obras públicas.

Ahora, la extensión del arbitraje en el campo del derecho público está a la espera de una habilitación legal general para el campo interno. Su lento desarrollo se explica por la proyección de la complejidad que reviste la organización del Estado y sus diversas proyecciones en el campo

<sup>2</sup> Acerca del tema, BONACHERA VILLEGAS; Raquel, *Los arbitrajes especiales*, Pamplona: Thomson Reuters, 2010, pp. 21-35.

<sup>3</sup> Así lo establece, a modo de ejemplo, el art. 25 letra a) del Convenio de Minamata sobre el Mercurio, aprobado por Chile (DS Núm. 269.- Santiago, 29 de agosto de 2018; Oficio Senado Ni 244/SEC/18, de 24 de agosto de 2018), donde se contempla el arbitraje como uno de los mecanismos de solución de controversias que surja de este Convenio.

<sup>4</sup> Una referencia al estado del tema en varios países, HIERRO, Antonio, en *Anuario de Arbitraje* 2016 (VV. AA) coord. G. Jiménez-Blanco, Madrid: Civitas, 2016, pp. 345-350.

jurídico<sup>5</sup>. Asimismo, también contribuye a esta restricción la complejidad jurídica y técnica que reviste la solución de los conflictos en este ámbito, que reclama la utilización de técnicas de control diversas a las del derecho privado, vinculadas a categorías como la discrecionalidad técnica, el ejercicio de potestades y la existencia de derechos subjetivos públicos.

En relación con los contratos internacionales celebrados por el sector público, las restricciones anteriores no existen, atendida las reglas del DL. N° 2.349, de 1978; dicha normativa autoriza a los organismos y a las empresas del Estado para acordar en sus contratos internacionales –cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero– cláusulas que les permitan someterse al derecho y a los tribunales extranjeros, señalar domicilio fuera del país, designar mandatarios en el extranjero y renunciar a la inmunidad de ejecución<sup>6</sup>. Dicha autorización se renueva anualmente, en forma sucesiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4° del DL indicado.

## II. SU ADMISIÓN EN NUESTRO MEDIO

El desarrollo del arbitraje en el campo del derecho público no ha sido fácil de lograr<sup>7</sup>.

En primer lugar, se invocan razones ideológicas para justificar que el arbitraje no es un mecanismo idóneo en la solución a los conflictos que involucran al Estado. Para algunos el principio de la legalidad hace admisible el arbitraje solo cuando la ley lo autoriza expresamente; sin esa habilitación surgiría un límite de orden público que axiomáticamente

<sup>5</sup> Una síntesis, con las diversas visiones de nuestra doctrina, ROJAS CALDERÓN, Christian, *Las potestades administrativas en el derecho chileno*, Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 84-137.

<sup>6</sup> "Artículo 3°- Para los efectos de este decreto ley, se entenderá por organismos, instituciones y empresas del Estado, todo servicio público, institución fiscal o semifiscal, centralizada o descentralizada, empresa del Estado y, en general, todo organismo autónomo creado por ley como, asimismo, toda empresa, sociedad o entidad pública o privada en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones, centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital, representación o participación superiores al 50% del capital social, aun cuando se exija norma expresa para aplicarles las disposiciones legales del sector público".

<sup>7</sup> Sobre el tema, LABBE AROCCA, Juan Pablo, "El arbitraje contencioso administrativo en Chile", en *Precedentes, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación Pública*. Coord. J. Arancibia, J. I. Martínez. A. Romero Seguel, "Santiago, Abeledo Perrot, 2013, pp. 531-566; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Tratado de arbitraje en Chile*, Santiago: Thomson Reuters, 2018, pp. 677-697; BALLESTEROS PANIZO, Covadonga, *El arbitraje de derecho público*, Pamplona: Aranzadi, 2017, pp. 27-69; GRANADO HIJELMO, Ignacio, "El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación", en *Revista Jurídica de Navarra*, N° 39, 2005, pp. 39-56; GARCÍA PÉREZ, Marta, *Arbitraje y derecho administrativo*, Pamplona: Thomson Reuters, 2011, pp. 43-149; DELGADO PIQUERAS, Francisco, "La 'administrative dispute resolution act' de los Estados Unidos", en *Revista de administración pública*, N° 131, 1993, pp. 555-586. BUSTILLO BOLADO, Roberto, "Derecho Administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad", en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.): *Las prestaciones patrimoniales no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Madrid: INAP, 2015, pp. 235-261.

reserva el conocimiento y fallo de los conflictos donde el Estado es parte a los jueces que pertenecen a la organización estatal. En nuestro caso, la Constitución no establece en el art. 76 una restricción para entender que la jurisdicción es un monopolio de los tribunales ordinarios o especiales que componen el órgano jurisdiccional; a lo anterior se suma el carácter jurisdiccional que se asigna al arbitraje en nuestro medio, para desestimar este supuesto impedimento.

Desde otro punto de vista, lo anterior se vincula con la *arbitrabilidad* del conflicto en materia de derecho público. Como se sabe, en las relaciones jurídicas de derecho privado la libre disponibilidad de los derechos se estima como equivalente a *arbitrabilidad*. Esto explica que la prohibición del arbitraje en los conflictos patrimoniales civiles opera a texto expreso de ley (arts. 229 y 230 COT). En el caso del derecho público, cuando hay norma legal habilitante no existe dificultad de utilizar el arbitraje<sup>8</sup>. En cambio, cuando la ley no resuelve expresamente surge la dificultad de delimitar qué tipos de conflictos de derecho público son susceptibles de arbitraje.

Para resolver el problema de la *arbitrabilidad* en el ámbito del derecho público la doctrina ha propuesto varios criterios<sup>9</sup>. Para algunos las materias susceptibles de arbitraje serían: la actividad de la Administración pública cuando actúa sujeta al derecho privado; la actividad convencional de la

<sup>8</sup> Un ejemplo se encuentra en la Ley N° 21.094, de 5 de junio de 2018, Sobre Universidades Estatales. Conforme al art. 39, relativo a la “ejecución y celebración de actos y contratos”, “las universidades del Estado podrán ejecutar y celebrar todos los actos y contratos que contribuyan al cumplimiento de su misión y de sus funciones. En virtud de lo anterior, dichas instituciones estarán expresamente facultadas para: i) Celebrar pactos de arbitraje, compromisos o cláusulas compromisorias, para someter a la decisión de árbitros de derecho las controversias que surjan en la aplicación de los contratos que suscriban”. En la misma orientación, la Ley N° 21.105, publicada el 13 de agosto de 2018, que crea el Ministerio de Ciencia Tecnología, Conocimiento e Innovación. En relación con los proyectos de desarrollo científico o tecnológico de los que resultaren inventos, innovaciones tecnológicas, diseños o procedimientos susceptibles de protección mediante derechos de propiedad industrial, la institución o persona a la que se le asignaron los recursos podrá solicitar su protección, debiendo previamente haber reportado a la Agencia, la que deberá dejar constancia de dicho reporte en las condiciones que establezca el reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado tendrá derecho a una licencia no exclusiva, intransferible, irrevocable y onerosa, respecto de los inventos, innovaciones tecnológicas, diseños o procedimientos establecidos en el inciso anterior. Para la utilización de esta licencia, el Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación deberá emitir una resolución fundada en los términos y plazos que señale el reglamento, previa consulta del ministerio sectorial correspondiente y habiendo escuchado al titular del derecho. El precio será fijado de común acuerdo con el titular del derecho. A falta de acuerdo, este será determinado mediante arbitraje. Un reglamento establecerá el procedimiento para determinar el monto que deberá pagar el Estado, el procedimiento para designar el o los árbitros y la forma en que estos deberán resolver la controversia.

<sup>9</sup> Para tal efecto, la doctrina administrativa ha intentado precisar la naturaleza disponible o indisponible de los derechos, diferenciando el tipo de control jurídico que se pretende ejercitar. Dentro de las pautas propuestas se postula diferenciar según se trate del ejercicio de potestades regladas y las potestades discrecionales de la administración. En tal sentido. Una síntesis del problema con las diversas propuestas teóricas, GARCÍA PÉREZ, Marta, *Arbitraje y derecho administrativo*, ob. cit. 43-58.

Administración Pública (contratos públicos, en general); los asuntos de carácter patrimonial, en general; la fijación de conceptos fácticos legalmente indeterminados. En cambio, no deberían ser materia de arbitraje de derecho público la actividad unilateral de la Administración Pública, el control de los actos reglados de la Administración o en el ejercicio de potestades discrecionales o sancionatorias de la Administración Pública<sup>10</sup>.

Por último, la procedencia o improcedencia del arbitraje también se intenta vincular con el contrato de transacción. Si este contrato es admitido en la actuación del órgano público, se concluye que no existe obstáculo para vedar el camino al arbitraje atendida que la transacción le daría el carácter de arbitrable al asunto.

### III. EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONCESIONES

En el campo administrativo se concibe a la concesión como un acto o negocio jurídico por el que la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones. En nuestro medio la doctrina clásica diferencia entre concesiones de uso público, concesiones de servicio público y las concesiones de obra pública, esta última destinadas a su construcción, conservación y operación<sup>11</sup>.

En nuestro ordenamiento la concesión de obra pública es concebida como un contrato administrativo que tiene como partes al Estado y al Concesionario. Conforme con la normativa vigente, su objeto es la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales; las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión (art. 1 DS 900 MOP).

Tratándose de un contrato que suscribe el Estado con los particulares, surge el problema de establecer el mecanismo de solución de controversias. Desde el punto de vista teórico la solución permite varias opciones que comienzan por reservar el conflicto a tribunales estatales (ordinarios o especiales), a permitir que actúen instancias arbitrales (nacionales o internacionales), sin perjuicio de introducir soluciones heterocompositivas. En este último caso la técnica legislativa no se agota en los mecanismos

<sup>10</sup> Seguimos en parte la enumeración de BALLESTEROS PANIZO, Covadonga, *El arbitraje de derecho público*, ob. cit. pp. 146-147.

<sup>11</sup> Respecto del tema, SOTO KLOSS, Eduardo, pp. 565-577, *Derecho Administrativo*, 3ª ed. 2012; Aróstica Maldonado, Iván, "Concesión de Obras Públicas. Bases del Modelo Chileno", en *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, v.9, N° 15, 2005, pp. 149-154; RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Santiago: FCE, 1999, pp. 11-33.

jurisdiccionales o arbitrales, admitiendo que ellos puedan interactuar con instancias paraarbitrales, paneles de expertos, comisiones conciliadoras, negociaciones, buenos oficios, mediaciones, entre otras.

En el caso de las concesiones de obras públicas nuestra legislación no ha optado por una solución uniforme. Actualmente están vigentes dos modelos de resolución de conflictos en los que se han considerado diversas soluciones técnicas. Uno con Comisión Conciliadora y Comisión Arbitral. El otro, con un Panel de Expertos y una Comisión Arbitral. La aplicación de uno u otro depende de la fecha de la concesión y de la opción que hayan realizado para las concesiones anteriores, según el art. Primero Transitorio de la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010<sup>12</sup>.

El primer modelo fue previsto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (DS 900, de 31 de octubre de 1996)<sup>13</sup>. El artículo 36 de ese DS

<sup>12</sup> Artículo primero transitorio.- Las normas de esta ley no serán aplicables respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigor de esta, salvo a aquellos concesionarios que, dentro del plazo de los tres meses siguientes a esa fecha, opten por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Para esos efectos, los concesionarios y el Ministerio de Obras Públicas deberán suscribir un convenio complementario que fije los niveles de servicio y estándares técnicos correspondientes.

Podrán, asimismo, los concesionarios que lo deseen, optar, dentro del mismo plazo, porque se les apliquen conjuntamente las normas contenidas en los artículos 36 y 36 bis, sobre que versan los numerales 17) y 18) del artículo 1° de esta ley.

Con todo, respecto de las concesiones de aquellos concesionarios que no ejercieren la opción señalada en el inciso anterior, seguirán rigiendo las normas legales vigentes a la fecha del perfeccionamiento de los respectivos contratos de concesión, salvo las excepciones establecidas a continuación:

- a) Solo respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, regirán las modificaciones que introduce este cuerpo legal a la Ley N° 18.290, de Tránsito; a la Ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local; al decreto con fuerza de Ley N° 1, del Ministerio del Interior, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y al decreto N° 307, del Ministerio de Justicia, de 1978, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local. En lo referente al cobro de tarifas impagas y al régimen de multas aplicables regirán las modificaciones que introduce este cuerpo legal en el artículo 42 del decreto supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- b) Las normas contenidas en el inciso noveno del artículo 36 bis y en el artículo 36 ter del decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su texto introducido por esta ley. En el primero de los casos, respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley; en el segundo, solo respecto de aquellas solicitudes o reclamaciones sometidas al conocimiento de la Comisión Arbitral con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.
- c) En caso de suscribirse convenios complementarios que impliquen un incremento de los niveles de servicio, estos convenios deberán contener explícitamente los nuevos niveles de servicio, estándares técnicos, o ambos, en su caso, y las sanciones correspondientes en caso de no cumplimiento.

<sup>13</sup> La fuente legal de esta figura se encuentra en el artículo 36 inc. 1° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en los artículos 84 y siguientes del Reglamento (DS N° 956 de 6 de

establece: “las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevará al conocimiento de una Comisión Conciliadora que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá”. Según este mismo artículo, a petición de una de las partes, este ente de conciliación puede constituirse en “Comisión Arbitral”. Aunque para hacer honor a su nombre el destino propio de la referida Comisión es actuar como mecanismo de conciliación entre las partes del contrato de concesión (el Estado y la entidad concesionaria), el legislador también estimó pertinente su transformación en instancia arbitral, cuando no prospera la conciliación. La Comisión Arbitral actúa de acuerdo con las normas fijadas para los árbitros arbitradores.

La Comisión Arbitral referida presenta las siguientes características:

1<sup>a</sup>) Es un arbitraje de parte, atendido que cada uno designa a un árbitro. El denominado árbitro de parte surge cuando se admite que una de las partes designe a uno de los árbitros de un tribunal colegiado. Esta modalidad de organización arbitral ha sido alentada fundamentalmente por los partidarios de la naturaleza contractualista que parte de la doctrina atribuye al arbitraje.

2<sup>a</sup>) Según su ámbito de aplicación es un arbitraje interno.

3<sup>a</sup>) Según la naturaleza jurídica sobre la que versa el conflicto, debe resolver ciertos conflictos surgido en el contrato de concesión de obras públicas.

4<sup>a</sup>) Según las facultades de actuación y decisión del árbitro es un arbitraje de equidad<sup>14</sup>.

5<sup>a</sup>) El mecanismo de impugnación de las decisiones de la Comisión se debe hacer por la vía de los recursos jurisdiccionales<sup>15</sup>.

---

octubre de 1997, DO de 20 de marzo de 1999). Otros aspectos procesales de esta Comisión se contienen en el DS N° 956 (MOP) y en el DFL MOP N° 164 de 1991, DO N° 36.319, 20 de marzo de 1999 (Otros antecedentes, MUNDACA ASSMUSSEN, Hans, “Naturaleza jurídica de la comisión conciliadora en los contratos de obra pública”, en *Corpus Iuris Regionis*, N° 5, 2005, pp. 51-64).

<sup>14</sup> La mayor discrecionalidad que se reconoce a los arbitradores en nuestro sistema, no significa que sus resoluciones estén exentas de revisión. Sintetiza muy bien el planteamiento recién expuesto la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 22 de julio de 2002, al declarar que, “*el arbitrador no es un juez que puede fallar a su solo capricho (...)*”; más adelante el mismo fallo agrega, “*para que pueda estimarse que un arbitrador ha incurrido en falta o abuso será menester (...) establecer que no ha actuado con prudencia, que no ha aplicado la equidad o que ha faltado a las reglas procesales mínimas que establece el derecho positivo*” (C. de Ap. de Santiago, 22 de julio de 2002, *RDJ*, t. XCIX, sec. 2<sup>a</sup>, pp. 93-94).

<sup>15</sup> Esto se desprende del número 2 del art. 90 de la Reglamento (DS N° 956 de 6 de octubre de 1997, DO de 20 de marzo de 1999), al establecer que “cuando la Comisión actúe como Comisión Arbitral, se aplicarán las normas correspondientes a los árbitros arbitradores del Código de Procedimiento Civil”. La calificación de esta instancia como una manifestación del arbitraje de equidad tiene varias consecuencias en el régimen de recursos, que se traducen



El modelo anterior ha sido objeto de profundos cuestionamientos. En ese sentido Bitrán y Villena se han manifestado críticos de la solución de controversias referidos indicando que “en los casos de esquemas de arbitraje amigable componedor, como el chileno, existe la percepción de que los privados abusaron del sistema de arbitraje, generando litigación excesiva y altos costos fiscales, además de los riegos de colusión entre el concedente y el concesionario. Así, una alta proporción de las controversias se resolvieron en fase de conciliación, de común acuerdo entre las partes”. A lo anterior apuntan que ello “ha implicado falta de transparencia e incentivos perversos, ya que se ha generado un sistema en que existen incentivos para que los proponentes se presenten con propuestas por debajo del costo, las que se asignan y luego renegocian su ajuste, o fuerzan un litigio en que la transacción o fallo siempre permite mejorar la situación establecida en la licitación. Esto genera el riesgo de selección adversa, dejando en el mercado a aquellos que poseen una mayor capacidad de litigar, influenciar y realizar *lobby*, y no a los más eficientes. De esta forma, el mecanismo de mercado pierde su principal componente disciplinador: la competencia”<sup>16</sup>.

