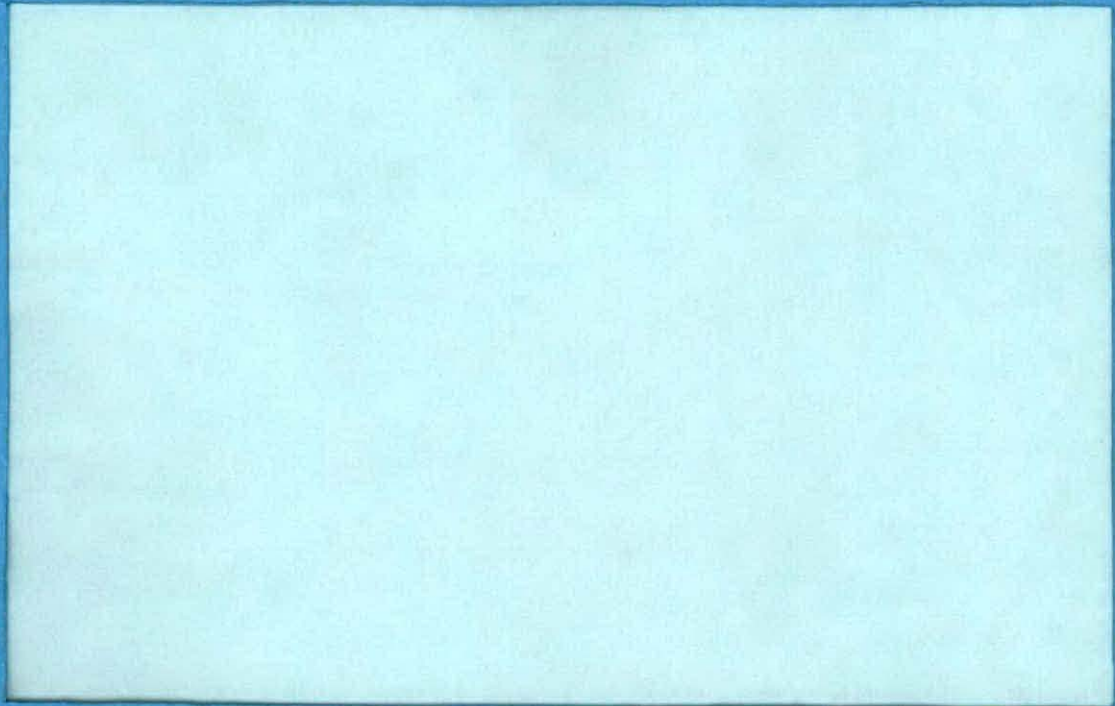


ESTUDIO MIQUEL LTDA.



15 DE DICIEMBRE DE 1998

ESTUDIO MIQUEL LTDA.

VERSIÓN DEFINITIVA

**DE INFORME SOBRE EL
MARCO JURÍDICO CHILENO PARA LAS
CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS
ANTE MODIFICACIONES O
FLEXIBILIZACIONES QUE PUEDAN
REQUERIR.**

15 DE DICIEMBRE DE 1998

ESTUDIO MIQUEL LTDA.

VERSIÓN DEFINITIVA DEL INFORME SOBRE
EL MARCO JURÍDICO CHILENO PARA LAS
CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS ANTE
MODIFICACIONES O FLEXIBILIZACIONES
QUE PUEDAN REQUERIR.

Texto de versión actualizada definitiva.

AUTOR ABOGADO	:	JUAN ENRIQUE MIQUEL M.
ABOGADOS COLABORADORES	:	CLAUDIO MORAGA K. RODRIGO MUÑOZ U.
ABOGADOS AYUDANTES INVESTIGACIÓN	:	OSCAR OEMICK C. DANIEL REY R.

15 DE DICIEMBRE DE 1998

PROPIEDAD INTELECTUAL DE ESTUDIO MIQUEL LTDA.

INDICE DE MATERIAS

	PRESENTACIÓN A LA VERSIÓN DEFINITIVA	8
	INTRODUCCIÓN	10
I.	ANÁLISIS HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS	14
	I.1. SISTEMAS LEGALES DE CONCESIONES PÚBLICAS EN CHILE.	14
	I.2. SISTEMAS JURÍDICOS DE CONCESIONES.	16
	I.2.1. Las concesiones de uso de bienes públicos	16
	I.2.2. Las concesiones de servicio público	16
	I.2.3. Las concesiones de Obra Pública	17
	I.2.4. Régimen municipal de concesiones	17
	I.2.5. Normativas especiales para ciertas concesiones en empresas públicas	18
	I.3. CREACIÓN Y OBJETIVOS DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA QUE IMPLEMENTAN LAS SUCESIVAS LEYES, REGLAMENTO, BASES DE LICITACIÓN Y CONTRATOS	19
	I.4. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL VIGENTE DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.	20
	I.4.1. Resumen de los principales contenidos de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, Decreto con Fuerza de Ley MOP Nº 850 de 1997, aplicables a las concesiones de obra pública.	20
	I.4.2. Funciones del Ministerio para la ejecución de las obras públicas.	20
	I.4.3. Ley de Concesiones de Obras Públicas.	22
	I.4.4. Reglamento de la Ley de Concesiones.	25
	I.4.5. Régimen contractual de las concesiones de obra pública.	25
	I.5. GENERALIDADES DEL MARCO LEGAL DE LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA.	26
	I.6. FLEXIBILIDAD DE LA LEY Y REGLAMENTO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.	26
	I.7. CONTRATO QUE INCORPORA LA LEGISLACIÓN Y REGLAMENTACIÓN VIGENTE AL MOMENTO DE PERFECCIONARSE.	26
	I.8. PRINCIPIO LEGISLATIVO “PRO CONCESIÓN”.	27

I.9.	ESTABLECE UN SISTEMA ESPECIALÍSIMO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	28
II.	ESPECIFICIDADES DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, EN RELACIÓN A OTROS SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y DE OTROS TIPOS DE CONCESIONES Y SERVICIOS PÚBLICOS.	32
II.1.	LA CONCESIÓN RECAE EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO, QUE TIENE UN ALTO INTERÉS SOCIAL.	32
II.2.	PROPIEDAD PÚBLICA DE LOS ACTIVOS.	33
II.3.	INVERSIÓN REGULADA, CALENDARIZADA Y BAJO CONTROL DEL ESTADO, CON INCUMPLIMIENTO SUJETO A UN RÉGIMEN SANCIONATORIO ESPECIAL.	35
II.4.	REGULACIÓN LICITATORIA Y CONTRACTUAL DE LA RENTABILIDAD DEL PROYECTO, RESULTANTE DE LAS OFERTAS EN FUNCIÓN DEL O DE LOS FACTORES DE COMPETENCIA QUE EL ESTADO PROMUEVE EN LA LICITACIÓN.	36
II.5.	FINANCIAMIENTO DE PROYECTO. GARANTÍAS Y SEGUROS PARA SU RESGUARDO.	37
II.6.	GENERACIÓN DE ÁREAS DE “INGRESO ASEGURADO”, DE RIESGO Y RENTABILIDAD PROPIAS DEL CONCESIONARIO Y LA INSTITUCIÓN DE LA “RENTABILIDAD COMPARTIDA”	40
II.7.	CONTRATO REGIDO, ENTRE LAS PARTES, EN MATERIAS SUSTANCIALES POR EL DERECHO PÚBLICO.	42
II.7.1.	Nulidad de derecho público de actos del contrato de concesión. . .	43
II.7.2.	Carácter de la Nulidad de Derecho Público en el derecho chileno. .	43
II.8.	CONTRATO QUE INCORPORA ADECUADAS FLEXIBILIDADES Y ESTÍMULOS.	44
II.9.	INCLUYE LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD PÚBLICA DE MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN. <u>IUS VARIANDI</u> . .	45
II.10.	LA LEGISLACIÓN ACOGE EXPRESAMENTE EL DERECHO DEL CONCESIONARIO PARA LA REVISIÓN DE TÉRMINOS DEL CONTRATO POR <u>“CAUSAS SOBREVINIENTES, QUE ASÍ LO JUSTIFIQUEN”</u>	46
III.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS	48
III.1.	RESPONSABILIDADES LEGALES Y CONTRACTUALES DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES.	48

III.2.	PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL FISCO, POR HECHOS PROPIOS Y DE SUS REPRESENTANTES.	49
III.3.	RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE LA LICITACIÓN Y CONTRATO, SEGÚN LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL, EN SU REGULACIÓN GENERAL APLICABLE A LOS CONTRATOS.	51
III.3.1.	Artículo 1545 del Código Civil	51
III.3.2.	Artículo 1546 del Código Civil	52
III.3.3.	Artículo 1556, inciso 1° del Código Civil	52
III.4.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA NORMATIVA DE LA LEY CONCESIONES	53
III.4.1.	Responsabilidad general derivada de las normas legales de concesiones.	53
III.4.2.	Artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones.	54
III.4.3.	Artículo 22 N° 3 de la Ley de Concesiones.	55
III.4.4.	Artículo 35. Responsabilidad del MOP por daño a terceros.	56
III.5.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU INTERVENCIÓN UNILATERAL, EN EL EJERCICIO DE FACULTADES POTESTATIVAS EN EL DESARROLLO DE LA CONCESIÓN.	56
III.5.1.	Conceptos generales.	56
III.5.2.	Normativas especiales de responsabilidad en el régimen legal de estas concesiones.	58
III.6.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON MOTIVO DE CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS QUE ALTERAN LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO Y ARRIESGAN O IMPIDEN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO INVOLUCRADO	58
III.6.1.	Planteamiento General.	58
IV.	RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.	60
IV.1.	RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN LA LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE.	60
IV.2.	RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN EL RÉGIMEN LEGAL CONCESIONAL.	60
IV.2.1.	Las obras se efectúan a entero riesgo del concesionario.	61
IV.2.2.	Traspaso al concesionario del riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor durante la fase de construcción.	63
IV.2.3.	Obligación de conservación de las obras, accesos, señalización y servicios en condiciones normales de su utilización.	64

IV.2.4.	El concesionario está legalmente obligado a prestar el servicio de modo continuo y en condiciones de absoluta normalidad.	64
IV.2.5.	Régimen legal y contractual sancionatorio de los incumplimientos del concesionario.	65
IV.2.5.1.	Multas.	65
IV.2.5.2.	Ejecución de garantías.	66
IV.2.5.3.	Otras instituciones sancionatorias.	66
IV.3.	RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE LA MATERIA Y TIPO DE OBRAS Y SERVICIOS QUE SON OBJETO DE LA CONCESIÓN.	67
V.	LA MODIFICACIÓN, REVISIÓN, CESIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS	68
V.1.	NORMAS LEGALES QUE REGULAN LAS POSIBLES MODIFICACIONES Y REVISIONES POR LAS PARTES DEL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.	69
V.1.1.	Por mutuo acuerdo, Artículo N° 20	70
V.1.1.1.	Momento y Objeto de la modificación contractual.	71
V.1.1.2.	Formas de convenir la compensación por las mayores obras pactadas.	71
V.1.1.3.	Requisito y solemnidades de la modificación contractual.	72
V.1.2.	Modificación potestativa del contrato fundada en razones de interés público, Artículo N° 19 incisos 1°, 2° y 4°.	72
V.1.2.1.	Momento y Objeto de la modificación contractual	73
V.1.2.2.	Formas de compensar por las mayores obras y servicios ordenados.	74
V.1.2.3.	Requisitos y solemnidades de la modificación contractual por orden basada en interés público.	74
V.1.3.	Revisión modificatoria del contrato fundada en causas sobrevinientes, Artículo N° 19, en especial su actual inciso 3°.	75
V.1.3.1.	Conceptos generales que fundamentan la revisión modificatoria del contrato por causa sobreviniente, que así lo justifique.	76
V.1.3.2.	Breve reseña histórica de la norma del Artículo 19, actual inciso 3° que admite la revisión modificatoria del contrato por causa sobreviniente.	78
V.1.3.3.	Objeto y Momento de la modificación contractual.	80
V.1.3.4.	Formas de compensar las causas sobrevinientes.	82
V.1.3.5.	Requisitos y solemnidades para el perfeccionamiento de la revisión modificatoria del contrato por causas sobrevinientes.	83
V.2.	NORMAS LEGALES QUE REGULAN EL CAMBIO DE SUJETO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN.	83

V.2.1.	Cesión de la concesión o de los derechos en la sociedad concesionaria.	83
V.2.1.1.	Transferencia de derechos en la sociedad concesionaria.	84
V.2.1.2.	Requisitos y condiciones para la cesión voluntaria de la concesión.	84
V.2.1.3.	Formalidad de la autorización de cesión voluntaria de la concesión.	86
V.2.2.	Cesión forzosa de la concesión.	86
V.2.2.1.	Declaración de incumplimiento grave.	86
V.2.2.2.	Causales por la que procede la declaración de incumplimiento grave	87
V.3.	NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA TERMINACIÓN DE LA CONCESIÓN.	88
V.3.1.	Término por mutuo acuerdo.	88
V.3.2.	Término por una causal especial de las bases de licitación.	89
V.3.3.	Trámite de terminación de la concesión.	89
VI.	INSTITUCIONES Y MECANISMOS JURÍDICOS ESPECIALES EXTERNOS A LAS PARTES QUE AFECTAN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA	91
VI.1.	SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN.	91
VI.1.1.	Causales en que procede la suspensión de la concesión.	91
VI.1.2.	Efectos de la suspensión de la concesión.	92
VI.1.3.	Requisito previo a la declaración de la suspensión de la concesión.	92
VI.2.	REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIERTOS HECHOS EXTERNOS QUE AFECTAN SU DESARROLLO.	93
VI.3.	EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR	94
VI.3.1.	Tratamiento del régimen legal de las concesiones al caso fortuito y fuerza mayor.	95
VI.3.1.1.	Durante la fase de construcción	95
VI.3.1.2.	Durante la fase de explotación	96
VI.3.1.3.	No hay norma legal para la asignación genérica de los riesgos del caso fortuito y la fuerza mayor en el período que media entre el perfeccionamiento del contrato y el inicio de la fase de construcción.	96
VI.3.1.4.	Para la identificación y cargo de los riesgos de caso fortuito y fuerza mayor predominan las disposiciones de las Bases.	97
VI.3.2.	Conclusión.	97