Con el objeto de reducir el riesgo de captura, Bitrán y Villena proponen que “para evitar que la conciliación por un tribunal arbitral escogido por el Ministerio y el concesionario se transforme en un esquema que facilite la colusión, pasar a un Panel de Expertos, como el previsto en la ley eléctrica, que tenga como responsabilidad pronunciarse respecto de temas técnicos y cumplir un rol de conciliador. Al ser este un panel permanente que no fue nombrado por las partes y que posee un alto estándar profesional y la ausencia de conflictos de intereses, se puede minimizar el riesgo de colusión y aumentar las certezas y solidez técnica de las etapas jurisdiccionales de arbitraje posterior”<sup>17</sup>. Agregan los autores que, “cada parte debería ser capaz de pasar a la fase de arbitraje, previo

---

básicamente en los siguientes puntos: 1°) El recurso de queja actúa como recurso de mérito y no meramente disciplinario. La competencia para conocer de él, en única instancia, la tiene la Corte de Apelaciones del lugar donde se desarrolla el arbitraje (art. 63 N° 1 a) del COT). La posibilidad que la decisión de fondo de esta Comisión sea controlable mediante el recurso de queja se hace todavía más nítida por la aplicación de los siguientes preceptos legales: a) Por el artículo 63 letra c) que dispone que las Cortes de Apelaciones conocerían en única instancia: “de los recursos de queja que se deduzcan en contra de (...) jueces árbitros y órganos que ejerzan jurisdicción dentro de su territorio jurisdiccional”. b) El inciso 2° del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, cuando dispone que “En ningún caso [el fallo que acoge el recurso de queja] podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales...salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores...”. c) El artículo 82 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Este precepto permite expresamente a los Tribunales Superiores –Cortes de Apelaciones, Corte Suprema– “invalidar resoluciones jurisdiccionales” en uso de sus facultades disciplinarias, a condición de que procedan “en los casos y en la forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”.

<sup>16</sup> BITRÁN, Eduardo, VILLENA, Marcelo, “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile”, CEP N° 17, p. 197.

<sup>17</sup> Idem. cit. ant. p. 205.

informe técnico del Panel de Expertos sobre la materia de controversia. En otras palabras, en esta etapa no hay obligaciones de realizar una transacción de la disputa. El tribunal arbitral, que debe ser íntegramente nombrado por ambas partes de común acuerdo y cumplir el rol de árbitro con independencia de cada parte, debe escogerse de una lista de árbitros precalificados que cumplan altos estándares de prestigio y trayectoria intachable y de ausencia de conflictos de intereses. Finalmente, el arbitraje debe ser fallado conforme a derecho, para evitar que se alteren los términos del contrato y la igualdad de los oferentes en el proceso de licitación. La prueba, elemento fundamental en los litigios de esta naturaleza, debería ser más flexible; las reglas de la sana crítica parecen razonables, esto implica considerar la lógica, la evidencia científica y la experiencia<sup>18</sup>.

Dichos cuestionamientos tuvieron eco legislativo, al introducirse un radical cambio en el DS. 900, que dio paso al modelo de Panel de Expertos y Comisión Arbitral, que se explica pronto.

El cambio al primer modelo reseñado fue motivado por situaciones que tuvieron relieve político. Como lo ha demostrado Cárdenas, las modificaciones al sistema de solución de controversias fueron notoriamente influidas por el llamado “caso de las cárceles concesionadas”; según la autora las sociedades concesionarias que se adjudicaron contratos de infraestructura penitenciaria, entablaron en contra del Estado demandas millonarias por costos adicionales, obras complementarias y retrasos en los pagos, debiendo el Estado pagar grandes cantidades de dinero por sobre el costo de la licitación. De las tres causas que se originaron a partir de las concesiones de cárceles, la más importante corresponde al denominado Grupo I porque fue esta donde hubo sentencias arbitrales y posteriormente de la justicia ordinaria. En mayo del 2007 la Comisión Arbitral resolvió acoger la demanda del Grupo I de cárceles concesionadas condenando al Ministerio de Obras Públicas a pagar una indemnización de 2,5 millones de UF<sup>19</sup>.

La solución anterior escaló generando una Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados (oficio N° 7345, de 19 de marzo de 2008). Dentro de las conclusiones de esta Comisión se hacen propuestas para la mejora del sistema de conflictos, que permitiera corregir los defectos que el modelo original presentaba, para favorecer lo técnico<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Idem. cit. ant. p. 206-207.

<sup>19</sup> Respecto del tema, CÁRDENAS DERAMOND, Marjorie, “Panel Técnico y Comisión Arbitral en las Concesiones de obras públicas: cambios introducidos por la Ley N° 20.410, en *Revista de Derecho*, N° 33, 2015, pp. 69-86.

<sup>20</sup> Para entender el cambio que devino es interesante conocer la conclusión de esta instancia política: 3. Mejoras en la solución de conflictos. “Naturalmente, creemos que una verdadera adecuación de los mecanismos legales es, sin lugar a dudas, uno de los presupuestos básicos para que las concesiones de obras públicas en materia de cárceles tengan un real éxito. Por cierto, una nueva institucionalidad jurídica daría certeza y seguridad en las relaciones de los diferentes actores que participarían de ella (Estado, empresas concesionadas, subcontratistas, etc.) determinarían claramente las fases de generación de proyectos, contratos

## IV. EL SISTEMA CON PANEL TÉCNICO Y COMISIÓN ARBITRAL

La Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010, estableció un nuevo mecanismo de solución de controversias en materia de concesiones de obras públicas, mediante la intervención de un Panel Técnico, una Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago.

El Panel Técnico, conocido en la práctica como el PTC (Panel Técnico de Concesiones) es un ente paraarbitral al que expresamente se le niega naturaleza jurisdiccional. De acuerdo con el art. 36 del DS 900, “las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas.

La Ley N° 21.044, de 25 de noviembre de 2017, que creó La Dirección General de Concesiones de Obras Públicas le asignó también a este ente la posibilidad de resolver consultas<sup>21</sup>. En efecto, se agregó al art. 36 la siguiente competencia: “asimismo, el Ministerio de Obras Públicas y una o más sociedades concesionarias, en forma conjunta o separada, podrán realizar consultas al Panel Técnico sobre las materias mencionadas anteriormente”.

El Panel Técnico está integrado por dos abogados, dos ingenieros, y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Su elección se obtiene del universo de los profesionales de destacada trayectoria profesional o académica en materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura<sup>22</sup>. La independencia

---

de concesión y, por cierto, la manera más justa de resolver los conflictos entre el Estado y los concesionarios y entre estos y las empresas subcontratadas. En ese sentido, lo hacía notar el ex Director General de Obras del Ministerio de Obras Públicas, cuando señalaba que: “... la ley de concesiones ha sido muy exitosa en todas las obras que el Ministerio de Obras Públicas ha desarrollado, como carreteras, aeropuertos, etcétera. Sin embargo, el tipo de infraestructura en cuestión (la construcción de cárceles a través del mecanismo de la concesión) es más compleja y hay que hacer varios avances.”. Precisamente, esos avances son los que quedaron de manifiesto y no se realizaron en el lanzamiento y puesta en marcha del proceso de concesión carcelaria, obedeciendo la lógica a un criterio más político que técnico, que influyó finalmente en que los particulares, a quienes se pretendía incorporar en la unión público-privada, terminaran demandando al Estado por medio del Ministerio de Obras Públicas. En consecuencia, podemos concluir que, para la implementación y puesta en marcha de este novedoso programa, necesariamente ha debido procederse con un criterio de carácter técnico y no político. Ha quedado demostrado en la Comisión, que la puesta en marcha de este proceso obedeció, en parte, a estas lógicas y se omitieron ciertos elementos indispensables para que el programa carcelario surtiera efectos (<https://www.camara.cl/pdf.aspx?pmid=1732&prmtipo=SOBRETABLA>. Fecha consulta: 13 de octubre 2018).

<sup>21</sup> Según esta ley, la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, tiene como objeto la ejecución, reparación, mantención, conservación y explotación de obras públicas fiscales y la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados conforme con lo establecido en el decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, como también la fiscalización del debido cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables a los contratos de concesión, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes (Art. 22 bis).

<sup>22</sup> Actualmente el Panel está integrado por: Catalina Binder Tapia (presidente), Teodoro Wigodski Sirebrenik (vicepresidente), Francisca Castro Fones (ingeniero comercial). Pedro Roberto

e imparcialidad de sus miembros se pretende asegurar exigiendo que dichos profesionales no tengan y no hayan tenido en los doce meses previos a su designación relaciones profesionales con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios; ni podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. La designación de los integrantes del Panel Técnico la realiza el Consejo de Alta Dirección Pública, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

El financiamiento de este ente es compartido. El Ministerio de Obras Públicas financiará los gastos de administración y funcionamiento del Panel Técnico y la mitad del monto de los honorarios de sus integrantes en conformidad con las partidas correspondientes de la Ley de Presupuestos. La mitad restante de los honorarios señalados será solventada por los concesionarios regidos por esta ley, según la prorrata definida en el reglamento.

La idea de reemplazar a la Comisión Conciliadora por el Panel de Expertos era reducir los costos operativos y la litigiosidad en el sector mediante un mecanismo más rápido y eficiente que el anterior<sup>23</sup>. Aunque esta modificación fue introducida el 2010, las discrepancias comenzaron a ser promovidas en 2015. En el 2017 el Panel examinó 9 caso; el 2018 el Panel ha revisado ocho discrepancias entre el MOP y las concesionarias. En términos de eficiencia, entre enero y mayo de 2018 el PTC conoció cuatro discrepancias y ya emitió las respectivas recomendaciones<sup>24</sup>.

---

Aignerén Ríos (ingeniero civil) y Fernando Abara Elías (abogado).

<sup>23</sup> Según los datos publicados por el PTC, el gasto del 2017 ascendió a \$ 674.305.519, conforme con el siguiente desglose: Honorarios \$ 620.529.545 (Subtítulo 21, Gastos Honorarios: panelistas, secretaria abogado, personal de apoyo a la administración) y Gastos de Funcionamiento del Panel \$ 53.775.974 (Subtítulo 22, Bienes y Servicios de Consumo, como materiales, servicios de consumo básico, servicios informáticos, servicios generales y arriendo). Para el 2018 el gasto proyectado del Panel Técnico es de \$ 744.377.883, lo que se compone de \$ 678.913.883 –por concepto de honorarios de los integrantes del Panel, secretaria, abogado y personal de apoyo a la administración (Subtítulo 21), más \$ 65.464.000 correspondientes a los Gastos de Funcionamiento del Panel (Subtítulo 22).

<sup>24</sup> Este Panel tiene como universo actualmente los siguientes contratos de concesión: 1. Aeropuerto El Loa de Calama 2. Autopista Concepción Cabrero 3. Alternativas de Acceso a Iquique 4. Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta 5. Ruta 5 Norte, Tramo La Serena-Vallenar 6. Aeropuerto Diego Aracena de Iquique 7. Aeródromo La Florida de La Serena 8. Ruta 43 La Serena-Ovalle 9. Hospital de Antofagasta 10. Américo Vespucio Oriente, Tramo El Salto-Príncipe de Gales 11. Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt 12. Concesión Vial Rutas del Loa 13. Hospital del Salvador e Instituto Nacional de Geriátría 14. Hospital Félix Bulnes 16. Concesión Vial Puente Industrial de Concepción 17. Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez 18. Complejo Fronterizo Los Libertadores 19. Túnel El Melón 20. Embalse La Punilla

El art. 36 del DS 900 señala la competencia de este ente señalando que: “Podrán someterse a la consideración del Panel Técnico las discrepancias que se produzcan en relación con:

1. La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.
2. La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.
3. La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter.
4. La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.
5. La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.
6. Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley”.

Según la ley, en el conocimiento de estas discrepancias el Panel Técnico no ejerce jurisdicción. Su actuación se limita a emitir, de acuerdo con el procedimiento establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada. “La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia”.

Aunque el concesionario o el MOP no están obligados por la “recomendación técnica” la ley ha establecido que la actuación ante este ente administrativo tenga el carácter de *reclamación previa*. Conforme con el

---

21. Camino Nogales-Puchuncaví 22. Aeropuerto Carriel Sur de Concepción 23. Américo Vespucio Oriente, Tramo Av. Príncipe de Gales-Los Presidentes. 24. Mejoramiento Ruta Nahuelbuta 25. Conexión Vial Ruta 78 hasta Ruta 68 26. Concesión Embalse Las Palmas 27. Concesión Teleférico Bicentenario.

art. 36 bis. inc. 1° del DS 900, “los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, solo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico”.

El procedimiento ante el PTC está regulado en el art. 108 del Reglamento, cuyo texto actual se modificó mediante Decreto Supremo N° 215 del MOP, publicado en el D.O. 28 de abril de 2010, que introdujo modificaciones al DS 956, de 1997 del MOP, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el que dispone:

“1. La presentación de las discrepancias deberá efectuarse por escrito, exponer claramente los puntos o materias que la sustentan, acompañar la totalidad de los antecedentes que se hagan valer, individualizar el nombre y domicilio del requirente al cual deberán practicarse las notificaciones que correspondieren, y de la sociedad concesionaria interesada. Los antecedentes y fundamentos de la discrepancia no podrán ser adicionados, rectificadas o enmendados con posterioridad a su presentación, sin perjuicio de la facultad del Panel para requerir informes, antecedentes y documentos adicionales para ilustrar su recomendación”.

“2. Presentada una discrepancia al Panel Técnico, el secretario abogado la pondrá en conocimiento de sus integrantes, dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

“Adicionalmente, presentada una discrepancia, el secretario abogado la pondrá en conocimiento del Director General de Concesiones de Obras Públicas, o de la sociedad concesionaria respectiva según corresponda, dentro del plazo de tres días siguientes, a objeto de que esta última individualice la persona y el domicilio, dentro de la ciudad de Santiago, a la cual deberán practicarse las notificaciones que correspondieren”<sup>25</sup>.

“3. Informada la recepción de la discrepancia, el Presidente del Panel convocará a una sesión especial, que deberá efectuarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la discrepancia. En dicha sesión el Panel Técnico acordará un programa de trabajo que deberá considerar una audiencia pública de las partes, el mecanismo para recibir antecedentes, la forma que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte y las demás diligencias y actividades que determine”.

“4. El Panel evacuará su recomendación dentro del plazo de 30 días corridos, contado desde la presentación de la discrepancia, el que

---

<sup>25</sup> El art. 3 de Ley N° 21.044, de 22 de noviembre de 2017, dispuso cambiar la expresión expresiones “Director General de Obras Públicas” por “Director General de Concesiones de Obras Públicas”.

podrá prorrogarse fundadamente, por una sola vez, por igual periodo, de oficio o a petición de parte”.

“5. La recomendación deberá ser fundada y no será vinculante para las partes”.

“6. La resolución que fije audiencia pública y la recomendación técnica del Panel, deberán notificarse a las partes, mediante carta certificada remitida al domicilio indicado por ellas, sin perjuicio de los mecanismos adicionales de comunicación que determine el Panel, conforme a lo indicado en el numeral 3 precedente. En estos casos, la notificación se entenderá practicada al tercer día desde la fecha de envío de la carta certificada”.

“7. Las partes podrán solicitar al Panel, dentro del plazo de treinta días, contado desde la notificación de la recomendación emitida, que se aclaren los puntos oscuros o dudosos, se salven omisiones y se rectifiquen los errores de copia, de referencia o de cálculo numérico que aparezcan de manifiesto en la recomendación”.

## V. LA COMISIÓN ARBITRAL

Como se anticipaba, la Ley N° 20.410, de 20 de enero de 2010, consagró un mecanismo de resolución de conflictos en el art. 36 bis. al disponer que “las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>26</sup>. El Ministerio de Obras Públicas solo podrá recurrir ante la Comisión Arbitral una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra, salvo la declaración de incumplimiento grave a que se refiere el artículo 28, la que podrá ser solicitada en cualquier momento”.

<sup>26</sup> En este caso el art. 36 bis inc. penúltimo dispone que si se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, con las excepciones que no será exigible boleta de consignación y el traslado del recurso se dará al Director General de Concesiones de Obras Públicas. Conforme al art. 3 de Ley N° 21.044, de 22 de noviembre de 2017, se dispuso modificar el decreto supremo 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de Ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas, del siguiente modo: 1. Reemplázanse, todas las veces que aparecen, las expresiones “Director General de Obras Públicas” por “Director General de Concesiones de Obras Públicas”, “Dirección General de Obras Públicas” por “Dirección General de Concesiones de Obras Públicas” y “DGOP” por “DGCOP”.



La Comisión Arbitral presenta como arbitraje las siguientes características:

1<sup>a</sup>) Es un tribunal arbitral colegiado.

Los árbitros son nominados por las partes y están adscritos al contrato de concesión. Esta Comisión Arbitral está integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados. Los integrantes de esta Comisión serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos. La lista de abogados es confeccionada por la Corte Suprema<sup>27</sup>; la otra nómina de profesionales es designada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>28</sup>.