VI.4.	TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	98
VI.4.1.	Teoría de la Imprevisión derivada del derecho común.	98
VI.4.1.1.	Fundamentos teórico jurídicos.	98
VI.4.1.2.	Teoría de la Imprevisión en materia administrativa.	99
VI.4.1.3.	Condiciones de aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión.	99
VI.4.1.4.	Aplicación de la Teoría de la Imprevisión.	100
VI.4.2.	Conclusiones.	102
VI.5.	REVISIÓN DEL CONTRATO “POR CAUSAS SOBREVINIENTES, QUE ASÍ LO JUSTIFIQUEN.	103
VI.6.	CLÁUSULAS DE REAJUSTABILIDAD.	105
VI.6.1.	Procedencia de las cláusulas de reajustabilidad, en los contratos.	105
VI.6.2.	Reajustabilidad en moneda extranjera.	106
VI.7.	REVISIÓN DEL SISTEMA TARIFARIO.	108
VI.8.	SEGUROS DE CAMBIO.	109
VI.8.1.	Materia y objeto del seguro de cambio.	109
VI.8.2.	Los seguros de cambio y sus formas contractuales.	109
VI.8.3.	El seguro de cambio en los nuevos contratos de concesión	111
VI.8.4.	El seguro de cambio en los contratos de concesión vigentes ...	112
VII.	MEDIDAS GUBERNATIVAS PARA MODERAR O COMPENSAR EFECTOS ADVERSOS PROVOCADOS EN LAS CONCESIONES POR LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES DEL MERCADO FINANCIERO	113
VII.1.	FUNDAMENTO DEL ESTADO PARA GENERAR O IMPULSAR MEDIDAS DE MERCADO O ACCIONES ADMINISTRATIVAS PARA SUPERAR LAS CONTINGENCIAS FINANCIERAS	113
VII.2.	MEDIDAS O POLÍTICAS PÚBLICAS QUE INCIDAN EN MEJORAR LAS ACTUALES ADVERSAS CONDICIONES PARA FINANCIAR CONCESIONES	115
VII.2.1.	Del orden FINANCIERO.	115
VII.2.2.	Referidas al sistema y contratos de Concesiones de Obras Públicas.	117
VII.3.	REQUISITOS JURÍDICOS DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE FOMENTO DE CONDICIONES DE MERCADO PARA ASEGURAR DISPONIBILIDAD DE FINANCIAMIENTO.	118
VII.3.1.	Medidas o políticas de aplicación general.	118

VII.3.2.	Medidas o políticas a implementar deben ser igualitarias.	118
VIII.	MODIFICACIONES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL Y DE LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS FISCALES POR VÍA DE LEY NUEVA	119
VIII.1.	ASPECTOS GENERALES.	119
VIII.2.	MATERIA Y CARÁCTER DE UNA NUEVA LEY RESERVADA A LA INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE.	120
VIII.2.1.	Es materia de Ley de Iniciativa exclusiva del Presidente	120
VIII.2.2.	Naturaleza y carácter de una ley modificatoria	120
VIII.3.	CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS PARA QUE UNA NUEVA LEY MODIFIQUE EL RÉGIMEN LEGAL DE CONCESIONES Y, POR TRANSITIVIDAD, EL CONTRACTUAL DE ELLAS.	121
VIII.3.1.	Ley general y abstracta	121
VIII.3.2.	Ley igualitaria	122
VIII.3.3.	Ley no expropiatoria de derechos	123
VIII.4.	CONTENIDO SOBRE EL QUE PUEDE VERSAR UNA NUEVA LEY	124
VIII.4.1.	Régimen concesional de obras públicas	124
VIII.4.2.	Ámbito económico y financiero	125
VIII.5.	PROBLEMAS ACTUALES A CONSIDERAR AL FORMULAR UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFIQUE EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS O DEL ÁMBITO ECONÓMICO Y FINANCIERO.	125
VIII.5.1.	Plazos de dictación de una nueva ley	125
VIII.5.2.	Existencia de otras reivindicaciones sectoriales a considerar en la iniciativa o en su oportunidad	126
VIII.5.3.	Marco en que se hace imperativo legislar	126
IX.	A MODO DE CONCLUSIÓN	127
 ANEXOS :		
ANEXO N° 1.	TEXTO DEL DICTAMEN 041409, DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1994, DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA . . .	132
ANEXO N° 2.	TEXTOS LEGALES DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA HISTORIA DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.	135

PRESENTACIÓN A LA VERSIÓN DEFINITIVA.

Santiago de Chile, 15 de Diciembre de 1998.

En Septiembre el grupo de sociedades concesionarias de Obras Públicas encargó a estos abogados consultores, un **Informe sobre el Marco Jurídico Chileno para las Concesiones de Obras Públicas ante Modificaciones o Flexibilizaciones que puedan requerir**, ante las críticas condiciones que, por segunda vez en el año, presentaban los mercados de capitales, financieros, y cambiario, derivadas de la crisis asiática, que se generalizaba en el exterior y que al impactar en el país forzó medidas de las autoridades estatales responsables de las políticas monetarias, cambiarias y de las finanzas públicas.

Como consecuencia se produjeron periodos de agudos retiros de moneda nacional en busca de refugio en divisas, principalmente el dólar-USA, que provocaron falta de liquidez y alza en las tasas de interés. Por varios meses se ha paralizado el otorgamiento de créditos bancarios a concesiones nuevas y deteriorado seriamente el lanzamiento de Bonos de Infraestructura, instrumento que -el Gobierno y varias concesionarias- habían preparado en los meses anteriores, como medio de financiar parte de la inversión inicial o refinanciar a mediano y largo plazo concesiones en actual o próxima operación.

En Octubre se emitió un informe preliminar en derecho, para interactuar con los consultores de temas económicos y financieros de los concesionarios y para orientar sobre la naturaleza y tipo de medidas que el marco legal y contractual de las concesiones de obra pública permitía en esas circunstancias. Tras esas interacciones, el informe final se emitió el 15 de Noviembre, el que se distribuyó y analizó con el grupo de concesionarios y consultores, quedando cumplidos los términos de referencia contratados. Por sus objetivos, dicho informe se redactó en términos y lenguaje apropiado para su uso por ejecutivos y profesionales con formación en diversas disciplinas. También, incorporó materias e ideas relativas a esos mercados, analizando opciones que podrían requerir medidas legislativas y perspectivas de desarrollo de los contratos, que trascienden los términos habituales de un informe en derecho, adoptando la forma de un informe jurídico más amplio sobre el marco legal actual para el desarrollo de esos contratos y ante eventos externos que requiriesen modificarlos o flexibilizarlos.

Durante Noviembre y primeros días de Diciembre se han presentado situaciones propias de un mayor retorno a la normalidad en los mercados financieros y cambiarios, que se expresan en las tasas de interés aplicables y tipo de cambio. Se aprecia una mayor confianza en la estabilidad de la economía nacional, en el marco de las políticas aplicadas. También, se ha iniciado el lanzamiento de Bonos de Infraestructura por una primera empresa concesionaria y, al menos, al licitarse una concesión aeroportuaria, con inversión acotada, ha habido un alto número de ofertas competitivas.

Sin embargo, junto a esas buenas noticias hay otras que pueden afectar a futuro, como ciertas dudas sobre la estabilidad macroeconómica de un importante país latinoamericano o la severa caída del precio del cobre, que de prolongarse puede incidir mucho en la economía chilena y en los usuarios de concesiones. Por lo que hoy, nadie puede asegurar o vaticinar el término absoluto de los efectos que la crisis externa ha provocado en estos mercados en dos períodos del año 1998, ambos de varios meses.

Al escribir estas líneas tampoco se sabe que ocurrirá con las ofertas de la primera licitación de concesión vial del todo urbana, antes postergada por diversas causas.

Por todo ello, esta versión definitiva del informe, busca anotar hechos ocurridos en el período cercano a su elaboración final, sin pretender asegurar o garantizar el término total de las críticas condiciones que afectaron o puedan afectar a los mercados nacionales y a estas concesiones. Tampoco nos asiste el propósito de augurar o enfatizar la necesaria prolongación de esos efectos o la próxima repetición de nuevos ciclos de crisis. Simplemente, se complementa el informe para validar las opciones legales y contractuales del marco jurídico en comento, ante los hechos ocurridos o en la eventual prolongación de daños derivados de esas u otras causas o de otros nuevos, que afecten a concesiones o bien, para prevenirlos en las licitaciones y contrataciones futuras.

Estos énfasis temáticas se reflejan en estas palabras iniciales y en precisiones que se anotan en la Introducción y en el Capítulo IX, a modo de conclusión.

De otra parte, con la experiencia adquirida en diálogos con profesionales de diversas especialidades, hemos decidido reformular la exposición de la “**causa sobreviniente, que así lo justifique**” como fundamento de la revisión de elementos del contrato, según las normas del Artículo 19 de la Ley de Concesiones. La versión final del 15 de Noviembre, -como su introducción lo dice- agrupó las causas de revisión externas a las partes de la concesión, en un sólo capítulo, el **VI: INSTITUCIONES Y MECANISMOS JURÍDICOS ESPECIALES EXTERNOS A LAS PARTES QUE AFECTAN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA**, sistematizándolo en función de su causa jurídica.

Hemos apreciado que en esa sistematización pierde fuerza la presentación de ese factor de revisión cuando procede hacerlo por el mutuo acuerdo de las partes, que se expusieron en el Capítulo V de esa versión. Para enriquecer el análisis de esta causal y su aplicabilidad futura en el marco legal o contractual de estas concesiones, en este texto se le ha incorporado en las secciones V.1.3. y VI.5., desarrollando su tratamiento diferenciado para ambas situaciones; además, de revisar o introducir breves referencias en los otros Capítulos.

INTRODUCCIÓN.

Santiago de Chile, 15 de Noviembre de 1998.

El grupo de sociedades concesionarias de Obras Públicas ha solicitado este informe sobre la normativa legal y contractual del régimen de estas concesiones. La principal materia que se encarga definir son las alternativas legales y contractuales de que dispone el sistema concesional de obras públicas chileno para enfrentar eficazmente las particulares condiciones que ha presentado el mercado financiero nacional, durante meses y su incidencia jurídica en los contratos vigentes.

Por más de un semestre, en el sistema financiero nacional se ha configurado:

a) ***ausencia o indisponibilidad de liquidez:***

- para que los Bancos formulen ofertas, programas y condiciones de financiamiento directo, en particular a las concesiones que se encuentran al inicio de su fase de construcción, para la parte de la inversión que supera los valores comprometidos de capital propio por el grupo oferente que ha resultado adjudicatario en cada licitación, o
- para viabilizar la emisión de bonos de aquellas concesiones que, estando en fase de construcción con operación anticipada o de explotación parcial o total, deben o desean enfrentar el cambio de financiamiento inicial, por otro de largo plazo, o

b) ***muy elevadas tasas de interés*** que el sistema bancario aplica a las sociedades concesionarias que:

- disponen de financiamiento otorgado a tasa variable, o
- a aquéllas otras que inevitablemente deben reunirlos para cumplir las fechas definidas por su contrato *con plazo fijo o final*, sea para efectuar pagos contractuales al Estado o propios de la construcción, para asegurar los hitos de avances parciales o las puestas en servicio parciales o el total a que obligan la ley y contrato en los plazos fijos máximos obligatorios definidos.

En Chile, algunas de esas anormales e insuperables condiciones y circunstancias provienen de causas y medidas originadas en los mercados financieros mundiales que han repercutido en el país. Sin embargo, otras son consecuencia necesaria -directa e indirecta- de actuaciones y decisiones de autoridades monetarias y de las finanzas públicas, que han incidido temporalmente en las muy altas tasas de interés aplicables a la financiación de las concesiones, variando las existentes al momento de la oferta y contrato de varios de esos contratos.

Como un resultado del estudio y dialogo interdisciplinario de estas semanas en interacción con calificados ejecutivos y consultores especialistas económicos y financieros, a estos abogados informantes le ha surgido la convicción de que el tema del financiamiento de proyectos que requieren grandes montos de inversión aún no se encuentra debidamente resuelto en el mercado financiero nacional. Ello se deriva de limitantes propias del tamaño y desarrollo del sistema financiero en Chile, como porque no se ha dado continuidad a otros esfuerzos estatales destinados a ampliar los márgenes de financiación aplicables a estos efectos, como las que se manifestaron en las normas de la Ley N° 19.460 para aumentar la capacidad de crédito de los Bancos y otros institutos financieros.

De otra parte, es notorio que pese a la iniciativa y constante respaldo de los Ministerios de Hacienda y Obras Públicas, por meses y hasta ahora, han sido insuficientes las medidas para viabilizar y sustentar el éxito de los financiamientos mediante los BONOS DE INFRAESTRUCTURA en mercados externos e interno; si bien ello puede atribuirse al hecho fortuito de que las perturbaciones financieras mundiales y nacional han incidido en el momento del inicio del lanzamiento de unas 3 ó 4 emisiones preparadas. Ello puede cambiar en las próximas semanas en que se formalizarán una o dos de ellas, por lo que deberá seguirse, analizarse y sopesarse sus resultados.

Este informe ha sido encargado y aceptado en el contexto del régimen jurídico del sistema concesional de obra pública chileno. Así, él analiza y se refiere sólo a **las condiciones normativas generales** y al estudio de alternativas y tipos de medidas sectoriales genéricas, susceptibles de aplicar en el marco jurídico vigente del sistema de concesiones, o en el del mercado financiero, o de otras regulaciones o políticas generales del Estado o de mercado, que resulten pertinentes.

Por ello, no ha tenido por objetivo tratar casos individuales o categorías o programas similares de contratos de concesión; ni se pronuncia, ni busca proponer medidas sustantivas específicas para aplicar en algún caso individual. Sin embargo, en el se enuncian las condiciones generales de aplicación de normas legales de modificación o flexibilidad a los contratos vigentes o futuros.

Además, se analizan materias que, en nuestra opinión en derecho, por su naturaleza o alcance pudieren requerir de nuevas normas legales para implementar medidas o flexibilizar aspectos de los contratos, exponiendo los requisitos constitucionales y del derecho público que deberían cumplirse en su forma y contenidos.

Así, la exposición se centra en las normativas e instituciones legales, reglamentarias y de las cláusulas más habituales de los contratos vigentes, que regulan las posibles modificaciones o flexibilidad de las estipulaciones de estas concesiones, por las diversas causas y objetos jurídicos a los que se aplica. En cada punto de análisis y reflexión se procura precisar las condiciones, naturaleza, alcances y procedimientos que inciden en el régimen de las concesiones ya constituidas, que pueden ser propias:

1. del régimen legal y contractual aplicable a los contratos vigentes,

2. de actos de la Administración del Estado, generales o sectoriales específicos o de políticas y programas:
 - propiamente concesionales de obra pública,
 - del ámbito financiero, de los seguros, y cambiarios,
 - de financiación sectorial de entes públicos internacionales, que el Estado puede negociar e incorporar directamente o a través del sistema bancario,
3. de materias que deban ser objeto de normas de ley si se requiere modificar o flexibilizar el régimen jurídico, de modo permanente o temporal.

Finalmente, este informe también reflexiona sobre algunos elementos posibles de utilizar para reformular o agregar nuevas normas en las Bases de Licitación y, por ende, en futuros contratos de concesión, para resguardo de vacíos normativos.

Algunas instituciones y mecanismos jurídicos que la Ley de Concesiones estipula y regula de modo genérico, y que habilitan para normar y asumir contingencias especiales en las Bases, no se han usado o sólo se incorporan parcialmente en la práctica licitatoria y de los contratos. De este modo, queda aplicable la formulación básica de la propia Ley ante la ocurrencia de esos eventos. Uno de ellos, tal vez el más pertinente a la situación de tipo financiero en estudio, es la causal de revisión de factores del contrato **por causas sobrevinientes, que así lo justifiquen** contenida en el Artículo 19, inciso 3° de la Ley de Concesiones, que sólo se ha estipulado en contratos para revisar sistemas tarifarios en el tiempo. También se encuentra en la ausencia de más precisa regulación para distribuir los riesgos entre las partes del contrato, ante el caso fortuito y fuerza mayor en la etapa de construcción de las obras, que reconoce el Artículo 22 N° 2, el cual en las Bases de Licitación y contratos de concesión, se ha tratado de sustituir básicamente por el **seguro de daño catastrófico**, el que atiende mejor aspectos de las obras civiles, pero no incluye factores y elementos del régimen económico o financiero, de mayor incidencia actual.

También, se verifica la política del Estado de no incorporar en estos contratos las diversas variantes de seguros de cambios. Ya en la presente perspectiva de las condiciones de los mercados financieros de estos meses, el Estado ha incorporado una de sus forma para sólo una licitación en curso. En la Ley de Concesiones la facultad de otorgar esas cláusulas de seguros es amplia. Pero, en la anterior visión de suficiencia de los mercados de capitales y financieros chilenos, y abundantes divisas que fluían al país, no se requerían. En el nuevo contexto de la economía nacional y del menor flujo esperado de divisas se debería revisar cuidadosamente estos seguros, en especial para concesiones muy intensivas en capital y financiamiento, a la escala del tamaño de nuestra economía.

En esas carencias o insuficiente desarrollo del tipo contractual pueden haber incidido:

- el predominio de las consideraciones técnicas constructivas y de su servicialidad,
- o un olvido del carácter cíclico de las contingencias económicas y financieras,

- o la falta de prevención que genera un prolongado período de muy adecuadas condiciones macroeconómicas en el país, mantenidas por más de una década,

Sin embargo, el momento financiero parece obligar al país a reflexionar sobre mecanismos e instituciones jurídicas que permitan un uso más eficaz del instrumental legal vigente aplicable en los contratos, para generar adecuaciones sectoriales y de mercado a las actuales y futuras contingencias financieras extraordinarias, o bien, de modo alternativo o paralelo, si se estima por el Estado que las condiciones imperantes así lo requieren, podrán formular nuevas modificaciones legales destinadas a ampliar y mejorar el régimen jurídico concesional de obra pública o del mercado financiero en el corto y largo plazo.

Todos deseamos que las contingencias financieras se superen pronta y adecuadamente, lo que permitiría regularizar el desarrollo del sistema concesional y de cada uno de sus contratos que lo necesiten. Las sucesivas bajas dispuestas en las tasas de interés en el curso de estas últimas semanas y la estabilidad del tipo de cambio dentro de la banda fijada por el Banco Central de Chile, así parecen augurarlos. Sin embargo, la fuerza con que han incidido las perturbaciones financieras durante meses, pueden haber generado efectos dañinos que han roto o distorsionado el equilibrio económico propio de algunos contratos o demorado el financiamiento de otros, con consecuencias en el tiempo de cumplir sus obligaciones constructivas y de inicio de la explotación de la obra que paga el contrato.

En dichos casos, aún si se superan rápido y se estabilizan estas condiciones generales del mercado suelen presentarse hechos y consecuencias jurídicas perjudiciales a los contratos específicos, que el país, a la brevedad, debiera procurar superar y sanear al menor costo y daño posibles, para consolidar el sistema y sustentar mejor el logro de los objetivos nacionales propuestos en las diversas áreas de las infraestructuras públicas cuyo déficit y carencias se aspira a superar con este importante programa público.

Si bien este informe procura sustentarse con rigor jurídico, la naturaleza de las materias contractuales, de mercado y de políticas legislativas en comento nos han llevado a una exposición más amplia y en forma menos rígida que la de los informes tradicionales en derecho destinados a juristas y jueces de alta especialización, pues se desea que sea un instrumento útil al conjunto interdisciplinario de directivos, ejecutivos y profesionales del rubro concesional en los sectores privado y público y a los de entidades inversoras, financieras y otras vinculadas o relacionadas a esta naciente industria que enfrenta circunstancias especiales y extraordinarias.

El equipo profesional del informe se ha conformado por los abogados: Juan Enrique Miquel M., como encargado, contando con la colaboración de Claudio Moraga K. y Rodrigo Muñoz U., y como ayudantes de investigación Oscar Oemick C. y Daniel Rey R.

I.- ANÁLISIS HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

I.1. SISTEMAS LEGALES DE CONCESIONES PÚBLICAS EN CHILE.

En el país, desde el periodo colonial y hasta bastante avanzada la República, se utilizaron las tarifas de **peajes y pontazgos** como fuente de recursos para recuperar el costo de construcción de obras camineras y puentes de madera, por los privados y por el sector público. Una de las concesiones más importantes que se registra, durante la Gobernación de don Ambrosio O'Higgins, es la construcción de las variantes camineras de las Cuestas en las Haciendas de las familias "Lo Prado" y "Zapata", con que se modificó sustancialmente el trazado anterior del camino entre Santiago y Valparaíso, vía Melipilla, mejorándolo hasta uno muy parecido al actual que predomina desde fines de la década de 1960, que completó esa misma variante de trazado con túneles bajo las mismas cuestas. Posteriormente, se ejecutaron obras por concesión como el camino entre Valparaíso y Viña del Mar, y a comienzos de este siglo, su continuación a Con-Con bajo la misma modalidad. En Santiago una parte de la actual Avenida Las Condes tuvo ejecución inicial por concesión desarrollada por mineros para mejorar su acceso a faenas.

Antes de la llegada de los conquistadores españoles, entre los valles de los ríos Copiapó y los del Maipo y Rapel y sus afluentes, los indígenas habían construido y operaban canales de riego para su producción agrícola, que después usaron los colonizadores.

Durante toda la Colonia los particulares amplían las redes existentes o construyen otros nuevos. La única excepción de obra de riego que emprende el sector público en el periodo Colonial y que sólo se concluye 90 años más tarde, en plena República, es el Canal San Carlos, de unos 30 Kms. de longitud con 20 metros cúbicos de capacidad, para trasvasar aguas entre las cuencas del Maipo y del Mapocho. Así, hasta el primer cuarto del siglo XX la actividad particular dotó al país de una superficie del orden de las 670.000 hás. de riego seguro, y una cifra similar adicional con menos seguridad de disponibilidad del recurso.

Igualmente, desde la primera mitad del siglo pasado los primeros ferrocarriles se ejecutaron o se iniciaron con proyectos e inversión privados, al amparo de un estatuto jurídico que les concedía derecho de construir y explotar ese servicio público de transporte. Posteriormente, para estimular a los privados se les beneficia con franquicias tributarias, como exención o reintegro de tasas aduaneras pagadas por la importación de maquinarias, equipos y materiales para la construcción y explotación del ferrocarril e, incluso, se llega a otorgar hasta una exención temporal de pago de impuesto a la renta.

Sin embargo, avanzado este siglo los sistemas que propendían a la construcción directa de las obras públicas de diversos tipos por los privados, bajo el régimen jurídico de permiso o concesión de las obras públicas, cayeron en desuso por razones económicas, políticas y, finalmente, ideológicas. El Estado quedó como único encargado de la provisión y operación de las diversas infraestructuras públicas. Desde entonces y hasta esta

década, tanto en Chile como en el resto de América ha dominado la idea del Estado como responsable y ejecutor de la concepción, decisión, financiamiento, construcción, operación y gestión de las diversas infraestructuras públicas. Dicha noción llegó a su extremo entre las décadas de los años '50 y '70, con las ideas vigentes sobre el rol del Estado para promover el desarrollo y sustituir importaciones.

Desde los años '70 y '80 renacen ideas que visualizan disminuir el rol del Estado para dejar más espacio e iniciativa a los particulares, de modo tal que el sector público se concentre sólo en aquéllos aspectos y funciones inherentes que no pudieren ser satisfechas por los privados. De esta forma, durante parte de esas décadas se privatizó gran cantidad de empresas productivas y de prestación de servicios que, por diversas causas históricas, se encontraban en poder del Estado.

Específicamente, en materia de empresas que prestan servicios públicos, en los años '80 se inician procesos de privatización de activos estatales en áreas de telefonía, transporte urbano de pasajeros y compañías aéreas y, en especial, en la generación, transmisión y distribución eléctrica.

Por su parte, otras actividades de servicios, como el sector sanitario, se reestructuran cambiando su organización de servicios público de la administración centralizada, para dotarlas por ley de estatutos jurídicos especiales, de empresas de propiedad pública constituidas bajo un régimen particular de sociedad anónima, que admiten una cierta porción de sus acciones en particulares. Algo similar, se hace con la normativa del Metro de Santiago, si bien nada ocurre en ese sentido.

En cambio, en los diversos sectores de las obras públicas, si bien entre los años 1981 y 1983 se dictan normativas para las concesiones, sólo a partir de 1991 se reestructura un marco legal moderno y equilibrado, iniciando programas de inversión privada en puertos, caminos y aeropuertos, en especial sus terminales de pasajeros y, a veces, de carga.

Al ahondar algo más en cómo se ha llevado a cabo la transferencia de la gestión de servicios públicos o en construcción y operación de obras públicas desde el Estado hacia el sector privado, se encuentran distintas formas o modelos utilizados que van desde:

- La simple privatización formal de empresas públicas, que las transforman en sociedad anónima gestionadas como las privadas, si bien no existe transferencia de activos hacia los particulares (empresas sanitarias y Metro).
- La privatización de activos de sectores de la actividad nacional, como el transporte marítimo y aéreo, el automotor terrestre, las telecomunicaciones, la generación de energía y su distribución, etc. Por esta clase de privatización de activos públicos el Estado deja de producir bienes o de prestar directamente ese servicio público, asumiendo ahora funciones de regulación sectorial. Así, esos mercados quedan operados por privados, con control de una agencia -a menudo, denominada, Superintendencia- que fiscaliza su operación y vela por los intereses generales y de los usuarios.

- El otorgamiento de concesiones de servicios públicos, como variante del modelo anterior, significó otorgar licencias a privados para actuar puertos o en distribución de gas, entre otras.
- Contratos de gestión global de obras públicas, como redes viales secundarias, con pago por el Estado.
- Contratos de prestación de servicios dentro de un servicio público o empresa pública. Ej. Recolección de basura y aseo en Municipios o gestión de los servicios dentro de los aeropuertos tales como estacionamiento, aseo, salones especiales, locales comerciales, etc.

I.2. SISTEMAS JURÍDICOS DE CONCESIONES.

En general, en la legislación chilena, al igual que los demás países con aporte cultural latino, cuyas concepciones jurídicas se derivan del derecho romano, se distinguen tres tipos básicos de concesiones:

- I.2.1. Las concesiones de uso de bienes públicos**, que consisten en un **permiso** de la autoridad competente para que un particular utilice un determinado bien nacional de uso público o fiscal, acorde a su objetivo, naturaleza y su regulación sectorial. Ej. Concesiones de playa o las de litoral, base de los llamados “puertos privados”. Corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales y Municipios otorgar este tipo de concesiones.
- I.2.2. Las concesiones de servicio público**, que son un permiso administrativo, sobre un territorio operacional delimitado y por un tiempo determinado o indefinido, en condiciones de monopolio natural o de cierta competencia, en que el Estado regula el régimen normativo sectorial, el tarifario y las condiciones de operatividad para la prestación de dichos servicios, en función de su interés público o para regular su condición monopólica del prestador de servicios o ciertas exigencias de seguridad.