A falta de acuerdo de las partes en uno o más integrantes, su nombramiento será efectuado por sorteo ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de entre los candidatos incluidos en las nóminas. Conforme a la norma referida, “los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión y la Comisión, a su vez, deberá quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a dicha designación. Sus integrantes permanecerán en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión. No obstante, podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente, o a solicitud de cualquiera de las partes, por una sola vez, siempre que hubieren transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento y no estuvieren conociendo de una reclamación”. Ello, sin perjuicio de las inhabilidades

<sup>27</sup> El MOP, conforme a lo ordenado por la Resolución Ex. N° 3.462, de 23 de noviembre de 2012, del Ministerio de Obras Públicas, se informó que por Oficio N° 48, de 19 de enero de 2011, la Corte Suprema comunicó que la primera nómina de expertos se compuso por los abogados: señores: Jaime Arancibia Mattar, Mario Barrientos Ossa, Marcelo Barrientos Zamorano, Luis Octavio Bofill Genzsch, Franco Brzovic González, Javier Carvallo Pardo, Gabriela Gardaiz Ondarza, Juan Pablo González Molina, Eduardo Jara Miranda, Ricardo Jungmann Davies, Alberto Labbé Valverde, Bernardo Lara Berríos, Jorge Martín Díaz, Patricio Morales Aguirre, Gia Quintana Fuentes, José Antonio Ramírez Arrayas, Juan Pablo Román Rodríguez, Emilio Sahurie Luer, Joaquín Solís de Ovando Vicuña y Juan Manuel Valenzuela Garrido.

<sup>28</sup> Para la designación de ambas listas se debe constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten. La nómina de abogados expertos está conformada por veinte abogados; la otra, por diez profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción. El criterio de selección considera el universo de la destacada actividad profesional o académica del candidato en sus respectivas áreas de desempeño, con a lo menos diez años de ejercicio profesional y no estén relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios, ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación. Asimismo, tampoco pueden estar ni podrán estar relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados a dicha entidad o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones, ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación.



e incapacidades sobrevinientes que pudieren afectar a alguno de los integrantes, en cuyo caso se aplicará para el nombramiento de su reemplazante mediante el sorteo ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de entre los candidatos incluidos en las nóminas.

En relación con la forma de nominación de estos árbitros, clarifica varios aspectos el art. 109 del Reglamento, introducido por el Decreto Supremo N° 215 del MOP (D.O. 28 de abril de 2010), al disponer:

“1. Los integrantes de la Comisión serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos referidas en el inciso segundo del artículo 36 bis de la ley, confeccionadas por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según corresponda, mediante concurso público de antecedentes, realizado conforme al siguiente procedimiento:

- a. El perfil para integrar la nómina respectiva será definido por la Corte Suprema o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según corresponda.
- b. La convocatoria se efectuará por el Ministerio de Obras Públicas a través de su sitio electrónico, medios de comunicación masivos o prensa y Diario Oficial.
- c. Las postulaciones se efectuarán ante el Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo a los perfiles establecidos conforme a la letra a) precedente, en la forma y plazo definidos en la convocatoria, el que no podrá ser superior a diez días corridos.
- d. El Ministerio de Obras Públicas deberá llevar un registro público de las postulaciones efectuadas.
- e. Vencido el plazo para efectuar postulaciones, el Ministerio de Obras Públicas remitirá los antecedentes de los postulantes a la Corte Suprema y al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según corresponda.
- f. El proceso de evaluación será conducido por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según corresponda, debiendo constatarse la idoneidad de los profesionales y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten, en un plazo no superior a 45 días corridos contado desde la remisión de los antecedentes por parte del Ministerio de Obras Públicas.
- g. Efectuada la selección, la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, elaborarán las nóminas respectivas, las que se pondrán en conocimiento del Ministerio de Obras Públicas, quien deberá informarlas a través de los medios señalados en la letra b) precedente.
- h. Para la renovación de las nóminas se efectuará un nuevo concurso público de antecedentes, que deberá realizarse conforme al procedimiento de este artículo”.

2ª) Según la materia es un arbitraje voluntario.

La calificación de arbitraje voluntario surge de la competencia alternativa para instar por la vía jurisdiccional al haberle atribuido a las partes competencia para acudir a la Corte de Apelaciones de Santiago en los temas objeto de controversia.

3ª) Según su ámbito de aplicación es un arbitraje interno.

Es interno porque está localizado en Chile y se aplica el derecho chileno.

A primera vista, la amplitud con la que puede actuar la Comisión hace surgir la interrogante de si la normativa vigente permite acordar que el procedimiento pueda ser regido también por la Ley N° 19.971 de 2004, de Arbitraje Comercial Internacional. Como dicho arbitraje está localizado en Chile y en muchos de los contratos de concesión se cumpliría con los supuestos de conexión, al tratarse de expresas extranjeras.

Las ventajas de esta opción, entre otras, es que el MOP podría hacer cumplir los laudos favorables en el extranjero para aquellas concesionarias que no tengan bienes ejecutables en Chile.

4ª) Según la naturaleza jurídica sobre la que versa el conflicto, su ámbito es la resolución de ciertos conflictos en concesiones de obras públicas.

5ª) La Comisión Arbitral es un Tribunal de Derecho.

En la tipología arbitral chilena se trata de un arbitraje mixto, atendido que para decidir el conflicto, la ley dispone que “la Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, admitiendo además de los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, cualquier otro medio, indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. La Comisión tendrá un plazo de 60 días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado”.

## VI. BREVES REFERENCIAS AL PROCEDIMIENTO

La Comisión arbitral queda adscrita a un contrato de Concesión y está previsto una instalación para su funcionamiento, conforme con el art. 109 del Reglamento, introducido por el Decreto Supremo N° 215 del MOP

(DO 28 de abril de 2010), al disponer: “2. Si las Bases de Licitación nada disponen respecto de la forma de designación de los integrantes de la Comisión Arbitral, el Concesionario deberá entregar al Ministerio de Obras Públicas una copia de la escritura pública en la que conste el nombre de las personas que propone para integrarla, de entre los candidatos incluidos en las nóminas señaladas precedentemente. En caso de acuerdo, el Ministerio de Obras Públicas dictará el Decreto de nombramiento de la Comisión. No existiendo acuerdo entre las partes dentro de los 60 días siguientes desde la fecha del decreto supremo de adjudicación de la concesión, el nombramiento de los miembros de la Comisión Arbitral podrá ser solicitado por cualquiera de ellas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En este caso, la designación será efectuada por sorteo ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de entre los candidatos incluidos en las nóminas. Dicha designación será formalizada a través de un decreto del Ministerio de Obras Públicas”.

En cuanto al financiamiento de este ente arbitral, el mismo precepto indicado dispone que, “3. Los integrantes de la Comisión serán remunerados mensualmente solo durante el conocimiento y fallo de las controversias planteadas por las partes. La remuneración será fijada de común acuerdo por las partes, no pudiendo ser superior a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales para el caso del Presidente, ni a cien unidades tributarias mensuales para los demás integrantes. El tope máximo indicado será rebajado en un cincuenta por ciento transcurrido un año desde la presentación de la controversia”.

“4. En el acto de constitución de la Comisión, las partes informarán sobre las remuneraciones acordadas y sus integrantes deberán aceptar el nombramiento, comprometiéndose a desempeñar fielmente sus funciones. En el mismo acto de constitución, la Comisión designará al integrante abogado que la presidirá. Asimismo, designará a un secretario abogado y la remuneración mensual a que este tendrá derecho durante el conocimiento y fallo de las controversias planteadas por las partes, la que no podrá ser superior a cincuenta unidades tributarias mensuales”.

“5. Los gastos de administración y funcionamiento en que incurra la Comisión serán pagados en partes iguales. Cualquier gasto adicional deberá ser pagado por la parte que haya solicitado la medida o diligencia realizada. Lo anterior es sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva la Comisión respecto de las costas, o lo que acuerden las partes en caso de producirse conciliación”.

“6. El secretario deberá informar, dentro de los cinco primeros días de cada mes, respecto del total a pagar por cada una de las partes por concepto de remuneración de los integrantes de la Comisión, gastos de administración y funcionamiento y gastos adicionales correspondientes”.

Por último, en cuanto a las reglas de procedimiento el art. 36 bis, del DS 900 señala que, “la Comisión, en cuanto se designen sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las

reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes. Entre estas últimas se encontrarán las que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten”.

La ley también indica que esas reglas de procedimiento deben incorporar “las que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten”.

También se impone legalmente a la regla de procedimiento la posibilidad de realizar una conciliación, al señalar el art. 36 bis. que “sometido un asunto a su conocimiento y hasta antes de la citación para oír sentencia, la Comisión podrá llamar a conciliación, de oficio o a solicitud de alguna de las partes, y proponer, oralmente o por escrito, bases de arreglo dentro de los 30 días corridos siguientes a aquél en que se notifique la resolución que llama a conciliación”.

## VII. ALGUNOS PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La aplicación de la normativa vigente establece una radical diferencia entre el Panel Técnico y la Comisión Arbitral, reservando la resolución jurisdiccional del conflicto a la segunda. El Panel Técnico no puede exceder el margen de lo que técnicamente es una recomendación; si lo hace, infringe el derecho al juez natural al estar actuando como una comisión especial de las que proscribe el art. 19 N° 3 de la Constitución. En su actual regulación el artículo 19 N° 3 inc. 4° de la CPR establece que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho”.

En otro plano, cuando una de las partes del contrato de concesión ha elegido la vía arbitral, después de agotada la instancia ante el PTC, surge como problema procesal el de la determinación de la competencia de dicho ente arbitral.

Toda acción en el proceso civil se deduce en relación con un supuesto hecho concreto, que lleva a un justiciable a solicitar su amparo jurisdiccional, resultando imprescindible que su petición de protección jurídica sea analizada por un órgano jurisdiccional que tenga la potestad de pronunciarse acerca de dicha acción. Así, tratándose de un contrato de concesión, que además está reglado por el derecho público, la competencia del tribunal arbitral se circunscribe al campo de acciones cuya causa de pedir tengan como base la relación contractual surgida entre las partes. Cualquier acción que no se enmarque en una causa de pedir fundada en el contrato de concesión configura una hipótesis

de incompetencia por razón de la materia, que impide el juzgamiento de la Comisión Arbitral.

En el caso de la Comisión Arbitral prevista en el DS 900, varios preceptos legales y reglamentarios demuestran que su competencia está limitada estrictamente a las reclamaciones que se enmarcan dentro del contrato de concesión de obras públicas. Dicho de otra forma, la competencia de la Comisión Arbitral está circunscrita a las acciones cuya causa de pedir tengan como antecedente la relación contractual que surge entre las partes.

En la práctica facilitan la determinación de la competencia los documentos que forman parte de este contrato, como lo son las BALI, los convenios complementarios, entre otros.

En relación con la competencia de la Comisión Arbitral, si el conflicto termina por conciliación se debe entender que su competencia continúa vigente, mientras el contrato de concesión no concluya<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> En el sistema de Comisión Conciliadora y Comisión Arbitral, el tema se discutió ante la C. de Ap. de Santiago, al resolver la contienda de competencia entre el 26° Juzgado Civil de Santiago y la “Comisión Arbitral Embalse Convento Viejo, II Etapa, VI Región”. Como el conflicto había terminado ante la Comisión Conciliadora el Juzgado de Letras en lo Civil se estimó competente. Por su parte, la Comisión Arbitral rehusó la inhibitoria que le fuera planteada por el tribunal ordinario. Para la Corte de Apelaciones, entre otras razones, era competente el juzgado civil, considerando: “6. En ese contexto cobra particular relevancia la claridad del sentido de la regla legal (artículo 36 del DFL MOP N° 164), en los términos que refiere el artículo 19 del Código Civil, porque su alcance es coincidente con su formulación semántica. No por una suerte de devoción irrestricta a su tenor gramatical, sino porque su enunciado no da lugar a equívocos. La ley asigna al conocimiento de la Comisión Arbitral las controversias o reclamaciones que se produzcan entre las partes ‘con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que de lugar su ejecución’ (de ese contrato). Esa es la materia que fija la competencia absoluta de dicho tribunal. Acontece que, en la especie, la pretensión que ha formulado la Sociedad Concesionaria ‘Embalse Convento Viejo S.A.’ ante dicha Comisión, corresponde a una solicitud encaminada a ejecutar u obtener el cumplimiento de ciertos acuerdos conciliatorios celebrados por esas mismas partes, avenimientos que – en sus mismas palabras–, ‘pusieron término a las controversias que se ventilaron ante los organismos jurisdiccionales previstos en la Ley de Concesiones’. Consecuentemente, por mucho que esté relacionado con el contrato de concesión, e inclusive, concediendo que esa forma de avenimiento deriva de una reclamación planteada respecto del citado contrato, lo cierto es que esa materia no se identifica con ‘la interpretación o aplicación del contrato de concesión’ ni corresponde a una controversia sobre la ‘ejecución’ de dicho contrato, sino que se relaciona con un objeto diferente: el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio; 7. En lo que atañe a la conducta que pudo haber observado la Dirección General de Obras Públicas, en orden a personarse en la fase conciliatoria sin reclamos sobre la competencia, no es razón atendible, precisamente porque están involucradas normas de interés público que, en cuanto tales, son irrenunciables y obligatorias; 8. Desde esa perspectiva, carece de relevancia la vigencia o expiración del plazo fijado para el cometido de la Comisión Arbitral. Primero, porque el asunto sometido legalmente a su conocimiento se agotó con el acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes y, enseguida, porque la materia respecto de la cual dicho órgano pretende prolongar su jurisdicción y competencia, no es de aquellos para los cuales la ley le ha facultado” (C. de Ap. de Santiago, 23 de agosto de 2013. Rol N° 9711-2012).

## LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ANTE EL CIADI

JAIME ARANCIBIA MATTAR\*

### I. INTRODUCCIÓN

La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas de envergadura exige altos niveles de inversión. No es de extrañar por tanto que estas actividades sean concesionadas en algunos casos a empresas o consorcios de capitales extranjeros. Debido a que estas inversiones quedan sujetas a los vaivenes políticos del Estado anfitrión, una forma interesante de brindar certeza al inversionista foráneo es el amparo de sus activos mediante tratados de promoción y protección recíproca de inversiones con el Estado del que es nacional.

Estos tratados suelen incorporar mecanismos de solución de controversias entre el inversionista y el Estado anfitrión que normalmente derivan en el sometimiento del conflicto a tribunales internacionales que aplican el tratado de inversión y los principios de derecho internacional respecto de la materia. Una de las principales instituciones a cargo del arreglo de estas diferencias es el Ciadi, creado por el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, de 1966, para administrar los casos de inversión mediante comisiones de conciliación o tribunales arbitrales independientes.

Sobre esta base, el presente trabajo tiene por objeto identificar las principales líneas jurisprudenciales de los tribunales arbitrales del Ciadi en materia de concesiones de obra pública. En consecuencia, se trata de

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Cambridge, Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

un texto de metodología más bien descriptiva y de sistematización que aborda el *status questionis* de la materia según el contenido de veinticinco laudos de los últimos veinte años.

Para tal efecto, el trabajo se divide en dos secciones principales que siguen la distinción clásica entre presupuestos de admisibilidad y presupuestos de fondo de la acción interpuesta ante tribunales Ciadi en materia de concesiones de obra pública. La primera abordará los requisitos necesarios para que el Tribunal se declare competente y tramite la acción en conformidad a la materia, el procedimiento utilizado y los sujetos capaces de incoarlo. La segunda se referirá a las condiciones que debe cumplir la acción para ser acogida en el laudo definitivo, principalmente en razón de la causa de pedir en el juicio. Finalmente, se añade una sección más breve acerca de criterios de indemnización por daños antijurídicos causados a empresas extranjeras con intereses en concesiones de obra pública.

## II. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

### 1. LA ACCIÓN PRETENDE LA PROTECCIÓN DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA VINCULADA DIRECTA O INDIRECTAMENTE A UN INVERSIONISTA EXTRANJERO

Si bien el artículo 25 de la Convención, que establece los presupuestos de competencia de un tribunal arbitral, no define “inversión”, las concesiones de obra pública han sido subsumidas bajo este concepto por la jurisprudencia de modo pacífico. Esta uniformidad se debe, principalmente, a que los tratados de inversión particulares protegen las concesiones administrativas de modo expreso o estableciendo una definición de inversión lo suficientemente comprensiva de las mismas.

Por ejemplo, en el caso *Saur*<sup>1</sup>, respecto de término de una concesión de servicios sanitarios, bastó al Tribunal la definición de inversión del tratado específico para declararse competente, pues esta incluía expresamente a las “concesiones administrativas”. A su vez, el laudo en *Vigotop*<sup>2</sup>, sobre concesión de un casino, sostuvo que el concepto de inversión del tratado *ad hoc* permitía proteger no solo la concesión sino también los derechos dimanantes: “todo tipo de activo conectado con la participación en compañías y *joint ventures*, más particularmente, aunque no

<sup>1</sup> *Saur International S.A. con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/04/4). Laudo despachado a las partes el 6 de junio de 2012, párr. 367.

<sup>2</sup> *Vigotop Limited con Hungría* (Caso Ciadi N° ARB/11/22). Laudo despachado a las partes el 1 de octubre de 2014.

exclusivamente: (b) derechos derivados de acciones, bonos, y otros tipos de intereses en las compañías”<sup>3</sup>.

Los laudos en *Saur* y *Vigotop* demuestran la importancia de los tratados de inversión en la protección internacional de las concesiones administrativas, particularmente ante la falta de precisiones de la Convención del Ciadi. Sin embargo, el Tribunal en *Malicorp*<sup>4</sup>, relativo a la extinción de la concesión del aeropuerto Ras Sudr en Egipto, destacó la función complementaria de la voz “inversión” en el artículo 25 de la Convención. A diferencia de los tratados de inversión, que protegen inversiones realizadas y sus frutos, este precepto extiende el amparo incluso a contribuciones comprometidas a futuro que se han visto frustradas por una extinción anticipada de la concesión<sup>5</sup>.

Debido a que la Convención ampara los intereses de inversionistas extranjeros, surge la duda de si esta protección se extiende también a los derechos de empresas nacionales en que estos tienen participación accionaria. El asunto es relevante especialmente en países como Chile y Argentina, donde el marco normativo de las concesiones de obra pública exige que el contrato de concesión sea celebrado con una sociedad o agencia local. *Prima facie*, si entendemos que las personas jurídicas son entidades legales diferentes de sus accionistas, deberíamos concluir que la afectación de la concesión solo afectaría los intereses de una empresa nacional. En consecuencia, el Ciadi carecería de jurisdicción, a menos que las partes de la controversia hayan acordado de modo previo y expreso atribuir un carácter extranjero a dicha empresa de conformidad con el artículo 25(2)(b) del Convenio.

Empero, en ausencia de tal acuerdo, debería entenderse que la empresa nacional titular de la concesión carecería de legitimación activa ante el Ciadi. Esta fue, precisamente, la alegación de Argentina en el caso *Impregilo*<sup>6</sup>, acerca de la caducidad de una concesión de obras sanitarias<sup>7</sup>. Señaló además que la eventual legitimación activa de la empresa nacional y de sus accionistas extranjeros plantea un riesgo de doble recupero injusto para el Estado demandado<sup>8</sup>. Sin embargo, el laudo estimó, sobre la base de jurisprudencia similar, que la afectación de los intereses de la empresa nacional debe considerarse también como un atentado a los intereses de sus accionistas extranjeros protegidos por el tratado de

<sup>3</sup> Artículo 1(1) del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Pueblo de Hungría y el Gobierno de la República de Chipre sobre la promoción y protección mutua de inversiones, vigente a partir del 24 de mayo de 1989. La traducción es nuestra.

<sup>4</sup> *Malicorp Limitada con República Árabe de Egipto* (Caso Ciadi N° ARB/08/18). Laudo despachado a las partes el 7 de febrero de 2011.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 113. La traducción es nuestra.

<sup>6</sup> *Impregilo S.A. c. República Argentina* (Caso Ciadi, N° ARB/07/17). Laudo enviado a las partes el 21 de junio de 2011.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrs. 111 a 113.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párrs. 118 a 119.



inversión<sup>9</sup>. Además, sostuvo que el problema del recupero era más bien teórico, pues era obvio que si se compensaba a la empresa nacional en un procedimiento local, ello afectaría los reclamos de los inversionistas en sede internacional y viceversa<sup>10</sup>.

En *ADC*<sup>11</sup>, respecto de concesión aeroportuaria, se aplicó el mismo criterio. El Tribunal consideró que la privatización de un aeropuerto concesionado sin compensación a una concesionaria local con inversionistas extranjeros constituía igualmente un caso de expropiación directa: “*la inversión no es menos directa porque fue canalizada a través de una empresa nacional ad hoc al proyecto. Sería absurdo argumentar que solo estarían cubiertos por la Convención y el Tratado de Inversión los casos donde el inversionista transfiere fondos directamente al Gobierno Húngaro*”<sup>12</sup>.

En este caso, el Estado alegó también la falta de legitimación activa del demandante porque se trataba de una empresa canadiense constituida en Chipre, país celebrante del tratado de inversiones, solo por razones instrumentales. Carecía, por tanto, de un vínculo “genuino” con el país que le permitiera proteger su inversión. Sin embargo, el laudo arbitral desestimó tal alegación en razón de que el tratado protege a cualquier persona jurídica constituida o incorporada en Chipre en cumplimiento de la ley sin distinciones de ningún tipo: “*el origen del capital no es un factor relevante en la determinación de la nacionalidad del demandante*”<sup>13</sup>.

Asimismo, sobre esta base amplia, el Tribunal en *Flughafen*<sup>14</sup> sostuvo que el carácter extranjero de la inversión se extiende incluso a las inversiones realizadas en la concesión con utilidades obtenidas producto de su explotación local. Venezuela había alegado que esas inversiones no eran extranjeras porque provenían de utilidades generadas en suelo nacional. Sin embargo, el fallo sostuvo que lo relevante no es el lugar donde haya sido obtenida la utilidad sino que la inversión fue realizada con fondos propios de una empresa con intereses extranjeros<sup>15</sup>. Incluso más, según el laudo en *Wena*<sup>16</sup>, sobre concesiones hoteleras, es irrelevante si la inversión sobre la concesión proviene directamente de la empresa concesionaria o de alguna de sus afiliadas<sup>17</sup>.

Además, la jurisdicción del tribunal también se extiende a la afectación de inversionistas extranjeros que suscriben el contrato de concesión en

<sup>9</sup> *Ibid.*, párrs. 138 y 140.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 139.

<sup>11</sup> *ADC y otros con República de Hungría* (Caso Ciadi N° ARB/03/16). Laudo despachado a las partes el 2 de octubre de 2006.

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 331. La traducción es nuestra.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párrs. 357 y 360.

<sup>14</sup> *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. con Bolivarian Republic of Venezuela* (Caso Ciadi N° ARB/10/19). Laudo despachado a las partes el 18 de noviembre de 2014.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 254.

<sup>16</sup> *Wena Hotels Ltd. con República Árabe de Egipto* (Caso Ciadi N° ARB/98/4). Laudo despachado a las partes el 8 de diciembre de 2000.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 126.

calidad de avales o garantes del concesionario respecto de sus obligaciones contraídas con terceros<sup>18</sup>.

El carácter extranjero del inversionista también ha sido objeto de discusión en aquellos casos donde mantiene la propiedad de la empresa pero cede su control a accionistas cuya nacionalidad no está protegida por el tratado de inversión particular. La pregunta se planteó en el caso *Aguas de Tunari*<sup>19</sup>, donde Bolivia argumentó que el Tribunal Ciadi carecía de competencia para conocer de un reclamo de una empresa de propiedad holandesa, protegida por el tratado, pero controlada por una empresa estadounidense. Sin embargo, el laudo desestimó esta alegación sobre la base que el concepto de control está íntimamente ligado a la propiedad de la empresa. Por esta razón, si una entidad posee la mayoría de las acciones y la propiedad de la mayoría de los derechos a voto en una empresa, debe entenderse que tiene el control directo o indirecto de la misma aunque sea cedido transitoriamente a otra empresa<sup>20</sup>.

En otro plano, el demandado en el caso *Biwater*<sup>21</sup>, sobre concesión de obras sanitarias, sostuvo que la Convención solo protege inversiones rentables y no aquellas deficitarias que sean instrumentales a propósitos diferentes (*loss leader*). En su opinión, la inversión del demandante no podía ser protegida porque proyectaba una tasa de retorno cercana a la mitad de lo que esperaría un inversionista racional en ese caso. El Tribunal desestimó esta alegación en razón de que las proyecciones de retorno pueden variar entre distintos inversionistas, y pueden depender de un rango de factores. No existe base, por tanto, para imponer un estándar de retorno absoluto para que una inversión califique como protegible<sup>22</sup>. Además, corresponde proteger las inversiones aunque sean *loss leader* o proyecten beneficios de largo plazo o indirectos, pues la protección comprende toda inversión con prescindencia de los motivos de los inversionistas<sup>23</sup>.

## 2. LA ACCIÓN TIENE POR OBJETO UN ACTO IMPUTADO A UN ESTADO FIRMANTE DE LA CONVENCIÓN

Este criterio dice relación con la competencia del Tribunal arbitral para conocer de actos dictados por entidades estatales o subdivisiones de

<sup>18</sup> *Lanco International con República de Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/97/6). Laudo de 8 de diciembre de 1998, párrs. 12 y 15.

<sup>19</sup> *Aguas del Tunari S.A. con República de Bolivia* (Caso Ciadi N° ARB/02/3). Laudo despachado a las partes el 21 de octubre de 2005.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, párr. 264.

<sup>21</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. con República Unida de Tanzania* (Caso Ciadi N° ARB/05/22). Laudo despachado a las partes el 24 de julio de 2008.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, párr. 319.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, párr. 321.

un Estado federado. En el caso *Vivendi*<sup>24</sup>, la República Argentina sostuvo que la revocación de la concesión sanitaria impugnada en sede internacional solo era imputable a la provincia de Tucumán, razón por la que el gobierno central carecía de legitimación pasiva. Señaló además que, en virtud del artículo 25 de la Convención, la comparecencia de dicha provincia ante el Ciadi requería su consentimiento expreso.

Sin embargo, el Tribunal validó la legitimación pasiva del demandado sobre la base del principio de derecho internacional de que “*las acciones de una subdivisión política de un estado federal, tal como es la Provincia de Tucumán dentro del estado federal de la República Argentina, son atribuibles al gobierno central*”<sup>25</sup>. Además, interpretó el eventual sometimiento de subdivisiones estatales ante el Ciadi como una posibilidad que crea eficiencias potenciales en la tramitación de los litigios sin restringir la jurisdicción del Tribunal sobre el Estado contratante como centro de imputación final de los actos de la República<sup>26</sup>. En otras palabras, la expansión *ratione personae* del arbitraje Ciadi no reduce la jurisdicción del Ciadi *ratione materiae*<sup>27</sup>.

Un criterio similar adoptó el laudo en *Parkerings-Compagniet*<sup>28</sup>, sobre concesión de construcción y explotación de estacionamientos públicos, al sostener que “*es indisputado que los estados son responsables a nivel internacional por los actos de las municipalidades (y de otras subdivisiones estatales) que son contrarios al derecho internacional*”<sup>29</sup>.

Este criterio incluye también a las empresas del Estado que afectan concesiones de obra pública mediante vías de hecho. En *Wena*, por ejemplo, el Tribunal declaró al Estado egipcio responsable por los actos de la Compañía de Hoteles Egipcias, empresa estatal dependiente de la Autoridad del Sector Público General para el Turismo, consistentes en la confiscación violenta y temporal de hoteles estatales concedidos al inversionista para su explotación. El demandado opuso que no era legitimado pasivo porque no había autorizado ni participado en esos actos. Sin embargo, el laudo declaró su responsabilidad porque, conociendo las intenciones del ente confiscatorio que operaba bajo su control, no protegió las inversiones ni ordenó la restitución de la concesión por cerca de un año. Tampoco evitó los daños causados al hotel durante dicho período, y omitió imponer sanciones a los funcionarios públicos responsables y compensar al inversionista<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Demandantes c. República Argentina*, Demandada (Caso Ciadi N° ARB/97/3). Laudo despachado a las partes el 21 de noviembre de 2000.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 49.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 52.

<sup>28</sup> *Parkerings-Compagniet AS con República de Lituania* (Caso Ciadi N° ARB/05/8). Laudo despachado a las partes el 11 de septiembre de 2007.

<sup>29</sup> *Ibid.*, párr. 258. La traducción es nuestra.

<sup>30</sup> *Wena*, párr. 82.

### 3. LA ACCIÓN PRETENDE LA PROTECCIÓN DE UNA CONCESIÓN OTORGADA DE CONFORMIDAD AL DERECHO NACIONAL

En *Saur*, el laudo declaró que la actuación del inversor en conformidad con la legislación interna es una condición tácita, implícita en todo acuerdo de inversión<sup>31</sup>, y necesaria para estimular la competencia de un Tribunal Ciadi.

Un criterio similar se aplicó en *Flughafen*, donde la empresa concesionaria del aeropuerto de Isla Margarita demandó a la República Bolivariana de Venezuela por haber amparado judicialmente la invalidación de la concesión por parte del Estado federado de Nueva Esparta. La demandante sostuvo que la decisión de la Corte Suprema de ese país había sido injustificada y arbitraria porque no concurrían los requisitos para invalidar el contrato. Sin embargo, la República demandada señaló que la concesión estaba bien invalidada por haber sido obtenida mediante actos de corrupción contrarios al ordenamiento jurídico nacional e internacional.

El Tribunal se basó en los precedentes anteriores para reconocer el principio de Derecho Internacional de que los tratados no protegen inversiones declaradas judicialmente contrarias al orden jurídico interno, a menos que dicha declaración haya sido arbitraria y denegatoria de justicia en opinión del órgano arbitral. Además, sostuvo que las concesiones obtenidas mediante actos de corrupción constituyen una violación grave al orden público internacional, que priva a la empresa de legitimación activa y al Tribunal de competencia para juzgar una demanda de protección de la inversión<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de este reconocimiento, el Tribunal desestimó las alegaciones del Estado demandado en el caso concreto. En primer lugar, descartó la ocurrencia de actos de corrupción por pruebas insuficientes e inexistencia de un fallo judicial que la haya declarado<sup>33</sup>. Asimismo, declaró que la República de Venezuela no logró acreditar que la concesión contravenía el derecho interno, también *inter alia* por falta de sentencia judicial al respecto<sup>34</sup>. Segundo, el Tribunal estimó que la sentencia de la Corte venezolana era antijurídica por haber validado una expropiación o nacionalización carente de debido proceso y compensación por pérdidas<sup>35</sup>. Además, la decisión judicial de entregar temporalmente la operación del aeropuerto al Gobierno Federal carecía de sustento legal y había sido adoptada sin oír a las partes. De esta forma, se infringía el tratado de inversión extranjera<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> *Saur*, párr. 308.

<sup>32</sup> *Flughafen*, párr. 129.

<sup>33</sup> *Ibid.*, párr. 154.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 231.

<sup>35</sup> *Ibid.*, párrs. 693 a 699.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párrs. 694 y 695.

Finalmente, una concesión es legítima en el derecho local cuando ha sido obtenida de buena fe, sin métodos fraudulentos o corruptos. Sin embargo, ya que la buena fe del inversionista es también un principio cardinal del derecho internacional, surge la disyuntiva de si es un presupuesto del proceso o de la acción en el litigio internacional. La pregunta no es meramente teórica, pues de su respuesta depende que la buena fe sea controlada al comienzo del litigio, como requisito para la competencia del Tribunal, o al final del proceso, como presupuesto de una sentencia de fondo favorable.

Al respecto, el Tribunal en *Malicorp* explicó que ambas opciones han estado presentes en la doctrina y en la jurisprudencia internacional<sup>37</sup>, pero optó por declararse competente y controlar la buena fe en la sentencia de fondo. Esta decisión se basó en el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje, que asegura la tramitación del proceso respecto de cualquier disputa surgida en relación con una inversión, incluyendo su validez; y en la dificultad de distinguir las causales de invalidez alegadas por el demandante entre las relacionadas con la buena fe y las que no<sup>38</sup>.

En cuanto al fondo, el Tribunal arbitral decidió que la concesión fue debidamente rescindida porque fue adjudicada sobre la base de antecedentes dudosos respecto de la capacidad financiera del oferente, factor crucial de la licitación. Debido a la importancia de este elemento para el derecho local e internacional, a juicio del Tribunal, la entrega de antecedentes ambiguos o vagos por parte del postulante atentó en contra del principio de buena fe<sup>39</sup>.

En *Fraport*<sup>40</sup>, acerca de concesión aeroportuaria, sin embargo, el laudo concluyó que la infracción de mala fe del derecho local para realizar la inversión era causal de falta de competencia del Tribunal internacional. A juicio de los árbitros, el requisito de realizar la inversión conforme con el derecho nacional admite un estándar flexible en casos donde el inversionista incurre en errores de buena fe, como aquellos inadvertidos por los asesores jurídicos locales o irrelevantes para la rentabilidad del proyecto. Sin embargo, cuando el inversionista infringe el ordenamiento local pese a las advertencias de los asesores jurídicos y mediante acuerdos secretos, la contravención deja de ser inocente e insignificante para las utilidades de la empresa. Ante tal actuación ilegal y de mala fe, configurada en el caso concreto, el Tribunal concluyó que la inversión no estaba amparada por el tratado de inversión. En consecuencia, la demanda fue rechazada por falta de jurisdicción *ratione materiae*<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> *Malicorp*, párr. 117.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 119.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párrs. 134 y 137.

<sup>40</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide con República de Filipinas* (Caso Ciadi N° ARB/03/25). Laudo despachado a las partes el 16 de agosto de 2007.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párrs. 396 a 404.

Según lo declarado en *Convial*<sup>42</sup>, respecto de concesión carretera, es posible notar que el vicio que afecte la licitación y adjudicación de una concesión debe ser de una entidad suficiente para estimular el amparo internacional. Por tanto, no puede consistir en meros incumplimientos legales sino de aquellos fundamentales y necesarios para invalidar la inversión<sup>43</sup>.

#### 4. UNA SOCIEDAD CONCESIONARIA CON ACCIONISTAS ESTATALES GOZA IGUALMENTE DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

Si bien el artículo 25(1) del Tratado solo abre la jurisdicción *rationae personae* del Centro a inversores privados y no a Estados extranjeros, esta categoría comprende también las sociedades particulares en que el Estado goza de participación accionaria, conocidas también como sociedades estatales o de economía mixta.