En general, el estatuto jurídico de estas concesiones se fija en leyes y reglamentos especiales según el tipo de actividad o materia sobre la que recae la concesión.

Entre las áreas de prestación de servicios bajo concesión cuyo rubro es monopólico, condición que generalmente se deriva de aspectos naturales del sector, se pueden citar los servicios de distribución de agua potable y alcantarillado. En otras áreas existe una condición de interés público o de riesgo que las hace ser reguladas y obliga a las empresas operadoras a requerir de autorización previa y control de seguridad por el Estado, como lo es la distribución de gas licuado.

En esta clase de concesiones, los activos que prestan los servicios públicos bajo concesión pueden ser de propiedad estatal, en todo o parte, o pertenecer a la empresa privada que los opera, como ocurre hoy en telefonía y electricidad.

En la experiencia chilena, en todos los servicios públicos que se prestan mediante concesionarios, **los activos son de plena propiedad privada**, incluyéndose expresamente las obras, equipos e instalaciones básicas para la producción o generación de los bienes y aquellos otros, necesarios para la entrega a los usuarios de los bienes o servicios sobre los que recae la concesión, tal como ocurre con las empresas del sector eléctrico, de telecomunicación, gas, transporte urbano u otros.

I.2.3. Las concesiones de Obra Pública destinadas a su construcción, conservación, operación y explotación, viabilizadas por las reformas legales de las leyes ampliatorias y modificatorias N° 19.068 de 1991, N° 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, que dieron origen al DFL MOP N° 164 de 1991, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LEY DE CONCESIONES, y al DS MOP N° 900 de 1996 que lo actualiza, que trataremos en el cuerpo de este informe.

El único régimen jurídico de carácter general aplicable a las concesiones de obras públicas vigente en Chile se contiene en esa normativa del Ministerio de Obras Públicas. En las diversas modificaciones ampliatorias que ha tenido estos años, por extensión creciente se le ha hecho aplicable a otros ámbitos de las obras públicas o de interés público, que incluye aún a aquéllas bajo tuición y competencia de otros entes públicos, incluso de los más descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio.

I.2.4. Régimen municipal de concesiones

La Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, regula las concesiones municipales, los que pueden otorgar:

- **Permisos** para el uso de Bienes Nacionales de Uso Público o Municipales. Por su naturaleza, por lo general el permiso es asimilable al concepto de "concesión de uso público". Los otorga el Alcalde, según el Artículo 56 letra g). El más conocido de ellos es el "permiso para uso de calles", con fines comerciales.
- **La concesión municipal.** No se encuentra sustantivamente definida ni regulada por la citada Ley de Régimen Municipal. Se otorgan por el Alcalde, con acuerdo del Concejo Municipal. De modo amplio se usan para las diversas actividades de su competencia y, en particular, sobre obras de vialidad urbana de su dependencia.

La reforma de la Ley N° 19.425 de 1995 sobre Concesiones Municipales en el Subsuelo de los Bienes Nacionales de Uso Público amplió y fortaleció el régimen concesional municipal al otorgarle algunos elementos a su régimen contractual que exige licitación pública. A la fecha se han perfeccionado seis concesiones de estacionamientos subterráneos en las comunas de Santiago, en que operan 2 y en Valparaíso. Se encuentran otras adjudicadas y en fase de contrato en la comuna de Providencia.

I.2.5. Normativas especiales para ciertas concesiones en empresas públicas:

En esta década se han dictado otros dos cuerpos legales que incluyen normas sobre concesiones para el ámbito de actividad de las respectivas empresas públicas.

- **EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO, EFE.**

El primer estatuto especial que permite concesiones, asimilable a las de obras públicas, aparece en la modificación del estatuto jurídico de EFE, efectuado por Ley N° 19.170 de 1992. El texto actualizado de la Ley Orgánica de EFE, se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1993 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, del 30 de Junio de 1993, publicado en el Diario Oficial el 3 de Agosto de 1992.

Esa Empresa queda facultada para cumplir su objeto social mediante **contratos, concesiones y sociedades**, siempre que se ejecuten por licitación pública. Estas concesiones no tienen regulación especial que resulte adicional al objeto social fijado y al particular estatuto jurídico que rige a dicha empresa, en especial a las normas que prohíben financiamiento estatal adicional a ella, excepto tres situaciones muy reguladas.

- **EMPRESA PORTUARIA DE CHILE, EMPORCHI.**

Más reciente es la dictación de la Ley N° 19.542 del 9 de Diciembre de 1997, publicada el 19 de ese mes y año en el Diario Oficial, Edición N° 35.944. Ese cuerpo legal dispone el término de la empresa de carácter nacional, subdividiendo los puertos públicos fiscales que integraban su patrimonio en 10 empresas regionales autónomas, que han estado siendo reguladas por diferentes reglamentos.

Ellas están facultadas para cumplir sus objetos sociales mediante la licitación y contratación de concesiones. Atendida la naturaleza de los bienes públicos y las funciones a desarrollar en la actividad portuaria, sus concesiones se asemejarán a los diversos tipos de ellas antes reseñados. Ellas pueden versar sobre la prestación de los distintos tipos de servicios de transporte marítimo que atienden dichos puertos, o asumir modalidades de construcción de nuevos sitios en los puertos fiscales, o reconstruir otros existentes o ampliar obras o sus infraestructuras de apoyo y sobre los equipamientos que se requieran.

Cabe hacer constar que para la actividad de ambas empresas públicas, al igual que en otros rubros, sería posible utilizar la normativa de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, pues las Leyes N° 19.252 y N° 19.460, ampliaron su ámbito de aplicación al fijar

el concepto del Artículo 39 del DS MOP 900/96. El Artículo regula los **convenios de mandato** mediante los cuales cualquier otro ente público puede encargar al MOP la concesión de obras y de los servicios que prestan, sujetándolos enteramente en lo sustantivo, procedimientos y formas a las regulaciones de la Ley de Concesiones.

I.3. CREACIÓN Y OBJETIVOS DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA QUE IMPLEMENTAN LAS SUCESIVAS LEYES, REGLAMENTO, BASES DE LICITACIÓN Y CONTRATOS.

Para no distraer la atención del tema central del informe, expondremos en resumen, algunas conclusiones de los principios y mecanismos jurídicos que la legislación de concesiones de obras públicas ha desarrollado entre los años 1991 y 1996, a través de las Leyes N° 19.068 de 1991, N° 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, que dieron origen sucesivo al DFL MOP N° 164 de 1991, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LEY DE CONCESIONES y al DS MOP N° 900 de 1996, que contiene su texto actualizado.

Los principales principios y mecanismos jurídicos que incorporaron los sucesivos cuerpos legales, son:

- Asegurar la participación privada en la inversión y gestión de servicios públicos de alto interés nacional, social y económico;
- Generar un sistema moderno de concesiones que sea otorgada por el Estado (acto administrativo potestativo) con carácter contractual reforzado, para asegurar en su otorgamiento, y periodo de su vigencia, un equilibrio entre las partes en sus derechos y obligaciones, para lo que se establecen instituciones jurídicas y mecanismos de aseguramiento, resguardo y defensa del concesionario ante actos del Estado, legales o arbitrarios;
- Crear y ampliar el área de obras y servicios de participación privada en la inversión y operación de la Infraestructura Pública;
- Equilibrar los intereses del Estado concedente y co-contratante, con los del concesionario y el de los usuarios;
- Permitir una mejor focalización de la inversión o gasto público en programas prioritarios del Estado, incluso para invertir en infraestructura pública de alta rentabilidad social o nacional, pero carente de interés a privados;
- Asegurar las condiciones del régimen concesional y disminuir los riesgos de los proyectos de cada contrato para viabilizar su financiación, en las condiciones del mercado mediante aportes, pagos o subsidios, seguros o garantías del Estado, que permitan el menor costo posible, con el objeto social de viabilizar las menores tarifas posibles;
- Viabilizar el régimen concesional para recibir y asegurar inversión y financiamiento privado, nacionales o externos.

I.4. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL VIGENTE DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

El actual régimen de concesiones de obras públicas chileno se contiene en:

- El **DFL MOP N° 850** de 12 de Septiembre de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 36.000 de 25 de Febrero de 1998, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206 de 1960, Ley de Caminos, y demás leyes modificatorias posteriores.
- **Ley de Concesiones, que contiene el Decreto Supremo N° 900**, de 31 de Octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 35.644 de 18 de Diciembre de 1996, que actualiza el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991;
- El Decreto Supremo MOP N° 240 de 1991, **Reglamento de la Ley de Concesiones**.¹

I.4.1. Resumen de los principales contenidos de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 850 de 1997, aplicables a las concesiones de obra pública.

Este cuerpo legal define las competencias y facultades propias del Ministerio y de sus servicios dependientes para la ejecución de las obras públicas mediante el contrato de obra pública y regula esta particular modalidad de su ejecución como concesión de obra pública. Además, sus normas básicas se aplican en el sistema concesional; en la fijación de las competencias de la Dirección General de Obras Públicas y de los diversos servicios operativos dependientes del Ministerio; en las materias objeto del contrato de concesión, su ejecución y desarrollo; en ciertas regulaciones especiales de los caminos, accesos a ellos, servidumbres y en materia de Policía de Caminos, propiamente tal, y respecto de las facultades y formas de actuar en obras en puertos, aeropuertos, riego y edificación pública.

En particular se destaca la siguiente de tipo general del DFL MOP N° 850 de 1997, que resulta aplicable a las concesiones:

I.4.2. Funciones del Ministerio para la ejecución de las obras públicas.

- Su **Artículo 1º**, define las funciones del Ministerio al prescribir que:
“El Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo

¹Por más de un año se encuentra en trámite de aprobación, ante la Contraloría General de la República, el texto de un nuevo Reglamento de la Ley de Concesiones, que adecua dicho cuerpo reglamentario a las normas legales contenidas en las Leyes N° 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996.

coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los Artículos 2º y 3º de esta Ley”.

- Sus Artículos 11, 12 y 13 definen la creación, organización, facultades y funciones de la DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS como entidad ejecutora del Ministerio.

El Artículo 13, a su vez, expresa que dicha Dirección General estará formada, entre otras, por las DIRECCIONES OPERATIVAS DE ARQUITECTURA, RIEGO, VIALIDAD, OBRAS PORTUARIAS Y AEROPUERTOS.

- Por su parte, los actuales Artículos 15, 16, 17, 18 y 19 definen los objetivos y competencias de las Direcciones Operativas antes mencionadas.
- **Expropiación para las obras públicas.**

Los Artículos 3º letra a), 14, letra e) y 105 del DFL MOP N° 850 establecen las normas que contiene la declaración general de utilidad pública para habilitar las expropiaciones de los terrenos que se requieran para ejecutar las obras públicas. El ejercicio de estas atribuciones radica en el Director General de Obras Públicas y en la Fiscalía, quedando los servicios operativos del Ministerio encargados de preparar los proyectos y sus implicancias técnicas para determinar los alcances y desarrollar las funciones de expropiación.

- **La concesión de obra pública como modalidad del contrato de obra pública, en la Ley Orgánica del MOP.**

Esta Ley define, regula y califica las formas y modalidades que asume el contrato de obra pública, una de las principales instituciones del derecho administrativo.

Entre otras de sus modalidades, su Artículo 86, atendiendo a la forma de su perfeccionamiento distingue entre los contratos que se adjudican:

Por propuesta pública, por trato directo, por cotización privada, por administración y por administración delegada, regulando esa misma disposición los casos en que estas modalidades especiales proceden.

Por ello, el actual **Artículo 87º del DFL MOP N° 850/97**, prescribe que:

“Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales

destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en ningún caso puedan ser superiores a 50 años”.

“La reparación, o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este Artículo”.

“Asimismo podrán otorgarse concesiones para la explotación, que incluyan reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, según corresponda, de obras ya existentes, o de terrenos u obras comprendidos en las fajas de los caminos públicos, con la finalidad de obtener fondos para la construcción de otras obras nuevas que se convengan, respecto de las cuales no exista interés privado para realizarlas conforme a las normas relativas al sistema de concesiones, regulado por el Decreto Supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas”.

- También, el actual **Artículo 88° del DFL MOP N° 850/97** estipula que:

*“La ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el Artículo 87° de esta ley, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, **se regirán por las normas del DS N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, su Reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto”.***

I.4.3. Ley de Concesiones de Obras Públicas.

El DFL N° 164 y su Reglamento, el DS MOP N° 240 de 1991, regulan todos los aspectos y procedimientos preparatorios, licitatorios y precontractuales del contrato de concesión, incluyendo, la formación del consentimiento, sus solemnidades, objeto, riesgos, plazos, su término y transferencia a terceros, etc. Sin embargo, cabe consignar que tanto la normativa legal como la reglamentaria hacen remisión de numerosas y amplias facultades de la Administración para fijar en las Bases de Licitación y, por ende, en cada contrato de concesión, los contenidos y alcances de las obligaciones y derechos que comprende cada proyecto que se licita, otorga y contrata bajo el modo de obra pública en concesión.

Un breve resumen histórico muestra que estas concesiones, en su forma moderna, se incorporan en la legislación de las obras públicas mediante la **Ley N° 18.060 de 1981**, que introdujo modificaciones a las Leyes N° 15.840, Orgánica del MOP y de Caminos (DFL MOP N° 206 de 1960), facultándose, además, al Ejecutivo a dictar un Decreto con Fuerza de Ley que regulase el régimen jurídico de las obras públicas por concesión, que también debería ser suscrito por el Ministro de Hacienda. Esta normativa legal especial fue dictada

en 1982 bajo la forma del **DFL MOP N° 591** promulgado el 28 de Octubre de 1982, que sólo se publica en el Diario Oficial al año siguiente, el que por diversas circunstancias conceptuales y económicas no se aplicó nunca a ninguna obra.