Es así como en *Flughafen* el Tribunal arbitral desestimó la alegación de falta de legitimación activa del concesionario por tener accionistas del Estado suizo. Los jueces citaron la opinión de Broches<sup>44</sup> para sostener que una sociedad del Estado goza también de legitimación ante el Ciadi “siempre que no actúe como agente del gobierno o ejerza una función esencialmente gubernamental”<sup>45</sup>. En particular, la sociedad concesionaria no actuaba como agente público dados sus fines lucrativos, no monopólicos, y la baja participación del Estado en el capital accionario y en el Directorio<sup>46</sup>.

#### 5. LA PRETENSIÓN INTENTADA ANTE EL CIADI DEBE SER DIFERENTE A LA INTERPUESTA ANTE TRIBUNALES LOCALES O A LA QUE HA SIDO OBJETO DE TRANSACCIÓN

Los tratados de inversión suelen incorporar la cláusula *electa una via per partem ad aliam potest venire*<sup>47</sup>, esto es, impetrada la protección de la inversión ante tribunales locales precluye por incompatible la facultad de pretender lo mismo en sede internacional. Esta cláusula es conocida también como *fork in the road*. De esta forma, se evitan sentencias contradictorias. En consecuencia, para que opere esta restricción, es fundamental la identidad de parte, causa de pedir y cosa pedida entre el

<sup>42</sup> *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. con República del Perú* (Caso Ciadi N° ARB/10/2). Laudo despachado a las partes el 21 de marzo de 2013.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párrs. 407 a 409.

<sup>44</sup> BROCHES, Aron, “The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states”, 136, *Recueil des Cours de L’académie de Droit International* 337 (1972-II), p. 354-355.

<sup>45</sup> *Flughafen*, párr. 275.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 284.

<sup>47</sup> *Vigotop*, párr. 632.

litigio nacional y el internacional. En palabras del laudo en *SyC*<sup>48</sup>, sobre plantas de revisión técnica de vehículos, solo se puede considerar que la disputa sometida a los tribunales nacionales es la misma que conoce el tribunal arbitral cuando las acciones comparten la misma “fuente normativa”, “la causa fundamental del reclamo”, y la búsqueda de “los mismos efectos”<sup>49</sup>, particularmente en casos en que rige una cláusula “paraguas”. Ante tal hipótesis, como ocurrió en el caso concreto, el Tribunal debe declarar inadmisibles la segunda acción interpuesta, total o parcialmente según el grado de coincidencia entre ambas<sup>50</sup>.

Esta triple identidad fue, precisamente, uno de los argumentos esgrimidos por Venezuela en *Flughafen* para alegar la incompetencia del Tribunal. Sin embargo, fue rechazado por diferencias en la causa de pedir y en el *petitum* entre la acción de responsabilidad patrimonial interpuesta ante el Ciadi y aquellas de nulidad presentadas ante jueces locales<sup>51</sup>. El Tribunal aclaró en todo caso que entre un proceso interno y otro internacional no rige la litispendencia, pues están sometidos a sistemas normativos y jurisdiccionales diferentes<sup>52</sup>.

Siguiendo un razonamiento similar, el laudo en *Vivendi* señaló que una cláusula en el contrato de concesión por la que las partes se obligan a someter sus controversias a tribunales locales no precluye el arbitraje del Ciadi, porque estas reclamaciones no se fundamentan en el contrato sino en una causa de pedir relativa al tratado de inversión<sup>53</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal sostuvo que debido a la “conexión crucial” entre los términos del contrato y los del tratado, no podía pronunciarse acerca de la responsabilidad de la demandada sino hasta que los tribunales domésticos hayan denegado los derechos procesales y sustantivos del inversionista<sup>54</sup>.

En este punto es posible considerar también que el laudo en *Transglobal*<sup>55</sup> deja asentado que la interposición de acciones ante un Tribunal Ciadi respecto de una disputa doméstica preexistente constituye un intento por crear una jurisdicción internacional artificial y un abuso del sistema de tratados de inversión que inhibe la jurisdicción del Tribunal<sup>56</sup>.

A su vez, en materia de transacción, el laudo en *Saur* excluyó del objeto del proceso las medidas expropiatorias que, a juicio del Tribunal,

<sup>48</sup> *Supervisión y Control (“SyC”) con República de Costa Rica* (Caso Ciadi N° ARB/12/4). Laudo despachado a las partes el 18 de enero de 2017.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 310.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párrs. 331 a 33.

<sup>51</sup> *Flughafen*, párr. 356.

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 369.

<sup>53</sup> *Vivendi*, párrs. 53 a 55.

<sup>54</sup> *Ibid.*, párr. 78.

<sup>55</sup> *Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green Panama, S.A. con República de Panamá* (Caso Ciadi N° ARB/13/28). Laudo despachado a las partes el 2 de junio de 2016.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párr. 118.



habían formado parte de un acuerdo transaccional entre las partes que produjo efecto de cosa juzgada en el derecho interno<sup>57</sup>.

6. EL CONCESIONARIO NO ESTÁ OBLIGADO A AGOTAR LAS VÍAS INTERNAS DE RECLAMACIÓN, A MENOS QUE SEA UNA CONDICIÓN DEL ESTADO

De acuerdo con el artículo 26 del Convenio Ciadi, un Estado contratante puede condicionar su consentimiento para el arbitraje internacional a la tramitación plena de los reclamos administrativos y jurisdiccionales internos. Esta norma ha sido interpretada como una renuncia al derecho de los Estados de exigir dicho agotamiento, pues, si nada se dice, una parte puede recurrir al arbitraje de modo directo y anticipado<sup>58</sup>.

Lo anterior es sin perjuicio de que, si el tratado de inversión incorpora el criterio de *electa una via*, la opción por el arbitraje internacional precluye la posibilidad de someter la misma controversia ante los tribunales competentes de la parte contratante o viceversa.

Por otra parte, la opción por el arbitraje Ciadi puede producir efectos sustantivos desfavorables. En casos donde el agotamiento no es condición *sine qua non* para el arbitraje ni causal de exclusión por el principio *electa una via*, la decisión de recurrir directamente a este no afecta la admisibilidad de la acción pero sí su procedencia de fondo en casos de denegación de justicia. En efecto, ¿cómo es posible alegar ese vicio si no se intentaron todos los recursos disponibles a nivel local?

Así, por ejemplo, en *Azinian*<sup>59</sup>, relativa a la nulidad de una concesión de una planta de generación eléctrica a base de biogás, el Tribunal calificó de “*fatal para la reclamación*” el que se haya dirigido en contra de actos municipales sin haber objetado la actuación de los tribunales mexicanos<sup>60</sup>. También, en *Vivendi*, si bien el Estado no condicionó el arbitraje internacional al agotamiento de los recursos internos, el contrato de concesión contenía una cláusula que entregaba la solución de las controversias contractuales exclusivamente a los tribunales locales. El laudo arbitral no consideró el recurso a la justicia local como presupuesto de competencia del tribunal internacional sino para acoger la acción de fondo. En particular, sostuvo que la responsabilidad de la República Argentina solo podría haber surgido si a las demandantes se les hubiese denegado el acceso a esos tribunales, tratado de manera injusta, o privado de sus derechos por medio de una sentencia materialmente antijurídica. Sin

<sup>57</sup> *Saur*, párr. 361.

<sup>58</sup> *Flughafen*, párr. 391.

<sup>59</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca con Los Estados Unidos Mexicanos* (Caso Ciadi N° ARB (AF)/97/2). Laudo despachado a las partes el 1 de noviembre de 1999.

<sup>60</sup> *Azinian*, párr. 100.



embargo, a causa de que las demandantes no intentaron tales acciones, la demanda internacional fue desestimada<sup>61</sup>.

En esta materia surgió además un conflicto interpretativo en torno a una cláusula del tratado de inversión que no obligaba al concesionario a recurrir a la impugnación doméstica, pero que, en caso de hacerlo, solo podría solicitar arbitraje internacional luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales. La interrogante era si semejante cláusula obligaba indirectamente al inversor a recurrir a la litigación local como condición *sine qua non* para reclamar en sede internacional transcurrido el plazo.

En *Impregilo*, el Tribunal sostuvo que dicha obligación sí existía en atención al contexto normativo, a precedentes jurisprudenciales, y a la intención de las partes<sup>62</sup>. Sin embargo, acto seguido, sostuvo que su incumplimiento no afectaba el derecho de pedir un arbitraje Ciadi porque la cláusula de nación más favorecida presente en el tratado aplicable (Italia-Argentina) permitía acogerse a un estatuto más favorable –incluso procesal– presente en el tratado de inversión entre Estados Unidos y Argentina<sup>63</sup>.

Otro problema hermenéutico presenta la cláusula que exige que la legalidad y la compensación de la expropiación deben ser comprobables en un procedimiento judicial<sup>64</sup>. En *Flughafen*, por ejemplo, la parte demandada postuló que esta disposición obligaba a los expropiados a agotar previamente la fase jurisdiccional interna. Sin embargo, el Tribunal prefirió una interpretación diferente, conforme con ello, la norma no obligaba a los inversores sino a los Estados para que establezcan mecanismos judiciales de impugnación de la juridicidad y monto pagado por la expropiación<sup>65</sup>. Señaló además que la interpretación sostenida por la demandada era inconsistente con la cláusula *electa una vía*, presente también en el tratado, pues si se obligaba al inversor a recurrir al proceso de reclamación interno quedaba en letra muerta su opción de elegir la vía; nunca podría recurrir al arbitraje internacional<sup>66</sup>.

Un problema adicional se refiere a la cláusula de elección de foro exclusivo y nacional que se introduce en algunos contratos de concesión para evitar la jurisdicción de tribunales internacionales. Por regla general, como se desprende de casos como *Lanco*, *Vivendi*, y *Azuriz*<sup>67</sup>, estas

<sup>61</sup> *Vivendi*, párrs. 80 y 81.

<sup>62</sup> *Impregilo*, párr. 90.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 108.

<sup>64</sup> Esta cláusula está presente, por ejemplo, en el Acuerdo para el estímulo y protección recíproca de inversiones celebrado entre la República de Chile y la República Bolivariana de Venezuela (“APRI Chile-Venezuela”), suscrito el 2 de abril de 1993.

<sup>65</sup> *Flughafen*, párrs. 466 a 470.

<sup>66</sup> *Ibid.*, párr. 471.

<sup>67</sup> *Azurix Corp. con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/01/12). Laudo despachado a las partes el 14 de julio de 2006. Este es un caso de concesión de obras sanitarias.

cláusulas no han impedido el ejercicio de jurisdicción internacional. Sin embargo, el laudo en *Aguas del Tunari*, sobre concesión de obras sanitarias, reconoció que una cláusula podría excluir eficazmente la jurisdicción internacional en la medida que sea explícita y comprenda todas las materias de competencia del tribunal internacional<sup>68</sup>. Este requisito podía concretarse mediante la renuncia literal a la jurisdicción Ciadi o mediante la elección de un tribunal local exclusivo para juzgar el incumplimiento del tratado. En este último caso no bastaría con excluir incumplimientos contractuales del arbitraje internacional sino también, y de modo expreso, la infracción a las obligaciones que surgen de un tratado de inversión<sup>69</sup>.

### III. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

#### 1. LA ACCIÓN DEBE INTERPONERSE DENTRO DE PLAZO

Si bien la Convención no regula la prescripción de las acciones, esto no significa que sean imprescriptibles necesariamente. Los plazos de prescripción podrían estar previstos, por ejemplo, en los tratados de inversión específicos. Además, según se desprende del caso *Wena*, la prescripción podría ser resuelta incluso a falta de normas, siguiendo criterios de equidad.

En este caso, el Estado de Egipto opuso la excepción de prescripción según los plazos de su Código Civil. Sin embargo, fue desestimada por el Tribunal, en primer término, en razón del principio de derecho internacional público de que los estatutos de prescripción domésticos no pueden ser invocados en litigios internacionales, sin perjuicio de que puedan ser considerados por los tribunales arbitrales como principios de equidad<sup>70</sup>. Además, no se configuraban las razones de equidad que permiten declararla. Sirve mencionarlas para el caso en que sí puedan darse. La primera es que el paso del tiempo haya generado ventajas probatorias para una de las partes<sup>71</sup>. La segunda se refiere a la hipótesis de “reposo”, según la cual “*un demandado que razonablemente cree que la disputa ha sido abandonada o inactiva durante un largo tiempo no debería ser sorprendido por su subsecuente resurrección*”<sup>72</sup>.

En esta materia ha surgido también una interrogante acerca de los tiempos de espera que los tratados de inversión exigen respetar antes de interponer una acción ante el Ciadi, para efectos de favorecer el avenimiento de las partes. ¿Es un plazo obligatorio para activar la competencia del Tribunal, un período de suspensión del plazo de prescripción, o

<sup>68</sup> *Aguas del Tunari*, párrs. 112 a 113.

<sup>69</sup> *Ibid.*, párrs. 114 a 118.

<sup>70</sup> *Wena*, párrs. 106 a 107.

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 104.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 105. La traducción es nuestra.

simplemente un tiempo que favorece el arreglo de las partes? El laudo en *Biwater* se inclina por la última opción, sosteniendo que el plazo no impide la interposición anticipada de acciones en caso de no lograrse una conciliación entre las partes. Una interpretación contraria produciría el efecto curioso de obligar al inversionista con intereses irreconciliables a esperar el vencimiento del plazo sin hacer nada<sup>73</sup>.

## 2. EL ESTADO DEBE “DESPOSEER” AL CONCESIONARIO DEL CONTROL O TITULARIDAD DE LA CONCESIÓN

Parece ser que el estándar de privación reclamable ante el Ciadi comprende no solo la expropiación propiamente tal y la nacionalización de la inversión sino cualquier pérdida del uso y goce de las facultades del titular de la concesión. Es por esta razón que se utiliza la expresión “desposesión” o cualquier “medida equivalente”. Conforme con este criterio, según se explica en *Flughafen*, basta con acreditar el empobrecimiento del concesionario sin necesidad de probar el enriquecimiento correlativo del Estado. Tampoco es necesario acreditar la intención de desposeer<sup>74</sup>. De esta forma, es posible someter a arbitraje la juridicidad de expropiaciones regulatorias o indirectas que interfieran significativamente en el goce de la concesión<sup>75</sup>.

En igual sentido, el Tribunal en *Saur* definió desposesión como “*la pérdida del uso y disfrute (y no necesariamente de la propiedad) sobre la inversión*”<sup>76</sup>; y asimiló el concepto de “medidas equivalentes” a la expropiación indirecta o regulatoria, relativa a “*actos legislativos o administrativos adoptados por un Estado, en ejercicio de sus facultades de regulación o policía, que no llegan a privar al inversor de la titularidad y control de su inversión, pero sí interfieren significativamente en su goce y disfrute*”<sup>77</sup>. Asimismo, el laudo en *Impregilo* calificó las medidas sucesivas que privan al inversor del derecho a administrar su propiedad hasta el punto de privarlo de su dominio como “*expropiación progresiva*”<sup>78</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, ya que el tratado de inversión específico prohibía medidas equivalentes “directas e indirectas”, fue preciso interpretar estos términos en un sentido diferente al de expropiación indirecta. El laudo sostuvo que estos adverbios prohíben, en realidad, que el Estado pueda desposeer injustamente al concesionario de modo directo o “*prevaliéndose de la participación de cualquier otra entidad,*

<sup>73</sup> *Biwater*, párrs. 343 a 348.

<sup>74</sup> *Flughafen*, párr. 456.

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 459.

<sup>76</sup> *Saur*, párr. 366.

<sup>77</sup> *Ibid.*, párr. 369.

<sup>78</sup> *Impregilo*, párr. 270.

*pública o privada, que actúe por cuenta del Estado o de la que el Estado sea internacionalmente responsable*<sup>79</sup>.

Adicionalmente, el laudo en *Consortium*<sup>80</sup>, relativo a la concesión de una carretera, señaló que incluso medidas temporales o transitorias podrían revestir un carácter expropiatorio cuando produzcan “*consecuencias sustanciales equivalentes a una pérdida definitiva. La recuperación de la propiedad o el acceso a ella no restituye al propietario en su situación inicial, sus derechos han sido sustancialmente desprovistos de los beneficios que podrían haber extraído*”<sup>81</sup>. En igual sentido, el Tribunal en *Wena* declaró que un Estado que permite a una entidad bajo su control confiscar y poseer ilegalmente una obra pública por cerca de un año es más que una interferencia “*efímera*” en el uso de esa propiedad y en el disfrute de sus beneficios, razón por la que constituyen una expropiación<sup>82</sup>, máxime si no se ha otorgado una compensación pronta, adecuada y eficaz<sup>83</sup>.

En el caso concreto de *Saur*, el Tribunal consideró que la República Argentina desposeyó al inversionista de la concesión mediante una secuencia de actos administrativos y legislativos de carácter expropiatorio: intervención de la concesión mediante acto de *iure imperii* “*que apartó totalmente al inversor de la gestión y administración de OSM y le privó del uso y disfrute de la Concesión*”; rescisión del contrato, “*que supuso la pérdida de la propiedad sobre la Concesión*”; readjudicación de la concesión a una empresa estatal; y disolución y liquidación de la sociedad concesionaria en que el inversionista tenía participación accionaria, que “*privó al inversor de toda expectativa de recibir compensación alguna*”<sup>84</sup>. Además, el Tribunal sostuvo que la adjudicación posterior de la concesión a una empresa pública constituía un caso de nacionalización de la inversión<sup>85</sup>.