En 1990, el Ejecutivo decide incrementar la inversión fiscal en infraestructura pública y, en paralelo, posibilitar la inversión y gestión privadas en las obras públicas. Con ese objeto, prepara un proyecto de ley para modificar y ampliar las regulaciones del texto vigente a esa fecha. Entre sus objetivos centrales se busca:

- Modernizar las normas para disminuir el desequilibrio de potestades, derechos y obligaciones entre los co-contratantes: Estado y privado;
- Permitir un mejor sistema de licitación y adjudicación;
- Abrir el sistema a las iniciativas privadas de nuevas obras;
- Introducir normas más equitativas y dinámicas que permitan ampliar y mejorar las obras y servicios a futuro, sea por causa de interés público o por mutuo acuerdo, estableciendo la obligación de compensar los costos adicionales y de indemnizar los perjuicios que se produjeran;
- Para disminuir los riesgos en estos contratos, técnica y económicamente complejos, se incorpora la norma que permiten revisar aspectos tarifarios y de su reajuste en los contratos **por causas sobrevinientes, que así lo justifiquen;**
- Para garantizar estabilidad y acceso al financiamiento se disminuyen las incidencias de la quiebra y de las causales de terminación anticipada del contrato y se autoriza la cesión de la concesión bajo ciertas reglas, y la constitución en garantía sobre los ingresos de la concesión, previa autorización Ministerial;
- Crear un sistema -muy excepcional, en el derecho público chileno- de Conciliación que resuelva ciertos conflictos entre las partes, o para que, a elección del concesionario, pueda referirse a los tribunales superiores con un procedimiento especial sumario.

Dicho proyecto, con aprobación unánime en su trámite parlamentario, se convierte en la **Ley N° 19.068**, del 3 de Julio de 1991, la que se publica en el Diario Oficial, Edición N° 34.016, del 13 de Julio de 1991. Esa ley, por ser modificatoria y ampliatoria del régimen anterior, faculta al Presidente de la República para dictar un texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones.

De este modo se promulga el **DFL MOP N° 164, el 22 de Julio de 1991 y se publica en el Diario Oficial, Edición N° 34.060 del 4 de Septiembre de 1991**, constituyendo el texto de la **Ley de Concesiones**, bajo la cual se inicia el proceso de licitación de las obras viales y aeroportuarias licitadas en esta década.

Como consecuencia de la experiencia práctica adquirida, el Ejecutivo define nuevas ideas para ampliar y perfeccionar el sistema, presentando un proyecto de ley que, tras una nueva aprobación unánime, origina la **Ley N° 19.252, promulgada el 11 de octubre de**

1993 y publicada en el Diario Oficial, Edición N° 34.695, del día 20 de Octubre de 1993. Sus principales contenidos amplían o perfeccionan las regulaciones sobre:

- Los factores del contrato y de la adjudicación de la concesión;
- Las iniciativas privadas de proyecto;
- Normas más expeditas para casos de licitación pública internacional;
- Garantía de los ingresos de la concesión;
- Eliminación de la quiebra como causal de término de la concesión;
- Posibilidad de financiamiento parcial o total de las expropiaciones por parte del Estado;
- Ampliar el ámbito de aplicabilidad de este régimen de concesión, por la definición conceptual de lo que debe entenderse por "obra pública", para efectos de esta Ley.

Bajo el régimen legal precedentemente descrito, entre los años 1994 y 1996 se licita, adjudica y perfecciona el régimen contractual de un conjunto relevante de concesiones viales y aeroportuarias, entre las que se cuentan: el Camino de la Madera y el Acceso Norte a Concepción en la Octava Región, el camino Puchuncaví-Nogales en la Quinta Región; la Autopista Santiago - San Antonio, en las Regiones Metropolitana y Quinta; los terminales aeroportuarios de Puerto Montt e Iquique y los dos primeros sectores del programa por concesión de la Ruta 5 entre La Serena y Puerto Montt, que corresponden a los contratos de los tramos Talca-Chillán y de Santiago-Los Vilos. En cada una de estas licitaciones y contratos de concesión se incorpora un Dictamen del Servicio de Impuestos Internos, que precisa la normativa tributaria aplicable, para equiparar los efectos de las normas generales a estos contratos muy particulares.

Luego, a fines de 1994 los Ministerios de Obras Públicas y Hacienda formulan un nuevo proyecto de ley, que no sólo busca ampliar y perfeccionar el régimen legal de las concesiones de obras públicas, sino también preparar el marco legal y contractual ante los nuevos programas de obras mayores como el de la Ruta 5 y las de vialidad urbana.

Además, para viabilizar el interés de inversores extranjeros y mejorar las condiciones de financiación adicional que requieren las concesiones, el proyecto de ley modifica las normativas propias de las Leyes Tributarias de los decretos leyes N° 824, de la Renta, y N° 825, sobre el IVA, ambos de 1974, y de la Ley de Bancos, para aumentar la cobertura de créditos que las instituciones bancarias pueden otorgar a este tipo de proyectos.

Así, se dicta la Ley N° 19.460 del 27 de Junio de 1996, publicada el día 13 de Julio de 1996 en el Diario Oficial, Edición N° 35.515. Sus disposiciones transitorias facultan nuevamente al Ejecutivo para refundir el texto del DFL MOP N° 164 de 1991 y **se autoriza de modo detallado a las sociedades concesionarias y adjudicatarias para que voluntariamente opten por acogerse al nuevo régimen legal de las Concesiones y a la normativa tributaria dispuesta en ella.**

El 31 de Octubre de 1996 se dicta el **D.S. N° 900 del Ministerio de Obras Públicas**, que se publica en el Diario Oficial, Edición N° 36.000, del 18 de Diciembre de ese año, que fija el texto refundido y sistematizado del **DFL. MOP N° 164 de 1991**, y de las modificaciones ampliatorias introducidas por las **Leyes N° 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996**.

I.4.4. Reglamento de la Ley de Concesiones.

El Reglamento de la Ley de Concesiones, corresponde al **Decreto Supremo MOP N° 240**, del 30 de Septiembre de 1991, promulgado en el Diario Oficial, Edición N° 34.239, del 8 de Abril de 1992, aún vigente hasta la fecha, pese a que varias normas legales posteriores lo modifican directamente.

Hacemos constar nuestra opinión en el sentido de que las normas del Reglamento integran cada uno de los contratos de concesión perfeccionados, en los términos en que sus disposiciones se encontraban a la fecha de su perfeccionamiento, razón por la cual la dictación de un nuevo cuerpo reglamentario de la Ley de Concesiones debiera contener mecanismos destinados a otorgar una opción para los concesionarios que quieran acogerse a ese nuevo reglamento, en reemplazo, del antiguo.

I.4.5. Régimen contractual de las concesiones de obra pública.

En lo que respecta al contenido particular de cada concesión de obra pública fiscal, su marco legal y reglamentario se adiciona, además, con el correspondiente decreto supremo de adjudicación, que manifiesta la voluntad del Poder Público en orden a otorgar una concesión a quien ha resultado adjudicatario del respectivo proceso de licitación, en las condiciones en que su oferta técnica y económica ha resultado adjudicada, en función de los contenidos fijados en las Bases de la Licitación y proyectos de la concesión que la integran y de las Circulares Aclaratorias y Modificadorias que el Ministerio emite en ese proceso.

Por último, el contrato de concesión no tiene un texto separado, sino que el marco normativo contractual de cada concesión de obra pública se contiene en el cúmulo de estipulaciones, términos y declaraciones contenidos en las Bases de Licitación, sus Circulares Aclaratorias y en la Oferta de quien resulte adjudicado y cumpla las solemnes formalidades de perfeccionamiento del contrato. De este modo, en cada caso quedan fijadas las regulaciones de las materias más relevantes del contrato, tales como plazo, régimen de tarifas, seguros de tráfico, derechos y obligaciones del concesionario, garantías, contenido de las obligaciones constructivas, de mantenimiento y conservación y de operación, etc.

I.5. GENERALIDADES DEL MARCO LEGAL DE LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA.

Su régimen jurídico se encuentra inmerso en el contexto de la facultades legales, reglamentarias, administrativas y técnicas del estatuto normativo del Ministerio de Obras Públicas. Este se encuentra inmerso en el sistema jurídico constitucional y del derecho público y supletoriamente, en el derecho de tipo general aplicable a los contratos, vigente en el país al perfeccionarse los contratos de cada concesión.

Admite la aplicabilidad del derecho privado a las sociedades concesionarias en sus relaciones con terceros y con el Estado y los usuarios, excepto en aquellas materias específicas que la ley regula y sujeta a la normativa y principios del derecho público.

I.6. FLEXIBILIDAD DE LA LEY Y REGLAMENTO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

En atención al amplio tipo de obras y a las muy variadas condiciones de mercado y tiempos en que ella puede aplicarse, la ley y el reglamento derivan la definición de numerosas especificidades a la normativa de bases, para adecuarlas a las condiciones de dichos negocios.

I.7. CONTRATO QUE INCORPORA LA LEGISLACIÓN Y REGLAMENTACIÓN VIGENTE AL MOMENTO DE PERFECCIONARSE.

Este principio, que tiende a dar estabilidad al régimen legal y contractual para proteger al concesionario de cambios legales adversos, se consagra principalmente en el Artículo 1° de la Ley de Concesiones y en el DS MOP N° 240, su Reglamento, en los Artículos 1°, incisos primero y segundo y 2°.

“Artículo 1°: El presente Reglamento fija las normas específicas para la ejecución, reparación o conservación de Obras Públicas Fiscales por el sistema establecido en el Artículo 87° del Decreto Supremo MOP N° 294, de 1984, las licitaciones y las concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, en virtud de las normas generales del DFL MOP N° 164, de 1991”.

Este Reglamento formará parte integrante de los contratos de concesión celebrados por el Ministerio de Obras Públicas en virtud de las normas señaladas en el inciso primero del presente Artículo.

DEL CONTRATO Y NORMAS QUE LO RIGEN.

“Artículo 2º: Los contratos de concesión a que se refiere el Artículo anterior, se regirán por:

- a) El Decreto Supremo MOP N° 294, de 1984, [hoy, DFL MOP N° 850/97 que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley 15.840, y del DFL N° 206 de 1960;
- b) El DFL MOP N° 164, de 1991; [hoy, DS MOP N° 900/96]
- c) El presente Reglamento;
- d) Las correspondientes Bases de Licitación y sus aclaraciones;
- e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la licitación, en la forma aprobada por el MOP;
- f) El decreto de adjudicación respectivo y el propio Contrato”.

Además, la normativa legal y reglamentaria, expresamente, se incluye como parte integrante en todas las Bases de Licitación y en el decreto supremo de adjudicación de cada concesión, por lo que debe recordarse y destacarse, que ambos instrumentos conforman el respectivo contrato de cada concesión.

I.8. PRINCIPIO LEGISLATIVO “PRO-CONCESIÓN”.

La evolución de la legislación y de ciertas actividades de la Administración han generado un principio jurídico subyacente, pero bastante explícito, destinado a viabilizar estas concesiones, ampliando y mejorando las normativas sobre la experiencia que se adquiere, en una lógica que crea un sistema legal “PRO-CONCESIÓN”.

Confirman dicho interés público materializado para consagrar y expandir el sistema concesional, tanto las leyes ampliatorias y modificatorias del régimen concesional, N° 19.069 de 1991, N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996, como la evolución de los contenidos regulatorios de las Bases de Licitación, y el alcance de los actos de promoción y resguardo del sistema que emprenden las autoridades del Estado y funcionarios encargados, como por ej. El evento de lanzamiento de los Bonos de Infraestructura, con patrocinio oficial de las más altas autoridades del Estado.

Así, numerosos temas del régimen jurídico y del económico y financiero se incorporan y amplían en esas leyes sucesivas, tales como, posibles aportes o subsidios estatales; garantías recíprocas de las partes; sistemas de seguros que objetivan riesgos; establecimiento de un régimen legal que faculta, y obliga al Estado, a someter ciertos actos a la autorización, y a resolver los conflictos mediante Conciliación y Arbitraje; facultad estatal de modificar el contrato por causa de interés público o mutuo acuerdo; obligación del Estado de compensar e indemnizar en esos casos; de revisar el equilibrio de obligaciones y derechos en favor del concesionario por “*causa sobreviniente*” y en el tratamiento del IVA, de la normativa especial para el caso de quiebra, cesión de la concesión, garantías a acreedores a partir de los flujos de la concesión y hasta la creación de la prenda especial.

Más aún, para afianzar el sistema concesional, antes de la licitación de proyectos de mayor inversión, la Ley N° 19.460, de 1996 incluyó entre las disposiciones de sus Artículos 2° y 3°, la expresa adecuación de las normativas aplicables del régimen tributario del IVA y de la Renta, a fin de garantizar a la inversión externa la estabilidad de la normativa tributaria, que antes se hacía por Dictamen del Director del Servicio de Impuestos Internos.

Además, expresamente se modificó la Ley Bancos, con el objeto de ampliar el cupo de financiamiento que cada Banco puede comprometer en un contrato de concesión, en ciertas condiciones.

También, en las sucesivas Bases de Licitación han evolucionado positivamente varias figuras contractuales de modo que resulten más ventajosas para el sistema concesional, pudiendo destacarse las materias de seguro ante ciertos riesgos, como, seguros de catástrofe para eliminar riesgos del concesionario; de ingresos mínimos para viabilizar el financiamiento; y últimamente una primera figura contractual del seguro de cambio.

Además, para mejorar el financiamiento, se ha incorporado progresivamente la devolución más rápida del IVA de la construcción.