Es importante señalar que el laudo desestimó el argumento de la demandada de que la rescisión de la concesión no constituía expropiación porque el inversor continuaba siendo propietario de las acciones en la sociedad concesionaria. A juicio del Tribunal, el tratado particular protegía no solo las acciones del inversionista en esta sino también los activos de esta última (*v. gr.* concesión)<sup>86</sup>. De modo que la privación de una concesión era ciertamente un acto expropiatorio. Además, en el caso particular, debido a que la participación del inversionista en la sociedad consistía en un valor equivalente a la alícuota del valor de la concesión, la pérdida

<sup>79</sup> *Saur*, párr. 374.

<sup>80</sup> *Consortium RFCC con Reino de Marruecos* (Caso Ciadi N° ARB/00/6). Laudo enviado a las partes el 22 de diciembre de 2003.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrs. 68 y 69. La traducción es nuestra.

<sup>82</sup> *Wena*, párr. 99.

<sup>83</sup> *Ibid.*, párrs. 96 a 101.

<sup>84</sup> *Saur*, párr. 384.

<sup>85</sup> *Ibid.*, párr. 385.

<sup>86</sup> *Ibid.*, párr. 437.

de la concesión causó la desvalorización total de dicha participación, lo que fue calificado por el laudo como expropiación<sup>87</sup>.

Por otro lado, en *Flughafen*, el Tribunal declaró que la privación de la gestión del aeropuerto y de los derechos del concesionario producto de actos de autoridad constituía una expropiación directa prohibida por el acuerdo de inversión respectivo. Además, consideró que las medidas adoptadas no solo fueron expropiatorias sino nacionalizadoras, porque se produjo una transferencia de derechos del inversionista al Estado<sup>88</sup>. El carácter directo de la expropiación se debía a que las decisiones tenían por objeto inmediato el título jurídico del concesionario, según la definición de Dolzer y Schreuer citada en el fallo<sup>89</sup>. Además, señaló que no obsta al carácter directo de la expropiación el que se haya desarrollado mediante distintos actos administrativos y judiciales, pues en ese caso se configura un “íter expropiatorio” o *creeping expropriation* igualmente directa<sup>90</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el laudo en *Azurix*<sup>91</sup>, sobre concesión de obras sanitarias, enfatizó que la secuencia de actos estatales que afectan una concesión solo es expropiatoria cuando es de una entidad suficiente para que el inversionista pierda sus acciones o control respecto de la empresa concesionaria. De ahí que actos de autoridad como el llamado a los usuarios a no pagar facturas de la empresa, o la orden de no aplicar la nueva tarifa resultante de la revisión de las variaciones constructivas no revestirían un carácter expropiatorio si el inversionista conserva su paquete accionario y poder de control en la empresa afectada<sup>92</sup>. Sin embargo, esta declaración no fue obstáculo para declarar estas conductas como concreciones de un trato injusto e inequitativo del inversionista, según veremos en el acápite cuarto de esta sección.

En igual sentido, el laudo en *Suez (responsabilidad)*<sup>93</sup>, sobre concesión de obras sanitarias, sostuvo que las medidas generales adoptadas por Argentina para enfrentar la severa crisis financiera de comienzos del siglo XXI, si bien dificultaron la operación de la concesión y redujeron sus utilidades, no fueron expropiatorias porque la concesión continuó en poder de la empresa y el inversionista extranjero no se vio afectado en

<sup>87</sup> *Ibid.*, párr. 441.

<sup>88</sup> *Flughafen*, párr. 505. Una definición similar de nacionalización fue adoptada en *Saur*, párr. 368.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 498. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2ª ed., 2012, p. 101.

<sup>90</sup> *Flughafen*, párrs. 500 a 502.

<sup>91</sup> *Azurix Corp. con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/01/12). Laudo enviado a las partes el 14 de julio de 2006.

<sup>92</sup> *Ibid.*, párr. 322.

<sup>93</sup> *Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/03/19). Hemos denominado *Suez (responsabilidad)* al laudo del 30 de julio de 2010 que declaró la ilicitud de la conducta, para diferenciarlo de *Suez (daños)*, del 9 de abril de 2015, que solo se pronunció acerca del monto de la indemnización, según veremos más adelante.

sus acciones y control sobre la compañía<sup>94</sup>. A juicio del Tribunal, estas medidas ni siquiera constituyen una expropiación indirecta o “*tendiente*”, pues no se habría producido un efecto “neutralizador” sobre el control y operaciones diarias de la inversión<sup>95</sup>.

En este caso surgió también la interrogante de si una omisión puede ser causal de una expropiación. El demandante había alegado que el rechazo de Argentina a revisar las tarifas pagadas por los usuarios había causado un desequilibrio en la ecuación financiera de la concesión que constituía una expropiación directa o regulatoria. El laudo, sin embargo, desestimó tal alegación por las mismas razones señaladas en el párrafo anterior<sup>96</sup>.

### 3. LA DESPOSESIÓN FUE CAUSADA POR ACTOS SOBERANOS (*ACTA IURE IMPERII*) Y NO POR MERAS PRERROGATIVAS CONTRACTUALES (*ACTA IURE GESTIONIS*), SALVO MALA FE DEL ESTADO

El laudo arbitral en *Vigotop* señaló que el término de una concesión de obra pública es de naturaleza expropiatoria solo cuando es causado por un acto de soberanía, en contraposición a aquellos propios de un contrato<sup>97</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, de contratos terminados por actos legislativos o decretos ejecutivos ajenos a un procedimiento de caducidad<sup>98</sup>. Una tesis similar plantea el laudo en *Saur*, pues define a los actos de *iure imperii* como aquellos tipificados en la ley de los organismos públicos, particularmente de policía, que una contraparte privada nunca podría adoptarlos *ex contractu*<sup>99</sup>. Se oponen, por tanto, a aquellos fundados en derechos y obligaciones surgidos del contrato de concesión<sup>100</sup>, como la aplicación de multas por retraso en el pago y el cobro de garantías<sup>101</sup>.

Precisamente, el Tribunal en *Flughafen* se declaró competente para conocer del asunto en atención a que la concesión había sido terminada por actos administrativos y jurisdiccionales de índole diversa<sup>102</sup>. En particular, los actos se referían a la invalidación del acto adjudicatorio, la caducidad del contrato, el rescate anticipado de la concesión, y la intervención y posterior entrega de la gestión del Aeropuerto concesionado al Poder Ejecutivo Nacional. Un antecedente adicional para el tribunal fue que el concesionario no demandó un simple incumplimiento del contrato ante los tribunales locales, de modo que no hubo un “requietaje”

<sup>94</sup> *Suez (responsabilidad)*, párr. 136.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párrs. 137 a 140.

<sup>96</sup> *Ibid.*, párr. 145.

<sup>97</sup> *Vigotop*, párr. 280.

<sup>98</sup> *Ibid.*, párr. 331.

<sup>99</sup> *Saur*, párr. 444.

<sup>100</sup> *Ibid.*, párr. 391.

<sup>101</sup> *Consortium*, párrs. 89 y 104.

<sup>102</sup> *Flughafen*, párr. 311.

o recaratulado posterior del pleito como de *pusissance publique* para acceder al tribunal arbitral<sup>103</sup>. Antes bien, todas las acciones presentadas por el concesionario pretendían la nulidad de actos potestativos ajenos al cumplimiento del contrato.

Adoptando un criterio similar, el laudo en *Biwater* calificó como expropiatoria la “acumulación” de actos políticos o de *puissance publique* desplegados por Tanzania en relación con la concesión. Mencionó, en primer lugar, el anuncio de término de la concesión hecho por un ministro de Estado por televisión. Semejante conducta estaba fuera del ámbito de actividad ordinaria de una contraparte contractual, pues afectó la imagen de la empresa ante el público de un modo que le impedía seguir el curso normal del contrato, además de dar la impresión de hechos consumados<sup>104</sup>. El laudo también calificó de soberana y expropiatoria la decisión gubernamental de terminar con la exención del impuesto al valor agregado del concesionario<sup>105</sup>, ocupar por la fuerza las instalaciones de la empresa, usurpar el control de gestión<sup>106</sup>, y deportar al personal<sup>107</sup>.

Aplicando el mismo examen, el laudo en *Suez (responsabilidad)* sostuvo en cambio que el término de la concesión obedeció a una prerrogativa contractual más que soberana, similar a la ejercida por un contratista privado ante la amenaza de término de un contrato de provisión a largo plazo importante<sup>108</sup>. Un criterio similar siguió el laudo en *Convial*<sup>109</sup>. Señaló que si la caducidad de la concesión por razones de “interés público” está regulada en el contrato, entonces es de origen consensual y, por tanto, no reviste la calidad de acto *iure imperii*. Por tanto, tampoco podría ser considerada expropiatoria<sup>110</sup> o causal de frustración de expectativas legítimas<sup>111</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo de *Vigotop* aclaró que la caducidad de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del privado no excluye *per se* la posibilidad de que sea expropiatoria, siendo necesario para este efecto revisar el modo en que el contrato fue celebrado, ejecutado y terminado<sup>112</sup>. Un criterio similar adoptó el Tribunal en *Consortium*, al señalar que los reclamos por supuestas violaciones del contrato de concesión solo serán de competencia del Tribunal arbitral si son alegados como infracciones al tratado de inversión de entidad suficiente<sup>113</sup>. Además, el laudo desestimó la existencia de un principio de asimilación

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párr. 313.

<sup>104</sup> *Biwater*, párrs. 498 a 500.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, párrs. 501-502.

<sup>106</sup> *Biwater*, párr. 503.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, párr. 511.

<sup>108</sup> *Suez (responsabilidad)*, párrs. 154 a 156.

<sup>109</sup> *Convial*, párrs. 527 a 536.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, párr. 537.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, párrs. 577 a 588.

<sup>112</sup> *Vigotop*, párr. 313.

<sup>113</sup> *Consortium*, párrs. 29, 33, 99 y 100.



*ipso iure* de infracciones contractuales y de convención internacional<sup>114</sup>. No bastaría, por tanto, con reclamar simplemente el diseño deficiente del proyecto, la demora en la liberación de los sitios y presentación de planes, el pago de remuneraciones insuficientes o la falta de compensación por sobrecostos causados por la propia autoridad<sup>115</sup> o factores climáticos<sup>116</sup>.

La conclusión de *Vigotop* se basó en precedentes jurisprudenciales del Ciadi y en el dictamen del perito Prof. Schijver, que cita preceptos de tratados generales<sup>117</sup> para sostener que “la cuestión de si una medida constituye una violación de una obligación internacional del Estado es una que surge con prescindencia de la posición bajo el derecho doméstico”<sup>118</sup>. Sin embargo, argumenta que una infracción contractual del Estado goza de valor probatorio para establecer un eventual incumplimiento del tratado, razón por la que debería ser considerada en un reclamo de expropiación<sup>119</sup>.

Corresponde detenerse aquí en las cláusulas “paraguas” de los tratados de inversión, que asimilan el incumplimiento de los contratos a infracciones del derecho internacional, facilitando así la jurisdicción Ciadi ante contravenciones del régimen concesional. Esta cláusula puede ser aplicada de modo directo, cuando el tratado específico así lo ordena, o de modo indirecto, cuando dicho tratado nada dice pero rige la cláusula de “nación más favorecida” respecto de tratados que sí la contemplan. Es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso *Edfi*<sup>120</sup>, sobre concesión de planta de energía eléctrica, donde el laudo arbitral incorporó en el tratado Argentina-Francia una cláusula “paraguas” presente en los tratados de este país con Luxemburgo y Alemania<sup>121</sup>.

La pregunta que surge aquí nuevamente es qué pasa si el Estado incumple obligaciones respecto de una empresa concesionaria nacional con capitales extranjeros. Costa Rica sostuvo en el caso *SyC* que el Tribunal internacional carecería de jurisdicción porque el incumplimiento afecta una relación entre nacionales. Sin embargo, el laudo desestimó esta alegación señalando que el tenor literal del tratado era lo suficientemente amplio para incluir el incumplimiento de obligaciones “*relativas a inversiones de inversionistas de otros estados contratantes*”<sup>122</sup>. De ahí que la respuesta a esta interrogante dependerá del texto del tratado.

<sup>114</sup> *Ibid.*, párr. 41.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 98.

<sup>116</sup> *Ibid.*, párr. 102.

<sup>117</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y artículo 3 de la Resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

<sup>118</sup> *Vigotop*, párr. 325. La traducción es nuestra.

<sup>119</sup> *Ibid.*, párr. 326.

<sup>120</sup> *EDF Internacional S.A. (Edfi), Saur International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A., con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/03/23). Laudo despachado a las partes el 11 de junio de 2012.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párr. 937.

<sup>122</sup> *SyC*, párr. 287. La traducción es nuestra.



En resumen, la caducidad del contrato, pese a ser reconocida como una facultad ordinaria del organismo contratante, puede igualmente constituir un acto soberano de expropiación injusta<sup>123</sup>. Para efectos de un análisis fino acerca de esta materia, el tribunal de *Vigotop* desarrolló un íter o cuestionario de tres preguntas sucesivas.

La primera pregunta se refiere a si la verdadera razón de término del contrato es un cambio “encubierto” de política gubernamental<sup>124</sup>. Si la respuesta es positiva, surge la segunda interrogante, relativa a si pese a existir un fin de política pública concurre también una causal prevista y justificada de caducidad por incumplimiento de obligaciones del concesionario. Si la respuesta es negativa, el Tribunal debe concluir que la caducidad fue un mero pretexto para ocultar una medida expropiatoria<sup>125</sup>. En cambio, si la respuesta es positiva, es preciso pasar a la tercera interrogante, referente a si el término del contrato fue legítimo o acorde con el principio de buena fe, en contraposición a un término ficticio o malicioso del mismo, constitutivo de un abuso contractual para evadir un deber compensatorio<sup>126</sup>. Si la respuesta es positiva, entonces debe descartarse la declaración de expropiación a pesar de existir razones de política pública.

Respondiendo el cuestionario en el caso concreto de *Vigotop*, el Tribunal señaló que la revocación obedeció a motivaciones políticas medioambientales y turísticas, además de ciertas sospechas de corrupción<sup>127</sup>. Sin embargo, respondiendo a la segunda pregunta, declaró que concurría una causal objetiva de caducidad de la concesión porque el adjudicatario incumplió el requisito de ser poseedor del terreno donde se emplazaría el casino concesionado<sup>128</sup>. Por último, respecto de la tercera pregunta, el laudo señaló que la terminación del contrato fue legítima y de buena fe porque el Estado advirtió los riesgos de caducidad de la concesión antes de la suscripción del contrato e incorporó opciones para evitarlos en el texto del mismo<sup>129</sup>. En consecuencia, el demandante no logró acreditar que la terminación del contrato de concesión constituyó una expropiación injusta respecto del tratado de inversión respectivo<sup>130</sup>.

El caso *Impregilo* tuvo un resultado diferente, pues si bien el laudo descartó incumplimientos contractuales o un patrón de conducta del Estado que buscara perjudicar al inversionista<sup>131</sup>, luego declaró que la inversión fue objeto de un trato injusto e inequitativo producto de medidas

<sup>123</sup> *Vigotop*, párr. 320.

<sup>124</sup> *Ibid.*, párr. 328.

<sup>125</sup> *Ibid.*, párr. 329.

<sup>126</sup> *Ibid.*, párr. 330.

<sup>127</sup> *Ibid.*, párr. 441.

<sup>128</sup> *Ibid.*, párr. 543.

<sup>129</sup> *Ibid.*, párrs. 628 a 631.

<sup>130</sup> *Ibid.*, párr. 632. A una conclusión similar llegó el laudo del caso *Impregilo*, párr. 283.

<sup>131</sup> *Impregilo*, párrs. 300 a 309.

legislativas dictadas en estado de emergencia que alteraron severamente el equilibrio financiero de la concesión sin la debida compensación<sup>132</sup>.

En particular, una de las leyes estableció que el valor de la paridad cambiaria para el cálculo de las tarifas estaría determinado por las fuerzas del mercado y no por ley. A causa de que el contrato de concesión solo compensaba cambios de paridad fijados en la ley, surgió la duda de si un tratamiento similar debía darse al cambio de valor por razones de mercado. El Tribunal declaró que sí, porque el contrato establecía también que los valores tarifarios dependían de los costos y retorno de las inversiones de la empresa. Por tanto, si el cambio de paridad rompía ese equilibrio, el Estado estaba obligado a restaurarlo. Sin embargo, debido a que no lo hizo, agravó la situación de la empresa de tal manera que violó la obligación del tratado de acordar un trato justo y equitativo al inversionista<sup>133</sup>.

4. LA DESPOSESIÓN FUE AJENA AL INTERÉS PÚBLICO, ARBITRARIA, DISCRIMINATORIA, ILEGAL O SUJETA A UN PAGO INSUFICIENTE O INOPORTUNO

a) Arbitrariedad

El tribunal en *Flughafen* utilizó la definición de *arbitrariedad* dada por Schreuer en otro caso seguido ante el Ciadi, consistente en infligir daño al inversionista “sin servir ningún propósito legítimo aparente; una medida que no está basada en estándares jurídicos sino en discreción, prejuicio o preferencia personal: una medida adoptada por razones que son diferentes a aquellas señaladas por la autoridad; una medida tomada en menosprecio del proceso debido y apropiado”<sup>134</sup>. Un Estado que incurre en este tipo de conductas infringe la garantía del trato “justo y equitativo” presente en la mayoría de los tratados de protección a la inversión internacional.