I.9. ESTABLECE UN SISTEMA ESPECIALÍSIMO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

La legislación, bases de licitación y contratos estipulan el único régimen legal del sector público en que el Estado está obligado a someterse a conciliación y arbitraje respecto de su co-contratante y, además, deben someterse a su aprobación numerosos actos administrativos como requisito previo para su validez, tales como multas de cierto monto, suspensión de la concesión y otros.²

Sin embargo, la mayor excepción al contenido general del derecho público lo constituye la actual forma que ha llegado a asumir, en las sucesivas reformas legales, con un texto actual, de claro y expreso contenido, referido a la institución y a mecanismos definidos para la Conciliación y Arbitraje al que se autoriza y obliga el Estado; a las facultades y atribuciones genéricas y específicas que le otorga y los mecanismos especiales en que debe participar, regulados por diversas normas específicas, tales como las que se consagran en los Artículos 19 incisos 1° y 3°, 20, 26, 28, 29, 30, 36 y 37 de la Ley de Concesiones. La mayor parte de ellas son excepcionalísimas y únicas en el derecho público chileno.

El Artículo 36 crea dichas Comisiones, define su alcance, les otorga facultades genéricas de Conciliación y Arbitraje, regulando su funcionamiento en dicho carácter. Además, la constituye en Tribunal Especial para el tratamiento y resolución de ciertas materias

² Artículos 19 incisos 1° y 3°, 20, 26, 28, 29, 30 y 37 de la Ley.

administrativas, que pueden ser contenciosas o no contenciosas. Analizaremos sus principales atribuciones y particularidades:

- La norma del Artículo 36, establece un sistema no usual ni admitido en el derecho público que autoriza y faculta al Ministerio tanto para concurrir a un mecanismo conciliatorio y lograr acuerdo en él, como para someter a arbitraje, de carácter arbitrador, la resolución de conflictos jurídicos en que participa la Administración.
- El sistema de conciliación y arbitraje es aplicable de modo general y amplio a los temas del contrato. Así su inciso primero, dispone:

“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 elevarán 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. A falta de acuerdo, este último será designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

- Sin embargo, debe constar que el Artículo preserva otras formas de actuar del sistema público y judicial, ya que su inciso octavo y final, dispone:

“Lo dispuesto en este Artículo es sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República”.

- Composición tripartita y procedimientos de la Comisión Conciliadora y Arbitral.

“Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. La Comisión deberá determinar sus normas y procedimientos, debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten; y deberá establecer, en cuanto se designen sus integrantes, el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte”.

La ley faculta expresamente a esta Comisión para fijar sus procedimientos, con lo que le da las facultades de arbitro arbitrador, en la forma. Ello no tiene nada de especial en la fase de conciliación. En cambio, para la etapa propiamente arbitral, le otorga la condición y facultades resolutorias expresas de los árbitros arbitradores. Todo esto es también muy excepcional en el derecho público en que debe aplicarse los procedimientos procesales fijados por las leyes y el fallo dictarse de conformidad con el Derecho.

- Procedencia obligada de la Conciliación:

Dispone el inicio de su inciso 3°:

“Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes”.

- Derecho opcional del concesionario de recurrir al arbitraje si no hay Conciliación.

Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el primer caso, la Comisión actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendrá el plazo de 30 días para fallar, plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno.

La Comisión Arbitral esta expresamente autorizada por la norma legal para suspender la aplicación de medidas del Ministerio objeto de reclamo, mientras ella decide:

“Planteada la reclamación ante la Comisión y a solicitud del reclamante, ella podrá decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a la que dicha reclamación se refiera”.

- **Procedimiento judicial alternativo aplicable a sola elección del concesionario.**

El inciso 6° regula el procedimiento si la sociedad concesionaria prefiera actuar ante los Tribunales Superiores, par lo cual la Ley 19.068 de 1991 eligió un procedimiento sumario y expedito. La ley 19.460 eliminó ciertas condicionantes de él.

“En el evento de que el concesionario interponga el recurso ante la Corte de Apelaciones, éste se tramitará conforme al procedimiento establecido en los Artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y a las disposiciones que se señalan a continuación:

1° no será exigible la boleta de consignación.

2° el traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas”.

- Efectos de la No interposición de recurso arbitral o judicial por el concesionario.

Una vez concluida la fase de Conciliación sin acuerdo, si el concesionario no convoca a la Comisión para que falle como Comisión Arbitral, ni interpusiere recurso ante la Corte de Apelaciones, quedará firme la resolución o decisión del Ministerio.

- **Tribunal Administrativo legal especial.**

Si bien lo anterior define las facultades genéricas expresas de la Comisión Conciliadora o Arbitral, en el texto de la ley hay varios Artículos que le asignan facultades específicas, como tribunal especial, que debe ser oído o pronunciarse para dirimir contiendas entre las partes o para convalidar actos importantes. Ellos son:

- Suspensión de la concesión, según Artículos 26 y 30;
 - Previo a aplicar multas de cierto monto, y reclamación ante otras menores, Artículos 29 y 30;
 - Extinción de la concesión, 27;
 - Abandono de la concesión, 37;
 - Compensaciones ante el No acuerdo de las partes en inversiones adicionales de los Artículos 19 incisos 1° y final y 20;
 - Definición y regulación subsidiaria de la causa sobreviniente, y para la revisión de los factores contractuales correspondientes, según la definición legal o de las Bases y el contrato, sólo en el evento de controversia entre las partes, según lo dispuesto en el Artículo 19, en especial su inciso 3°.
- Terceros autorizados a participar en procedimientos en la Comisión.

Como un derecho muy especial se ha facultado a los acreedores de la sociedad concesionaria que tengan constituida a su favor la prenda especial de concesión de obra pública, establecida en esa ley, para serán admitidos en los procedimientos ante esa Comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes.

II.- ESPECIFICIDADES DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, EN RELACIÓN A OTROS SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y DE OTROS TIPOS DE CONCESIONES Y SERVICIOS PÚBLICOS.

El régimen jurídico de las concesiones de obras públicas chileno se diferencia tanto de los diferentes modos con que el Estado cumple las mismas funciones cuando las obras son construidas y los servicios prestados directamente por él, como cuando se trata de actividades propiamente privadas, en las que el Estado no regula ni interviene en las inversiones, ni en la calidad de las obras o de los servicios.

Entre dichas particularidades especiales del régimen concesional chileno de obras públicas cabe destacar:

II.1. LA CONCESIÓN RECAE EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO, QUE TIENE UN ALTO INTERÉS SOCIAL.

Por ello, la Ley y el Reglamento generan la obligación legal de prestación ininterrumpida del servicio de la obra y de la no discriminación a los usuarios que cumplan o se allanen a cumplir las normativas y tarifas.

Así, diversas normas legales y del Reglamento disponen la obligatoriedad de construir, reconstruir o conservar las obras en los plazos contractuales bajo el riesgo de severas sanciones de multa e, incluso, de aplicación de otras figuras especiales sancionatorias, como el abandono de la concesión y la causal de cesión forzosa o de extinción del contrato, por incumplimiento grave. Además, otras normas establecen la obligatoriedad de los servicios, tales como:

“ARTICULO 24 [Ley de Concesiones]. El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.”

“Artículo 51° [Reglamento]. La obra entregada en concesión es un servicio público, por lo cual el concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente, sin discriminación de ninguna especie a los usuarios, siempre que éstos cumplan con las condiciones del servicio y con el pago previo de las tarifas autorizadas en el Contrato de Concesión.”

Esto contrasta con las diversas actividades privadas productivas, en que sus propietarios no se encuentran obligados, ni por ley ni por contrato, a todo evento a ejecutar obras, acciones o prestar servicios. En los periodos de crisis o de incertidumbre de las condiciones del mercado financiero o, incluso, ante el riesgo de mayor demora de venta de sus productos, los empresarios privados, en general, tienen derecho pleno a diferir o

dejar sin efecto sus proyectos de inversión, y reducir, graduar o suspender su propia actividad operativa.

Por su parte, el mismo Estado en la construcción de obras públicas y en su obligación de mantenerlas y conservarlas para la prestación de sus servicios, en periodos de crisis o incertidumbre financiera, si bien por regla general mantiene los contratos vigentes, aún cuando puede flexibilizar los plazos de su ejecución o de sus pagos, habitualmente suspende el inicio de nuevos contratos de obra. Ejemplos palpables e indiscutibles de ello se encuentran en las tres reducciones ya efectuadas a los items de inversión del Presupuesto Fiscal del año 1998 en los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo. Más aún, el mismo efecto se ha producido en el proyecto de Presupuesto Fiscal para el año 1999, enviado por el ejecutivo al H. Congreso, en que para esos mismos Ministerios se contemplan disminuciones de la inversión que alcanzan niveles elevados, cercanos al 17%. Es decir, atendidas las circunstancias extraordinarias de orden financiero, para el Estado es legítimo reprogramar, diferir o postergar, sin fecha, la ejecución de obras públicas que implican nuevas inversiones suyas directas.

En cambio, los únicos obligados a construir y prestar servicios según los supuestos y estipulaciones elaborados antes de la existencia o percepción de condiciones extraordinarias, son los concesionarios de obras públicas, los concesionarios de servicios públicos básicos y algunos pocos casos adicionales de otras concesiones, como las que pueden resultar de las portuarias que incorporen plazos para la ejecución de obras.

II.2. PROPIEDAD PÚBLICA DE LOS ACTIVOS.

En los caminos en concesión de obra pública se tratará siempre de Bienes Nacionales de Uso Público, o tendrán título de bienes fiscales, en los aeropuertos. Pero, a todo evento, en el régimen legal de las concesiones de obras públicas la propiedad de los bienes raíces que se adquieran o incorporan a la concesión, y de las obras, equipos e instalaciones que se integran en ella no se constituyen en “activo del concesionario”, sino del Estado.

Si bien el Artículo 15 de la Ley de Concesiones, de su Capítulo IV sobre la Adquisición, Expropiación y Limitaciones de la Propiedad Privada, dispone que los bienes de la concesión pasan a dominio del Estado al término de la concesión, en la correcta teoría y en la práctica del derecho aplicable, ello no es así:

“ARTICULO 15. Los bienes y derechos que adquiera el concesionario, a cualquier título y que queden afectos a la concesión, no podrán ser enajenados separadamente de ésta, ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin el consentimiento del Ministerio de Obras Públicas, y pasarán a dominio fiscal al extinguirse la concesión.” ...

En efecto, por su naturaleza jurídica las concesiones sobre caminos, que son Bienes Nacionales de Uso Público o de otras concesiones que recaen en bienes fiscales, el dominio pleno de esas obras, bienes y derechos que le sirven pasan a dominio público, desde el momento de su construcción o instalación sea por adherencia o destinación.

Lo acreditan tanto las normas que hacen aplicable la devolución del IVA de la construcción que efectúa el Fisco-MOP como propietario de las obras, como las normas de Bases de Licitación que regulan la adquisición de tierras para la construcción de las obras que efectúa la sociedad concesionaria, la que se reconoce sólo después de certificada la correspondiente inscripción de dominio con vigencia en favor del Fisco.

Conceptualmente en derecho, el dominio público sobre los bienes de la concesión no es un problema de mayor envergadura jurídico o económico. Más aún, precisamente por que los bienes que sustentan la existencia de la concesión son públicos, y los derechos y obligaciones del titular se ejercen y cumplen sobre bienes y funciones públicas, es que se ejecutarán, operarán y explotarán por dicho privado, llamado concesionario.

Por lo demás, el valor de liquidación de los bienes raíces que conforman un camino será -en lo general y en el saldo final- mucho menor que el costo de su expropiación y debiera resultar en el mercado menor que los flujos que genere un proyecto de su tarificación por concesión.

Sin embargo, ello produce numerosos problemas para financiar las concesiones, que requieren inversión relevante en obras, instalaciones y equipos en la fase inicial, ya que a la sociedad concesionaria no le es posible constituir garantías reales sobre los bienes que administra en tal virtud. Así, se pueden identificar dos líneas constantes de la evolución de la legislación y de los contratos de concesiones de obras públicas para superar la severa limitante al financiamiento de los proyectos de concesión que representa este concepto:

- reconocer que las concesiones sólo requieren del denominado *financiamiento de proyecto*, es decir uno que se valore y justifique en función de los flujos de ingresos, rentabilidad y riesgos que la inversión producirá, y
- la reiterada necesidad de aumentar, ampliar y mejorar las garantías que el concesionario puede otorgar a terceros financistas o garantes de su financiamiento.

Ambos temas se analizan entre las instituciones y mecanismos normativos legales y contractuales que se estudian más adelante.

II.3. INVERSIÓN REGULADA, CALENDARIZADA Y BAJO CONTROL DEL ESTADO, CON INCUMPLIMIENTO SUJETO A UN RÉGIMEN SANCIONATORIO ESPECIAL.

A diferencia de otras concesiones, aquéllas que se regulan por el DS MOP N° 900 de 1996, tratan habitualmente sobre la forma y los plazos en que debe ejecutarse la inversión privada, exigiendo un cronograma de trabajo y otras obligaciones complementarias que deben ser respetadas inexorablemente, so pena de aplicarse las multas que al efecto dispongan las Bases de Licitación respectiva.

La Ley de Concesiones se encarga de otorgar las atribuciones necesarias al Ministerio de Obras Públicas, actuando básicamente a través de la Inspección Fiscal de la Concesión y del Director del servicio correspondiente o del Director General de Obras Públicas.

Es así como existen las siguientes normativas legales, que el Reglamento y los contratos detallan minuciosamente:

ARTICULO 18. *“Tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación.”*

“CAPITULO VIII: De la Inspección y Vigilancia de la Administración

ARTICULO 29. *Corresponderá a la dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra. En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales. Sin perjuicio de lo anterior, el concesionario podrá recurrir a los mecanismos a que se refiere el Artículo 36 de esta ley.”*

Por su parte, las Bases de Licitación disponen de la regulación detallada sobre el desarrollo de la inversión, a través de la fijación del plazo de inicio de la construcción, las declaraciones de avance efectivo de obras y, por lo mismo, de inversión real efectuada en distintos momentos dentro del plazo de construcción, plazos máximos para las puestas en servicio de los diversos tramos geográficos en que se divide la concesión, etc.

Adicionalmente, durante la etapa de explotación, las Bases de Licitación se encargan de precisar los tipos de controles, seguimientos y mediciones que deberán efectuarse ininterrumpidamente de modo tal de concordar sus resultados con los programas de conservación de la concesionaria de la infraestructura vial y servicios dados en concesión.

II.4. REGULACIÓN LICITATORIA Y CONTRACTUAL DE LA RENTABILIDAD DEL PROYECTO, RESULTANTE DE LAS OFERTAS EN FUNCIÓN DEL O DE LOS FACTORES DE COMPETENCIA QUE EL ESTADO PROMUEVE EN LA LICITACIÓN.

Ello se produce por la lógica de preparación de las concesiones mediante:

- Estudios de negocios, que analizan los costos de las obras, el valor de los terrenos a adquirir, los costos de cambios de servicios y otros que componen **la inversión** para estimar la que requerirá ejecutar el proyecto; análisis de demanda y disposición al pago; consideración de las condiciones imperante en el mercado financiero, de garantías y de seguros, para definir los costos propiamente financieros de cada proyecto que se licita,
- definición de los factores licitatorios, que efectúa el Estado en la acción conjunta de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda, que concluye con una aprobación del Presidente de la República, la que se efectúa en función de estimular la competencia por factores monetarios, de tarifas o de pagos al Fisco por el valor de la infraestructura preexistente.

Los Ministerios que participan tienen modelos que han procurado moderar la rentabilidad privada, con cuidadosos estudios en que se incorporan los pagos al Estado o la "rentabilidad extraordinaria compartida".

- La competencia de la licitación centrada en la o las variables económicas.

Las concesiones de obras con alta inversión inicial tienen rentabilidades moderadas, de largo plazo y muchos riesgos. Por ello el Estado debe utilizar de modo constante la garantía de ingresos mínimos que otorga a los contratos, para acotar los riesgos y los costos de cobertura para disponer de licitantes interesados.

- Como consecuencia de la licitación, el adjudicatario es siempre el oferente que ha realizado la más conveniente oferta según los factores y marcos licitatorios que ha predefinido y fijado el Estado.

Finalmente, debe reiterarse por las normas del Artículo 26, inciso 1° del DS MOP N° 240, Reglamento de la Ley de Concesiones y de lo estipulado para cada licitación y contrato de concesión, el concesionario debe asumir la forma de una sociedad anónima de giro único y exclusivo para cada obra en concesión. Ello, si bien como una fórmula al inicio del sistema es adecuada para asegurar un mejor aprendizaje y control de cumplimiento y para aislar los riesgos a los inversores y financistas de cada proyecto, en tiempos en que imperan circunstancias económicas especiales tiene efectos colaterales económicos negativos bastante relevantes, entre los cuales se puede destacar:

- Severa limitación de realizar otras actividades económicas, sin poder incrementar la rentabilidad de la organización, lo que no se encuentra impedido a las empresas privadas, como regla general,
- Aumento de costos de administración, e
- Impedimento de optimizaciones financieras y tributarias de los proyectos.

II.5. FINANCIAMIENTO DE PROYECTO, GARANTÍAS Y SEGUROS PARA SU RESGUARDO.

Los denominados financiamientos de proyectos requeridos para completar la inversión de la fase inicial de la concesión, resultan de la particular estructura de este negocio. Procuraremos sintetizar, sus características:

Por la naturaleza de su tipo la sociedad anónima concesionaria, limita su responsabilidad hasta el monto de su patrimonio efectivo, cuando debe responder de sus obligaciones.

A su vez, el patrimonio social provee los primeros recursos que serán desembolsados para cumplir las obligaciones de construir y de efectuar con oportunidad los pagos al Fisco que contemplan estos contratos, sea por las expropiaciones o adquisición de los terrenos requeridos, para compensar los costos del proyecto y de control del desarrollo de la concesión o a cualquier otro título que se demande legal o contractualmente.

En definitiva, cualesquiera que sea el monto del capital social en relación a la inversión inicial que prevé el contrato de concesión, dichos recursos se transforman en bienes públicos, bajo la forma de terrenos, obras civiles, equipos e instalaciones requeridos para la obra de la concesión, los cuales pasan al patrimonio público.

Como contrapartida, al concesionario, desde que se concluye la etapa de construcción y se inicia la explotación, parcial o total de la concesión, le surge el derecho de pagarse con los ingresos que generará en el curso de la concesión o con las opciones de cesión de la concesión a que tiene derecho legal.

Por lo tanto, ni la sociedad concesionaria, ni el patrimonio público especial que se conforma con los bienes que constituyen la obra de la concesión, responden a los financistas cuando sus acreencias no puedan ser pagadas en tiempo y forma con los flujos del giro ordinario derivado de la percepción de las tarifas de la concesión y otros ingresos complementarios autorizados en ella.

Desde otro punto de vista, la inversión se realiza en una infraestructura que tiene valor - público y privado- en función del servicio que prestará y de los ingresos tarifarios y demás que generará. Quienes financien directamente o avalen o garanticen el financiamiento de las obras deben tener un alto nivel de seguridad de que los ingresos que la concesión genere podrán servir los intereses y capital de la deuda. En especial, atendiendo que no existe la posibilidad de "redestinar en el mercado" los bienes que conforman la obra en

concesión. Aún en el evento en que ello fuese posible, lo más probable es que el valor de dichos bienes desafectados del fin valioso que debían atender tengan un precio de realización muy inferior a lo invertido en ellos para su constitución, la construcción de las obras y el costo de los equipamientos incorporados.

Por ello, a los interesados en la concesión y a sus financistas les resulta necesario el análisis de los diversos riesgos involucrados en cada proyecto, que tengan incidencia tanto en la construcción como en las condiciones de operación tarifada de las obras.

Pero, ello no basta. Las condiciones del mercado financiero de corto plazo, principalmente entregado a los Bancos, y el de largo plazo, en que se emiten bonos o se pacta con inversores institucionales como compañías de seguros y otros, requieren de garantías adicionales, ya que las concesiones no dan título para generar garantías reales con el patrimonio afectado a ella, ni por el concesionario ni por el Estado, cuando éste incorpora bienes preexistentes a la concesión.

- **Garantías del concesionario al Fisco:**

Los Artículos 12, 13 y 14 de la Ley establecen las garantías que el concesionario debe otorgar en las fases de licitación, adjudicación, construcción y explotación de concesión, señalando que ellas deberán ser suficientes, pudiendo ser reales o personales y dejando la determinación de su naturaleza y cuantía a las bases de cada licitación. También, en forma frecuente las Bases piden garantías adicionales para el aseguramiento de pagos precontractuales por uso de infraestructura preexistente.

- **Garantías que el concesionario puede otorgar a terceros sobre el contrato y flujos de ingresos futuros de la concesión:**

La evolución legislativa ha llevado a la actual regulación que contempla la Ley en su **Artículo 21**, parte final del inciso 2°:

“Así, entre otras, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.”

También, el Estado ha generado otros esfuerzos de mayor creatividad para resolver del mejor modo posible esta limitante en la disposición al financiamiento de las concesiones. Entre ellas podemos destacar:

- **La prenda especial de concesión de obra pública**, creada por la Ley N° 19.460 y que contiene el Artículo 43 del DS MOP N° 900 de 1996.

Ella se estableció no sólo como la garantía que en sí misma constituye; sino y principalmente, como título preferente para el pago del acreedor prendario especial.

Para lograr una garantía eficaz, que otorgue un crédito preferente en el caso de ejecución forzosa, el legislador optó por adaptar la institución de la prenda industrial, cuya forma de constitución y registro son sencillos y conocidos, la que puede "*ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria*". La prenda puede recaer:

- a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato;
- b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y
- c) sobre los ingresos de la sociedad.

Esta prenda especial, en el evento de ejecución o quiebra de la sociedad concesionaria, confiere a su titular una importante **preferencia de pago, pues es de 2ª categoría**, y especial sobre los bienes en que recae. En estas concesiones siempre se tratará de sociedades anónimas concesionarias, por lo que en el caso de ejecución forzosa, de modo efectivo, sólo tienen prelación de pago por sobre la obligación caucionada con esta prenda: las costas judiciales, remuneraciones, asignaciones familiares, cotizaciones previsionales y créditos fiscales por los impuestos de "retención y de recargo".

La Ley otorga a sus titulares, además, otros derechos preferentes, destacándose:

- a) el Artículo 36 de la Ley les confiere derecho de "tercería" ante la Comisión Conciliadora o Arbitral,
- b) el Artículo 27, N° 3 les confiere una forma de "veto" a la extinción anticipada del contrato por "mutuo acuerdo" entre el Ministerio y el concesionario,
- c) la norma del Artículo 28 les reconoce un pago preferente en el caso que la concesión sea transferida por "incumplimiento grave" del concesionario, y
- d) el Artículo 21, inciso final, obliga legalmente al Ministerio en consentir siempre la transferencia de la concesión o la de acciones de la sociedad a favor del acreedor prendario, cuando ésta sea consecuencia de la ejecución de obligaciones garantizadas con esa prenda.

- **Ingresos mínimos garantizados.**

Otro mecanismo que se ha revelado básico para generar interés en la concesión consiste en la garantía que el Estado otorga sobre un ingreso anual mínimo, que permite asegurar la cobertura del pago de la operación y el servicio de los créditos. En las diferentes bases de licitación ellos se definen y detallan en función de los riesgos y otras peculiaridades propios del respectivo proyecto por concesión.

Este pago eventual y contingente del Estado se dirige directamente a la sociedad concesionaria, quién tendría la titularidad del derecho de su percepción en los eventos en que proceda según las normas del contrato. Sin embargo, de conformidad al derecho común que rige las relaciones del concesionario con terceros y a expresas normas de la ley y reglamento, la concesionaria puede ceder a terceros todo o parte de su derecho de cobro, aún antes de su devengamiento, o una vez ya producida y reconocida la procedencia y monto de los que se deban a dicho título.

- **Seguros de cambio.**

Ante los actuales acontecimiento financieros, se ha planteado la conveniencia de la utilización de seguros de cambio, para proteger al concesionario del riesgo relacionado a la variación del tipo de cambio. Incluso las actuales Bases de Licitación de la Costanera Norte del Mapocho se han abierto a una fórmula que lo acogiera.

Nada obsta según el Artículo 7° de la Ley de Concesiones para establecer, en el régimen económico de la concesión:

- Tarifas indexadas en moneda extranjera, en todo o parte de ellas;
- Ingresos mínimos garantizados en moneda extranjera.

Pero, siempre deberá cuidarse de que al establecerlas no se perjudique a una de las partes y más bien, cumpliendo su propósito de garantizar a los financistas y garantes del financiamiento, también pueda tratarse de modo igualitario o favorecerse en igualdad los riesgos y costos que asumen el concesionario, el Estado y los usuarios.

Tales instrumentos están ideados tanto para:

- a) Atraer capital desde el extranjero a los proyectos en estudio;
- b) Obtener financiamiento desde el extranjero, en atención a la magnitud de las inversiones requeridas, que en muchas ocasiones superan la capacidad local de financiamiento.

Sobre este tema reflexionaremos en el Capítulo VII, junto a otras ideas para ampliar las opciones de los sectores concesionales y financieros.

II.6. GENERACIÓN DE ÁREAS DE "INGRESO ASEGURADO", DE RIESGO Y RENTABILIDAD PROPIAS DEL CONCESIONARIO Y LA INSTITUCIÓN DE LA "RENTABILIDAD COMPARTIDA"

El Estado ha procurado generar un nivel acotado de "capital de riesgo" del concesionario, garantizando ingresos mínimos que cubran el pago de la operación y el servicio de los créditos. Así, en todas las licitaciones y contratos efectuados se han garantizado "tránsitos

o ingresos mínimos". Actualmente, ello es una condición práctica esencial para hacer financierable el proyecto por los Bancos.

El flujo relevante a considerar al momento de determinar si corresponde algún pago por parte del Ministerio al concesionario por este concepto, será el flujo de ingresos por concepto de pago de tarifas reportados en las plazas de peaje, en un período generalmente fijado como anual.

El procedimiento que rige el mecanismo de ingreso mínimo garantizado, así como el monto de éste, se detalla en las bases de licitación.

En contrapartida al punto anterior, las bases de licitación pueden definir una rentabilidad extraordinaria sobre la cual participará el Fisco. Hasta ahora, en algunos casos se ha fijado una rentabilidad anual de 15%, sobre la que el Estado recibe un 50% del excedente.

Se entenderá que en un año existe rentabilidad extraordinaria si el margen operacional de la sociedad concesionaria supera, durante ese año, el valor del Costo Anual Uniforme Equivalente (tasa de descuento) sobre el capital invertido más las reinversiones efectuadas por el concesionario, utilizando para su cálculo una tasa de costo de capital igual a la tasa anual de interés real, libre de riesgo, más una tasa a definir en cada concesión.

Cuando la concesionaria, en un año de operación, obtenga "rentabilidad extraordinaria", deberá pagar al Estado el porcentaje de dicha rentabilidad, que ha sido fijado en las bases o en la oferta de la licitación y que indica el respectivo decreto de adjudicación.

El legislador de la Ley N° 19.460 limitó expresamente la posibilidad de que se imponga el mecanismo de compartir la rentabilidad extraordinaria, sólo a los casos en que expresamente el Estado asegure dichos ingresos mínimos.