Así, por ejemplo, el laudo *Azurix* sostuvo que las medidas de las autoridades provinciales de exhortar a los usuarios a no pagar las facturas, amenazar a los funcionarios que permitieron la reanudación de la facturación, imponer la obligación de no aplicar la nueva tarifa resultante de la revisión de las variaciones constructivas, y privar de acceso al expediente sancionatorio, *inter alia*, constituían un proceder “arbitrario”<sup>135</sup>, un “*incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y*

<sup>132</sup> *Ibid.*, párrs. 310 a 330.

<sup>133</sup> *Ibid.*, párr. 331.

<sup>134</sup> *Flughafen*, párr. 585. La traducción es nuestra.

<sup>135</sup> *Azurix*, párr. 393.

*equitativo*<sup>136</sup>, y un incumplimiento del estándar de protección y seguridad de las inversiones internacionales<sup>137</sup>.

Una manifestación diferente de arbitrariedad se aprecia en *Saur*, en que la desposesión del concesionario se debió a un eventual deterioro del servicio causado por aumentos de costos que el Estado debía compensar y no lo hizo<sup>138</sup>. Esta actitud fue calificada además como trato injusto e inequitativo por parte del laudo<sup>139</sup>. Por otro lado, la auditoría que constató la baja de calidad del servicio omitió dar audiencia al concesionario, y una vez conocido el resultado de la misma, el Estado incumplió el deber de intimar al concesionario para que subsanara los defectos. Simplemente ordenó la rescisión de la concesión *inaudita parte*<sup>140</sup>.

En cambio, carece de arbitrariedad la decisión de rescindir la concesión por incumplimientos de la empresa debidamente acreditados. Es así como el laudo en *Malicorp* consideró ajustado a derecho el término de una concesión por atraso injustificado del adjudicatario en constituir la empresa nacional que estaría a cargo de la misma<sup>141</sup>.

Otra variante de la arbitrariedad y del tratamiento injusto e inequitativo ha sido la frustración de la confianza legítima del inversionista. Para este efecto, según se declaró en *Parkerings-Compagniet*, el inversionista debe acreditar que realizó su negocio confiando en una especie de promesa o garantía del Estado, explícita o implícita, de que el régimen de la inversión permanecería estable<sup>142</sup>. En el caso concreto, la empresa extranjera no logró acreditar esta base de confianza, razón por la que habría invertido a su propia cuenta y riesgo en un país que enfrentaba cambios políticos relevantes<sup>143</sup>. Debido a que tampoco logró probar que el cambio normativo le causaba un perjuicio discriminatorio, el Tribunal desestimó la alegación<sup>144</sup>. Además, el laudo aclaró que no toda esperanza de cumplimiento de un contrato de concesión por parte del Estado reviste una expectativa protegida por el derecho internacional. Lo usual es que la frustración de las mismas sea conocida por la justicia doméstica<sup>145</sup>.

Continuando con este tema, el laudo en *Pseg*<sup>146</sup>, sobre concesión de obra pública eléctrica, sostuvo que el trato injusto e inequitativo puede darse también en las negociaciones entre el Estado y el concesionario. Por ejemplo, en casos de omisión de respuestas frente a asuntos

<sup>136</sup> *Ibid.*, párr. 377.

<sup>137</sup> *Ibid.*, párr. 408.

<sup>138</sup> *Saur*, párrs. 402 a 405, y 430.

<sup>139</sup> *Ibid.*, párr. 506.

<sup>140</sup> *Ibid.*, párrs. 428 y 429.

<sup>141</sup> *Malicorp*, párrs. 142 y 143.

<sup>142</sup> *Parkerings-Compagniet*, párr. 330.

<sup>143</sup> *Ibid.*, párrs. 334 a 336.

<sup>144</sup> *Ibid.*, párr. 337.

<sup>145</sup> *Ibid.*, párr. 344.

<sup>146</sup> *Pseg Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi con República de Turquía* (Caso Ciadi N° ARB/02/5). Laudo despachado a las partes el 19 de enero de 2007.

controvertidos, dilación innecesaria de las tratativas, informalidad en las comunicaciones<sup>147</sup>, y abuso de autoridad para forzar renegociaciones sobre aspectos extralegales o no controvertidos<sup>148</sup>. Dicho trato se materializa también en el efecto “montaña rusa” que produce el cambio legislativo constante en relación con el estatus corporativo del proyecto (autorización-concesión), especialmente cuando no es incorporado como variable en las negociaciones<sup>149</sup>.

Por otro lado, la arbitrariedad también puede manifestarse en omisiones del Estado anfitrión. En *Wena*, por ejemplo, como se señaló *supra*, el Tribunal declaró la responsabilidad del Estado egipcio por omisión de proteger al inversionista confiscado temporal e ilegalmente por una empresa estatal. En particular, estas faltas configuraron una infracción de la obligación del tratado de brindar un “trato justo y equitativo” y una “protección y seguridad plena” al inversionista<sup>150</sup>.

En este punto, conviene detenerse en la pregunta de si los deberes de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plena” de la inversión, presentes en varios laudos de concesión de obra pública, son equivalentes o diferentes. Al respecto, resulta interesante el laudo en *Suez (responsabilidad)*, que luego de repasar algunos precedentes se adscribe a la opinión tradicional que sostiene que la relación entre ambas expresiones es de género a especie, de modo que la protección y seguridad solo se refieren a la integridad física de la inversión frente una posible interferencia mediante el uso de la fuerza<sup>151</sup>.

A renglón seguido, el mismo laudo contribuye a concebir la idea de trato justo y equitativo. Sostiene, en primer lugar, que su contenido depende del tratado de inversión y del marco normativo específico de la concesión. En particular, se entiende que este provee de una base de confianza legítima y objetiva en las reglas que rigen el devenir de la concesión, de modo que su alteración repentina produce una frustración de expectativas que, de no ser debidamente reparada, constituye una causal de trato injusto e inequitativo. Semejante base adquiere mayor solidez cuando la normativa contempla cláusulas especiales de estabilidad ante eventuales crisis del país anfitrión.

Es por esta razón que el Tribunal en *Suez (responsabilidad)* declaró como trato injusto e inequitativo, *inter alia*, la omisión de Argentina de revisar las tarifas de la concesión ante desequilibrios financieros inimpugnables al empresario, principalmente porque frustró la confianza legítima

<sup>147</sup> *Ibid.*, párr. 246.

<sup>148</sup> *Ibid.*, párr. 247.

<sup>149</sup> *Ibid.*, párrs. 250-251.

<sup>150</sup> *Wena*, párrs. 84 a 95.

<sup>151</sup> *Suez (responsabilidad)*, 160 a 179. En igual sentido, *Pseg*, 259. Ver también, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. con República Argentina* (Caso Ciadi N° ARB/03/17), párrs. 165 a 173. Laudo despachado a las partes el 30 de julio de 2010.

que el inversionista tenía en esa posibilidad por haber sido regulada expresamente<sup>152</sup>. Así también, el laudo en *Biwater* sostuvo que la omisión del Estado en nombrar un regulador independiente e imparcial para supervisar la relación de la autoridad con el concesionario infringió el deber de tratamiento justo y equitativo porque frustró las expectativas legítimas generadas por el tratado que así lo disponía<sup>153</sup>. Sin embargo, añadió que semejante frustración no merece compensación porque el regulador interino desempeñó su labor de modo imparcial, de modo que la frustración no produjo un agravio relevante<sup>154</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, para que la actuación del Estado sea declarada injusta o inequitativa, es preciso que la arbitrariedad de sus actos se extienda hasta la última instancia decisional; es decir, no es posible atribuirle a un Estado si sus tribunales han puesto fin a la actuación antijurídica del poder ejecutivo. Es lo que ocurrió, precisamente, en el caso *Flughafen*, donde el Tribunal arbitral estimó que la jurisdicción contencioso-administrativa actuó eficazmente para restablecer el Estado de derecho ante el acto invalidatorio de la concesión<sup>155</sup>.

#### b) Discriminación, ilegalidad y mala fe

Por su parte, según el laudo de *Saur*, la *discriminación* injusta del concesionario sería aquella que se impone “*sin que medie justificación, esté afectada por prejuicios raciales o sectoriales o dirigida específicamente a inversores extranjeros*”<sup>156</sup>, sin necesidad de probar adicionalmente un elemento volitivo reforzado o mala fe<sup>157</sup>. En igual sentido, el Tribunal en *Consortium* señaló que “*una medida será discriminatoria cuando el Estado trate una inversión más favorablemente que a otra, sea por un motivo político, sea en ausencia de motivos objetivos que justifiquen un tratamiento diferente*”<sup>158</sup>.

La desposesión *ilegal* es aquella que contraviene el ordenamiento jurídico interno. En *Flughafen*, el Tribunal estimó ilegal la decisión estatal de rescate de la concesión porque infringió una orden judicial de suspender dicho procedimiento administrativo, incurriendo de esta forma en una especie de desacato<sup>159</sup>. Además, la auditoría que sirvió de sustento a la decisión administrativa se desarrolló sin contradictoriedad alguna

<sup>152</sup> *Suez (responsabilidad)*, párrs. 237 y 238.

<sup>153</sup> *Biwater*, párr. 615.

<sup>154</sup> *Ibid.*, párr. 621.

<sup>155</sup> *Flughafen*, párr. 595.

<sup>156</sup> *Saur*, párr. 486.

<sup>157</sup> *Ibid.*, párr. 494.

<sup>158</sup> *Consortium*, párr. 97.

<sup>159</sup> *Flughafen*, párr. 521.

por parte del fiscalizado<sup>160</sup> y la medida adoptada fue desproporcionada e injustificada en relación con las infracciones menores detectadas<sup>161</sup>.

En cuanto a la eventual *mala fe* del acto de desposesión, la jurisprudencia reciente ha señalado que no es una condición necesaria para configurar el trato justo e inequitativo, aunque sí podría agravar la responsabilidad por el mismo<sup>162</sup>. En consecuencia, el único estándar exigible para la responsabilidad sería el de culpa infraccional, que admitiría causales de exculpación mediante el caso fortuito o la fuerza mayor.

Respecto de esto último, la parte demandada en *Saur* procuró exculparse de sus medidas expropiatorias invocando un estado de necesidad causado por emergencia pública, reconocida por ley, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Sin embargo, el Tribunal desestimó esta alegación, en primer lugar, porque no se logró acreditar un nexo causal entre el estado de emergencia que aquejó al país en 2002 y las medidas expropiatorias adoptadas en 2009<sup>163</sup>. Además, estas medidas habían sido objeto de un acuerdo transaccional que produjo cosa juzgada entre las partes<sup>164</sup>.

El estado de necesidad como causal de exculpación del Estado fue desestimado también en *Impregilo*. El Tribunal exigió acreditar: a) “*un conflicto irreconciliable entre un interés esencial, por una parte, y una obligación [internacional] del Estado que invoca la necesidad, por la otra*”<sup>165</sup>. Este interés podía consistir, por ejemplo, en la capacidad del Estado de responder a las necesidades fundamentales de su población<sup>166</sup>; b) una situación crítica en que el interés enfrente un peligro grave e inminente<sup>167</sup>; c) el Estado no debe haber contribuido suficientemente a la crisis aunque sea por simple error<sup>168</sup>; y d) el carácter irreconciliable del interés con la obligación significa que es imposible protegerlo sin incumplirla<sup>169</sup>. Si bien el laudo declaró que la necesidad de suministrar servicios de agua y desagües cloacales a la población constituía un interés esencial en peligro grave e inminente, declaró que el Estado no logró probar el criterio de la letra c)<sup>170</sup>. A su juicio, las políticas implementadas por la república demandada contribuyeron sustancialmente a su crisis porque hicieron que la economía del país “*se volviera vulnerable a crisis y presiones externas y socavaron la sustentabilidad de su modelo económico*

<sup>160</sup> *Ibíd.*, párr. 524.

<sup>161</sup> *Ibíd.*, párr. 527.

<sup>162</sup> *Azurix*, párrs. 368 a 372.

<sup>163</sup> *Saur*, párrs. 461 y 463.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, párr. 462.

<sup>165</sup> *Impregilo*, párr. 344.

<sup>166</sup> *Ibíd.*, párr. 346.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, párr. 347.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, párrs. 353 y 356.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, párrs. 351 y 352.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, párr. 353.

en los planos nacional y local<sup>171</sup>. Un criterio similar adoptó el laudo en *Suez (responsabilidad)*<sup>172</sup>.

Este último laudo descartó el estado de necesidad alegado por Argentina, además, por la ausencia de conflicto entre el interés esencial y la obligación internacional. A su juicio, era posible reconciliarlos mediante la adopción de medidas más flexibles que aseguraran una satisfacción eficaz del interés y sin afectar indebidamente los derechos del inversionista<sup>173</sup>. Así, por ejemplo, si interesaba mantener las tarifas, bastaba con liberar temporalmente al concesionario de sus compromisos de inversión o poner fin a la mora de los usuarios estatales en el pago de las tarifas. Asimismo, si la idea era proteger a los usuarios pobres, bastaba con eximir de las alzas tarifarias solo a ellos<sup>174</sup>.

En relación con la fuerza mayor como causal de exculpación, el laudo en *Aucoven*<sup>175</sup>, sobre concesión carretera, sostuvo que el hecho debe reunir el triple requisito de ser imprevisible, imposible de resistir y no atribuible a ninguna de las partes. Sin embargo, descartó la concurrencia del primer presupuesto en el caso concreto. Las protestas que impidieron el alza de tarifas no eran imprevisibles, porque ya era posible preverlas al momento de la negociación del contrato<sup>176</sup>.

Por regla general, los tratados establecen que un *pago efectivo y adecuado* representa el valor de mercado de la inversión expropiada, incluyendo intereses desde la fecha de expropiación, y el desembolso debe ser en moneda de libre convertibilidad<sup>177</sup>. En el caso *Flughafen*, por ejemplo, la desposesión fue declarada contraria al derecho internacional, en primer lugar, porque no compensó la pérdida de los derechos dimanantes del contrato. Una conclusión similar fue adoptada en *Saur*<sup>178</sup>.

##### 5. LOS TRIBUNALES LOCALES INCURRIERON EN DENEGACIÓN DE JUSTICIA AL CONOCER DEL RECLAMO DEL CONCESIONARIO

Finalmente, la responsabilidad internacional exige que los tribunales locales, conociendo de los reclamos en contra de la desposesión injusta, hayan denegado justicia al concesionario. Este requisito parece ser *sine qua non* pues, como se declaró en *Parkerings-Compagniet*, la omisión de

<sup>171</sup> *Ibid.*, párrs. 358 y 359.

<sup>172</sup> *Suez (responsabilidad)*, párr. 264.

<sup>173</sup> *Ibid.*, párr. 260.

<sup>174</sup> *Ibid.*, párr. 235.

<sup>175</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. ("Aucoven") con República Bolivariana de Venezuela*, Caso Ciadi N° ARB/00/5.

<sup>176</sup> *Ibid.*, párr. 116.

<sup>177</sup> Cfr. Acuerdos para el estímulo y protección recíproca de inversiones celebrado entre la Confederación Suiza y la República Bolivariana de Venezuela ("APRI Suiza-Venezuela"), suscrito el 18 de noviembre de 1993; y entre la República de Chile y la República Bolivariana de Venezuela ("APRI Chile-Venezuela"), suscrito el 2 de abril de 1993.

<sup>178</sup> *Saur*, párr. 413.

reclamar la supuesta infracción del contrato ante los tribunales nacionales significa que la empresa falló en probar que la actuación estatal fue antijurídica y que, incluso suponiendo que lo fuera, el derecho de reclamo de la empresa fue negado por la República de Lituania al punto de no brindar un tratamiento justo y razonable al inversionista<sup>179</sup>.

Bajo una perspectiva sustantiva, la denegación de justicia es concebida como una especie del género trato injusto e inequitativo. La sentencia en *Flughafen* establece que, para obtener una declaración de denegación de justicia, el demandante debe probar dos presupuestos: a. El trato dado por el Estado al inversor debe ser de una “*antijuridicidad clara y manifiesta*”; y b. el inversor debe haber agotado todos los recursos internos para impugnar una sentencia judicial injusta o probar que la interposición de estos recursos sería claramente fútil<sup>180</sup>. El inversor, sin embargo, queda exento de probar este elemento si acredita que el acceso a la justicia le fue negado o cuando existen demoras irrazonables en la decisión<sup>181</sup>. Un criterio similar fue adoptado en *Azinian*<sup>182</sup>.

En relación con la antijuridicidad clara y manifiesta, el Tribunal en *Flughafen* señaló como modalidad típica un atentado a los pilares esenciales del debido proceso judicial: el impedimento de acceder al tribunal, la afectación del derecho a ser notificado del procedimiento y de su desarrollo, y del derecho a ser oído o a proponer prueba. Además, la demora injustificada del litigio, la falta de motivación y de lógica jurídica de la sentencia, y la imposibilidad de ejecutar un fallo favorable<sup>183</sup>. Por el carácter esencial de estos vicios, *a contrario sensu*, no constituirían denegación de justicia los actos procesales que admiten fundamentos o interpretaciones legítimas, como la decisión de una Corte Superior de avocarse un asunto<sup>184</sup> o de poner fin a dicho avocamiento<sup>185</sup>. Como sostuvo el laudo en *Consortium*, tampoco equivale a denegación de justicia el mero silencio de la autoridad administrativa<sup>186</sup> o la simple negativa a acoger las reclamaciones contractuales del concesionario<sup>187</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal aclaró que no basta que los vicios denegatorios sean atribuibles a un simple error judicial sino que es necesario, además, la concurrencia de un elemento volitivo de aplicación maliciosa y torcida de la ley en contra del extranjero<sup>188</sup>.

En el caso concreto de *Flughafen*, el fallo arbitral calificó como denegatoria de justicia la sentencia del Tribunal Supremo de Venezuela que

<sup>179</sup> *Parkerings-Compagniet*, párr. 319.

<sup>180</sup> *Flughafen*, 635.

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 642.

<sup>182</sup> *Azinian*, párr. 101.

<sup>183</sup> *Flughafen*, párrs. 638 y 639.

<sup>184</sup> *Ibid.*, párrs. 671 a 674.

<sup>185</sup> *Ibid.*, párrs. 682 a 687.

<sup>186</sup> *Consortium*, párr. 94.

<sup>187</sup> *Ibid.*, párr. 95.

<sup>188</sup> *Flughafen*, párrs. 640 y 641.



entregó de oficio la gestión del aeropuerto que correspondía a la concesionaria –en virtud de un contrato celebrado con un Estado regional– al Poder Ejecutivo Nacional. A juicio del Tribunal, semejante actuación *sua sponte* infringía el principio de justicia rogada o dispositivo que regía el proceso<sup>189</sup>. Además, fue dictada sin oír no solo a la parte afectada (*inaudita parte*) sino a ninguna de las partes del juicio (*inauditis partibus*)<sup>190</sup>, y careció de toda motivación o justificación jurídica<sup>191</sup>. Si bien se fundó en la incapacidad de los litigantes de asumir el control del Aeropuerto, este argumento carecía de sentido estando dicha gestión a la sazón a cargo de una Junta Interventora<sup>192</sup>. La sentencia infringía también la Constitución venezolana, que reservaba el manejo de los aeropuertos únicamente a los Estados y no al Poder Central<sup>193</sup>.

En relación con el elemento volitivo, el fallo arbitral señaló que quedaba acreditado por la parcialidad del Tribunal Supremo en favorecer el traspaso de la gestión del Aeropuerto al Poder Central sin que ninguna de las partes o terceros lo hubiese pedido, con el fin político de reforzar las competencias del Poder Central en materia aeroportuaria<sup>194</sup>.

Por otro lado, respecto del agotamiento o futilidad de los recursos jurisdiccionales, el fallo arbitral sostuvo que era inútil la interposición de reclamaciones posteriores al dictamen supremo que entregó la gestión del Aeropuerto al Poder Central. En primer lugar, porque en contra de dicha sentencia no procede recurso alguno<sup>195</sup>. Segundo, la opción de continuar tramitando la impugnación del rescate de la concesión ordenado por el estado venezolano de Nueva Esparta no tenía sentido para ese entonces, pues ya se había dictado una ley que, en línea con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, entregaba la gestión de los aeropuertos al Poder Central. Este ya había asumido *de facto* dicha operación mediante la Sociedad Bolivariana de Aeropuertos. Por tanto, cualquier fallo favorable a las pretensiones del inversor sería inejecutable<sup>196</sup>.

<sup>189</sup> *Ibid.*, párr. 694.

<sup>190</sup> *Ibid.*, párr. 695.

<sup>191</sup> *Ibid.*, párr. 692.

<sup>192</sup> *Ibid.*, párr. 698.

<sup>193</sup> *Ibid.*, párr. 697.

<sup>194</sup> *Ibid.*, párrs. 700 a 707.

<sup>195</sup> *Ibid.*, párr. 713.

<sup>196</sup> *Ibid.*, párr. 711.

#### IV. REPARACIÓN ÍNTEGRA DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DESPOSESIÓN ANTIJURÍDICA DE LA CONCESIÓN

##### 1. DAÑO EMERGENTE

Un Estado tiene obligación de compensar al inversionista solo cuando su infracción del tratado causa daño. Como sostiene el laudo en *Biwater*, la infracción que no causa pérdida o daño no da origen a compensación<sup>197</sup>. Empero, en caso de existir daño, la reparación debe ser íntegra. Así lo reconoce el fallo de *Flughafen*, que eleva dicho criterio al rango de principio firme del Derecho internacional consuetudinario<sup>198</sup>. Señala además, siguiendo el criterio del Banco Mundial, que la reparación de un acto que expropia una concesión de obra pública es íntegra cuando “*equivale al valor de mercado del bien expropiado, valor que el titular podría haber obtenido, si lo hubiera enajenado justo antes de la fecha en que el Estado realizó la desposesión, o en la que la voluntad de expropiación trascendió al público (reduciendo el valor de mercado del bien)*”<sup>199</sup>.

Lo relevante de este criterio es que el valor se calcula conforme con un momento anterior a cualquier intervención estatal antijurídica que produzca un efecto de desvalorización del activo. Como señaló el laudo en *Saur II*<sup>200</sup>, siguiendo el criterio del tratado de inversión, el monto debe ser “*evaluado con relación a una situación económico [sic] normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión*”<sup>201</sup>. Por tanto, dicha situación se refiere a una en que el Estado “*no esté cometiendo ningún ilícito*”<sup>202</sup>. El laudo en *Suez (daños)*<sup>203</sup> adoptó el mismo criterio utilizando una analogía pedagógica<sup>204</sup>.

Según esta doctrina, el Tribunal en *Flughafen* rechazó la pretensión del demandado de reducir el valor de la indemnización atendida la desvalorización de la concesión producto de defectos regulatorios y de contexto. Sostuvo al respecto que un Estado “*no puede parapetarse alegando un envilecimiento sobrevenido de la inversión, generado por su propia actuación, y sin culpa del inversor*”, pues atenta en contra de la buena fe y

<sup>197</sup> *Biwater*, párrs. 807 a 808.

<sup>198</sup> *Flughafen*, párr. 746.

<sup>199</sup> *Ibid.*, párr. 747. Ver también *Impregilo*, párr. 361.

<sup>200</sup> *Saur International S.A. con República Argentina (Saur II)* (Caso Ciadi N° ARB/04/4). El laudo fue enviado a las partes el 22 de mayo de 2014.

<sup>201</sup> *Ibid.*, párr. 166.

<sup>202</sup> *Ibid.*, párr. 169.

<sup>203</sup> Por *Suez (daños)* nos referimos al Laudo que fijó el monto de la compensación en el mismo proceso.

<sup>204</sup> *Suez (daños)*, 36: “*Así como uno no evaluaría la pérdida de una casa en un incendio basado en el valor de mercado de la estructura quemada después del fuego, sino más bien evaluaría la casa justo antes de la ocurrencia de un incendio, este Tribunal debe iniciar su evaluación de lo que los demandantes han perdido como resultado de las acciones antijurídicas de Argentina en un punto en el tiempo justo antes de que tales acciones ocurrieran*”. La traducción es nuestra.

del principio de que nadie puede aprovecharse de sus propios actos en perjuicio ajeno. La compensación, por tanto, debía “*ser calculada como si tales actuaciones no hubieran tenido lugar*”<sup>205</sup>.

Ahora bien, ya que este cálculo supone un escenario hipotético, contrafactual, o “*but-for*” en relación con lo ocurrido, es preciso preguntarse qué acciones específicas debería haber tomado el Estado demandado para dar un tratamiento justo y equitativo a la inversión. Respondiendo esta pregunta, el laudo en *Suez (daños)* propone que dicho tratamiento conlleva el respeto de tres principios básicos. Primero, asegurar la provisión continua del servicio público concedido en el corto y largo plazo. Segundo, asegurar, por todos los medios razonables, la existencia continua de la entidad concesionaria. Tercero, incluso aunque las circunstancias impidan la aplicación estricta del marco regulatorio de la concesión, la autoridad debe orientarse por el espíritu básico e intención de las partes de la relación concesional, esto es, aquellos relativos a la colaboración público-privada en un *joint-venture* de largo plazo. Así, por ejemplo, una parte no debe tomar ventaja de las circunstancias que llevan a otra fuera del negocio<sup>206</sup>; antes bien, deben procurar una relación fluida, caracterizada por la comunicación abierta y un ánimo de solución conjunta de los problemas<sup>207</sup>.

Por otro lado, en el caso de afectación de la concesión por actos acumulativos, la doctrina acuñada en *Azurix* estableció como fecha de incumplimiento del tratado el día en que la autoridad puso fin a la concesión alegando abandono del concesionario, pues en tal caso las infracciones al tratado de inversión “*habían llegado a un punto decisivo*”<sup>208</sup>.

Precisando estas exigencias, el laudo en *Flughafen* sostiene que el valor de mercado debe entenderse como “*el precio en dinero que estaría dispuesto a pagar un hipotético comprador a un hipotético vendedor, estando ambos interesados en realizar la transacción, pero sin obligación de hacerlo, actuando de buena fe y de acuerdo con las prácticas del mercado, en un mercado abierto y sin restricciones, y disponiendo ambos de un conocimiento razonable del objeto del contrato y de las condiciones de mercado*”<sup>209</sup>.

Siguiendo este criterio de valor de mercado, el fallo arbitral desestimó la indemnización del daño emergente pretendida por el inversor extranjero en relación con los costos que asumió al preparar los planes estratégicos del Aeropuerto que le habían solicitado las compañías Operadora y de Servicios. En particular, estas pérdidas no eran imputables a actos de la autoridad sino a omisión de pago de esas compañías, no guardaban

<sup>205</sup> *Flughafen*, párr. 772.

<sup>206</sup> *Suez (daños)*, párr. 42.

<sup>207</sup> *Ibid.*, párr. 43.

<sup>208</sup> *Azurix*, párr. 418.

<sup>209</sup> *Flughafen*, párr. 748.

relación directa con la expropiación, y no formaban parte del valor de mercado de los bienes expropiados<sup>210</sup>.

Ahora bien, ¿es indemnizable el término antijurídico de una concesión de obra pública en la etapa preconstructiva? El laudo en *Pseg* sostuvo que sí, ya que “una inversión puede adoptar muchas formas antes de alcanzar la etapa de construcción, incluyendo sobre todo el costo de las negociaciones y otros trabajos preparatorios que llevan a la materialización del proyecto”<sup>211</sup>. Sin embargo, en tal caso, la compensación no está basada en los daños a los activos ni en el lucro cesante de la concesión sino en los gastos incurridos en la elaboración del proyecto<sup>212</sup>.

## 2. LUCRO CESANTE

En relación con el cálculo del lucro cesante, existe un método comúnmente aceptado de flujo de dinero descontado o DFC (*Discounted cash flow*), según el cual a los ingresos razonablemente esperables de una empresa cada año futuro se le descuentan los gastos esperables de cada año, para luego aplicar un descuento conforme a un factor que refleje el valor presente del dinero, la inflación esperada, y los riesgos asociados con dicho flujo bajo circunstancias realistas<sup>213</sup>. Además, el laudo en *Suez (daños)* precisó que el cálculo debe considerar el período original de la concesión, prescindiendo de su término anticipado<sup>214</sup>. Aclaró que si bien la contingencia de término impropio estuvo siempre presente, ese y otros riesgos forman parte de los elementos de juicio necesarios para hacer el cálculo de flujos durante todo el período<sup>215</sup>.

Con todo, según lo señalado en *Flughafen*, el cálculo del lucro cesante requiere ser complementado con elementos de juicio adicionales que eviten distorsiones, como el valor de empresas similares y las aportaciones hechas al negocio mientras estuvo bajo el control del inversionista<sup>216</sup>.

Un ejemplo de este tipo de precisiones es el que planteó el Tribunal en *Impregilo*, donde solo se resolvió compensar al inversionista extranjero por la pérdida de sus aportes de capital en la empresa nacional titular de la concesión. El laudo desestimó otorgar una compensación en función de las ganancias de la empresa concesionaria porque el demandante no logró acreditar que la empresa hubiese sido rentable de no mediar la interferencia de las autoridades y legisladores del Estado demandado<sup>217</sup>.

<sup>210</sup> *Ibid.*, párr. 755.

<sup>211</sup> *Pseg*, párr. 304.

<sup>212</sup> *Ibid.*, párrs. 316 y ss.

<sup>213</sup> *Flughafen*, párr. 781. La traducción del texto en inglés es nuestra.

<sup>214</sup> *Suez (daños)*, párr. 36.

<sup>215</sup> *Ibid.*, párr. 36.

<sup>216</sup> *Flughafen*, párr. 783.

<sup>217</sup> *Impregilo*, párrs. 379 a 381.

En igual sentido, el laudo en *Wena* desestimó compensar al inversionista por pérdida de utilidades, de oportunidades, y por costos de reinstalación, en atención a la falta de evidencia sólida que permitiera predecir el desarrollo futuro de los hoteles confiscados. Tampoco era claro que el inversionista contaba con capacidad financiera para renovar y operar esas obras antes de la expropiación<sup>218</sup>.

Por otro lado, en relación con la indemnización por incumplimiento de obligaciones internacionales que no constituyen expropiación, el laudo en *Azurix* señaló que la ausencia de parámetros normativos “reflejaba la intención de las partes de dejar en manos de los tribunales la determinación de tal medida según las circunstancias del caso”<sup>219</sup>, teniendo en cuenta los principios de derecho internacional y las disposiciones del tratado específico. En concreto, el Tribunal aceptó una indemnización basada en el valor real de la Concesión en el mercado, conforme con las inversiones efectivamente realizadas<sup>220</sup>, pero corregido a la baja por la imposibilidad de recuperar todo el canon en el período de la concesión producto de las tarifas acordadas y de las inversiones faltantes para alcanzar los objetivos de la misma. Además, sostuvo que el título de la indemnización es la responsabilidad por daño y no el enriquecimiento sin causa del Estado, razón por la que no basta la mera restitución de lo perdido<sup>221</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, es posible extraer las siguientes conclusiones relativas a las tendencias jurisprudenciales en materia de concesión de obra pública ante laudos del Ciadi:

1. La admisibilidad de las acciones interpuestas ante un Tribunal Ciadi deben cumplir con los siguientes requisitos: a) La pretensión consiste en el amparo de una concesión de obra pública vinculada directa o indirectamente a un inversionista extranjero; b) El acto que genera la responsabilidad internacional debe haber sido dictado por el Estado anfitrión de la inversión y parte en el tratado específico de protección de la misma; c) La concesión cuya protección se impetra debe haber sido otorgada con respeto al derecho doméstico del país anfitrión; d) El legitimado activo de la acción debe ser un inversionista que sea nacional de un país que ha celebrado un tratado de promoción y protección de inversiones con el país anfitrión de la inversión y adjudicador de la concesión. No obsta al carácter de legitimado activo el

<sup>218</sup> *Wena*, párrs. 123 y 124.

<sup>219</sup> *Azurix*, párr. 422.

<sup>220</sup> *Ibíd.*, párr. 425.

<sup>221</sup> *Ibíd.*, párr. 438.

- hecho que la sociedad inversionista tenga como accionista al Estado del que es nacional; y e) La pretensión intentada ante el tribunal arbitral debe ser diferente a la interpuesta ante tribunales locales o a la que ha sido objeto de transacción. Por otro lado, no constituye requisito *sine qua non* de admisibilidad el agotamiento de las vías internas de reclamación, a menos que sea una condición impuesta por el Estado.
2. Por su parte, para que la acción pueda ser acogida favorablemente en el fondo, se requiere el cumplimiento copulativo de los siguientes presupuestos: a) Interposición dentro de plazo; b) acreditar que el Estado desposeyó al inversionista del control o titularidad de la concesión; c) la desposesión debe ser causada por actos soberanos y no por prerrogativas contractuales, a menos que respecto de estas últimas el Estado haya operado de mala fe; d) la desposesión debe ser ajena al interés público, arbitraria, discriminatoria, ilegal o sujeta a un pago insuficiente o inoportuno. De esta forma, debe ser capaz de configurar un tratamiento injusto e inequitativo del inversionista; e) Los tribunales domésticos deben haber incurrido en denegación de justicia respecto del alegato de desposesión antijurídica.
  3. La reparación de los daños causados por una infracción a un tratado de protección de inversiones debe ser íntegra. Esto supone que el valor pagado equivale al precio de mercado del bien expropiado antes del inicio de los actos del Estado que pudieran afectar su valor. Este valor comprende el daño emergente y el lucro cesante calculado según la metodología de flujo de dinero esperado menos los gastos esperables de cada año con la debida corrección inflacionaria, ponderación de riesgos, y comparación con el valor de empresas similares, entre otros.



## La concesión de obra pública

---

### Aspectos jurídicos y económicos

---

**EL OBJETO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**

---

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

---

**25 AÑOS DE CONCESIONES (Y RENEGOCIACIONES) DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN CHILE**

---

**LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN INFRAESTRUCTURAS Y LA REFORMA DEL SISTEMA CONCESIONAL ESPAÑOL DE AUTOPISTAS DE PEAJE**

---

**EL DERECHO DE SOCIEDADES COMO VEHÍCULO DE REACTIVACIÓN, FOMENTO Y DESARROLLO DE LA FIGURA CONCESIONAL. LEY Nº 21.082, SOBRE “FONDO DE INFRAESTRUCTURA S.A.”**

---

**FONDO DE INFRAESTRUCTURA: LAS DUDAS FRENTE A INCONSISTENCIAS DE DERECHO PÚBLICO**

---

**EL ARBITRAJE EN LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

---

**LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ANTE EL CIADI**

---