Finalmente, cabe consignar una tendencia de las bases de licitación consistente en incorporar pagos previos al Estado, mediante sistemas que estimulan la competencia por elevar dicho monto. Ello está gravando al sistema concesional con pagos adicionales al Fisco, por sobre las fuertes necesidades de superar el déficit de infraestructura que representan las concesiones hasta ahora licitadas.

Sin embargo, con los principales pagos ya efectuados, el Estado ha decidido crear un **FONDO DE INFRAESTRUCTURA** que puede otorgar flexibilidades en la actual coyuntura de menor inversión fiscal. Ello, en especial, por la actual tendencia estatal de pedir inversiones adicionales, según la normativa de los Artículos 19 inc. 1° y 20 de la Ley, a las que podría otorgar financiamiento previo, contra garantías. Estas obras surgen en las grandes vías a requerimiento del Ministerio por mayores y mejores soluciones ante las necesidades de seguridad en el tránsito, y por los Gobiernos y comunidades regionales y comunales destinadas a aminorar los impactos territoriales y de seguridad, todas las que se traducen en mayor número de calles de servicio y accesos controlados, más extensión

de las líneas medianeras, las que exigen mayores enlaces, pasos a desnivel y pasarelas peatonales, dotadas de rejas anti-apedreos.

II.7. CONTRATO REGIDO, ENTRE LAS PARTES, EN MATERIAS SUSTANCIALES POR EL DERECHO PÚBLICO.

La naturaleza y estatutos jurídicos genéricos de las concesiones se encuentran poco desarrollados en el derecho administrativo chileno. De allí que la reforma de la Ley N° 19.460 reestructurase el **Artículo 21** para hacer explícito el concepto de que las materias de la concesión, entre las partes, se rigen por el derecho público, diferenciándolas de aquellas relaciones entre el concesionario y terceros que se regulan por el derecho privado. Así la actual norma estatuye:

“1. El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a: sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

2. En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato. ...”

Como conclusiones de esta disposición puede afirmarse que:

- **El Concesionario se sujeta a normas de derecho público, en aquellas materias en que expresamente la ley les confiere ese estatuto jurídico.**
- Que de ello se deriva una forma especial y propia de interpretar las normas que confieren derechos u obligaciones al concesionario, en dichas áreas.
- Que el Estado permanece sujeto al principio de juridicidad y, por tanto, los actos que ejecute sin darle cumplimiento puede acarrear la nulidad del acto. Además, sus incumplimientos de obligaciones contractuales acarrearán su responsabilidad ante los perjuicios y daños que de ellos se deriven.

II.7.1. Nulidad de derecho público de actos del contrato de concesión.

El Estado se encuentra obligado positivamente a la Constitución y las leyes. Bajo el supuesto de que los órganos del Estado actúan válidamente y sólo con las atribuciones que le han sido conferidas por la Constitución y la Leyes, y de la forma prescrita por la Ley, resulta que en un Contrato de Concesión al Estado-MOP sólo le está permitido realizar aquello que se encuentra expresamente dispuesto en la Ley y Reglamento de Concesiones y en el texto del contrato, en actuación acorde con el ordenamiento jurídico del derecho público, que corresponde.

Por ello, cualquier extralimitación de facultades y competencias del Estado-MOP sobre el régimen legal y contractual del Contrato de Concesión, constituiría un acto nulo, de nulidad pública. En otras palabras, se tratará de un hecho viciado, que no alcanza a constituirse como acto en derecho, que es insanable, no convalidable, imprescriptible y que, incluso, originará responsabilidad personal del o de los funcionarios públicos que hubieren intervenido en él.

II.7.2. Carácter de la Nulidad de Derecho Público en el derecho chileno.

El Estado de Derecho se caracteriza por que afirma el principio de legalidad, al cual los Gobernantes se encuentran sujetos. Este principio es una de las más importantes columnas que asienta toda la construcción jurídica de la organización y funcionamiento del Estado. Supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones de las normas, con sujeción al orden jerárquico de las fuentes jurídicas y la sumisión de los actos concretos de una autoridad a las disposiciones generales previas dictadas por esa misma u otra autoridad competentes.

Desligándose de toda percepción de derecho común, ha de decirse que si un acto infringe, contraviene o vulnera la sujeción integral de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, **este es nulo**, y como tal:

- La nulidad de derecho público opera de pleno derecho, IPSO IURE. Esta característica fundamental significa que producida la infracción de la disposición constitucional o legal por el órgano estatal, en atención a que actúa vulnerando sus preceptos, el acto que emita, dicte o celebre es nulo por expresa declaración del constituyente. De suyo, ello no admite ninguna validez provisoria o convalidación ulterior. Es decir, el acto viciado no entra al orden jurídico, por lo que esa actuación es un mero hecho, que si daña a un tercero - como tal hecho antijurídico - originará la responsabilidad consecuencial del Estado, según lo disponen los Artículos N° 6, en especial su inciso 3°, y 38 inciso 2° de la Constitución.

La razón se encuentra en el fundamento mismo del precepto constitucional. La nulidad de todo acto emitido por un órgano estatal, cualquiera sea la actividad que desarrolla, sea legislativa, jurisdiccional, administrativa o contralora. Se

trata de un mecanismo de tutela y salvaguarda de la supremacía constitucional de las disposiciones de la Carta Fundamental, dentro del orden jurídico de la República.

Este principio salvaguarda el de la juridicidad, por lo que el propio constituyente lo ha formulado como “vinculación positiva”, contenida en su Artículo 7, inciso 2°, con un modo muy estricto, ya que “**ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias**” los órganos del Estado tienen otra potestad que no sea aquella que expresamente le hayan conferido la Constitución y las leyes.

- La nulidad de derecho público es insaneable, es decir, imposible de sanearse, de ser ratificada o de convalidarse.

Lo que es nulo en derecho público no produce efecto, y ello por expresa previsión de la propia Constitución. Si no produce efecto quiere decir que no existe para el Derecho, a lo sumo como hecho que no alcanza a ser acto jurídico. Si el acto no existe, es obvio que no se puede sanear, ratificar, convalidar o convertir.

- La nulidad de derecho público es imprescriptible. El acto que contraviene y viola la Constitución es nulo e insaneable, por lo que su nulidad tiene carácter perpetuo e imprescriptible. Vale decir que tampoco es saneable por el transcurso del tiempo.

Los actos viciados con esta nulidad de derecho público están impedidos para nacer a la vida del Derecho, como los emitidos o dictados por un órgano del Estado en infracción a la Constitución, pues dicha infracción les hace carecer de realidad jurídica. La consecuencia lógica es que algo que no existe, jamás el tiempo y su transcurso podrán darle validez o sustento jurídico, como algo real.

- La nulidad de derecho público y sus consecuencias procesales. Por ser una nulidad de pleno derecho no requiere ser declarada por el Juez para que opere y, en el evento de producirse esta declaración, ella es meramente declarativa, en cuanto simplemente reconoce una situación ya producida en tiempo anterior y, por tanto, sus efectos serán retroactivos.

II.8. CONTRATO QUE INCORPORA ADECUADAS FLEXIBILIDADES Y ESTÍMULOS.

Entre ellos, cabe destacar que el plazo de la concesión es uno sólo y el plazo de la construcción es fijado como tiempo máximo. Si la concesionaria concluye antes la construcción puede empezar de inmediato la explotación, con percepción de ingresos.

Otro elemento de flexibilidad posible de ejercer en los contratos de concesión reside en la posibilidad de su modificación por mutuo acuerdo, a iniciativa de cualesquiera de las partes, para ampliar o mejorar la obra a fin de asegurar la suficiencia de la prestación de los niveles de servicio definidos en el contrato. Si bien podría observarse que esta norma no es de flexibilidad, ya que el Código Civil permite **cambiar la ley del contrato por el acuerdo mutuo**, debemos precisar que esa es la regla general en el derecho privado. Por ello, se ha requerido de norma legal expresa para incluir esta facultad en el régimen concesional de obra pública chileno, ya que en el derecho público la opción de modificación de contratos se encuentra muy restringida, si bien se regula expresamente en los contratos administrativos de obras públicas más tradicionales.

II.9. INCLUYE LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD PÚBLICA DE MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN. IUS VARIANDI.

El poder de intervención unilateral del Estado en los contratos de concesión de obra pública se manifiesta en la atribución que detenta el Ministerio de Obras Públicas en orden a poder requerir potestativamente la modificación de las características de las obras y servicios contratados, amparado en el sólo **interés público fundado**.

En otras oportunidades, las propias Bases de Licitación facultan al Ministerio, incluso, para modificar el régimen tarifario y el monto de las tarifas, de conformidad con estipulaciones legales y las que se introducen en el mismo contrato.

El Legislador no ha querido privar al Estado de herramientas legales que le permitan intervenir en el normal desarrollo de una concesión, en vista de un fin público muy valioso, cuál será básicamente, asegurar la prestación del servicio público de la mejor forma posible, cuya gestión se ha entregado temporalmente al particular, muchas veces ante condiciones futuras que es imposible prever al momento de licitarlo, adjudicarlo y contratarlo, en particular, por los múltiples factores de impacto y varianza que se pueden presentar en diversas materias, en los prolongados períodos propios de estos contratos.

En el régimen jurídico aplicable a la contratación entre privados, estas intervenciones unilaterales de una de las partes de un contrato pueden parecer propias de un **“régimen exorbitante”** usualmente no practicado, ni visto en contratos entre particulares.

Por ello, y debido a que no cabe al concesionario rechazar la intervención del Estado cuando ejercita las atribuciones que por Ley le competen en materia concesional, sino en casos de acción sin fundamento, la misma norma legal ha debido explicitar y fortalecer el derecho del concesionario para que se le resarza de todo sobrecosto y daño provocados, mediante la estipulación de la obligación de compensar con la modificación de uno o más factores del régimen económico de la concesión, tales como tarifa, pagos del Estado, etc. y del plazo del contrato.

Para precisar la forma de la compensación, en algunos casos es la propia Ley y su Reglamento los que han determinado cómo ella debe producirse, como por ejemplo, en el Artículo 22 N° 3. En otras oportunidades, facultadas por la Ley y Reglamento, las Bases de Licitación llegan también a precisar el modelo que servirá para fijar la compensación y, por último, en los casos en que no exista o no se regule previamente un procedimiento aplicable o en el evento de no existir acuerdo entre las partes, siempre cabrá a la sociedad concesionaria la posibilidad de recurrir a las instancias jurisdiccionales dispuestas por el Artículo 36 de la actual Ley de Concesiones.

También, la Ley N° 19.460 limitó expresamente el tiempo y el monto máximo en que unilateralmente el Estado puede imponer dichas obras y servicios adicionales, acotándolos al 15% del monto total de la inversión inicial y a la mitad del plazo de la concesión, salvo los casos en que las Bases de Licitación hubieren estipulado condiciones diferentes y, por supuesto, las situaciones de acuerdo mutuo entre el Estado y la sociedad concesionaria.

II.10. LA LEGISLACIÓN ACOGE EXPRESAMENTE EL DERECHO DEL CONCESIONARIO PARA LA REVISIÓN DE TÉRMINOS DEL CONTRATO POR “CAUSAS SOBREVINIENTES, QUE ASÍ LO JUSTIFIQUEN”.

Las normas de la Ley de Concesiones, contenidas en su Artículo 19 y en especial, en su actual inciso 3°, inicialmente se incorporaron por la Ley N° 19.068 de 1991, para disponer explícitamente un derecho exclusivo del concesionario, que habitualmente no se explicita en las normas legales o contractuales en Chile. Esta norma se amplió sucesivamente por las Leyes N° 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996. Los textos de las sucesivas modificaciones legales ampliatorias se incluye como Anexo N° 2 y se tratará, en particular, en los capítulos V y VI, secciones V.1.3. y VI.5. Dicho inciso 3° señala:

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

Esta norma incorpora en plenitud el supuesto jurídico de que no es posible prever y regular al momento de la licitación, adjudicación y contratación de una concesión, el conjunto de variables que pueden incidir en el desarrollo de estos contratos, en particular por los prolongados plazos de vigencia que caracterizan el rubro, así como por la variedad de elementos y factores externos que pueden desnaturalizar el equilibrio de los derechos económicos pactados con el concesionario como retribución a suma alzada del cumplimiento de las obligaciones que asume en la concesión.

Por lo general, en el derecho chileno la institución jurídica de la **Teoría de la Imprevisión**, no se encuentra consagrada entre las normas del derecho positivo, sea público o privado. Pero, esta disposición legal fue estipulada y ampliada, de modo expreso, con el propósito de despertar interés para la participación de privados en estos contratos, que se caracterizan por sus amplios y altos riesgos iniciales y durante los años de explotación. El legislador -en las oportunidades en que aprobó las distintas leyes modificatorias de esta norma- quiso expresamente resguardar a la sociedad concesionaria de perjuicios, daños o alteraciones de las condiciones generales o particulares en que se basó la contratación, por causas externas al contrato.

Para amparar al concesionario de riesgos que resultan imposibles de prever y regular al momento de licitar y contratar se entregan amplias facultades a las bases de licitación, de modo tal de prevenir las condiciones de ocurrencia de estos hechos extraordinarios y desequilibrantes de los derechos del concesionario y estipular mecanismos para su calificación y la revisión de los factores compensatorios. Así, será la libre voluntad del oponente en la licitación la que convalidará dichas estipulaciones de las Bases, al presentarse a ofertar voluntariamente en ella.

Cuando sobre la materia nada estipulen las bases de licitación y, por ende, el contrato de concesión, sólo el concesionario queda facultado por la ley para requerir al Ministerio la calificación de la causa sobreviniente que justifique la revisión de esos factores del contrato. Ella puede tratarse y resolverse de modo, directo por las partes, dejando a cargo de la Comisión que establece el actual Artículo 36, la solución de las controversias entre ellas y en su caso proceder a definir la revisión compensatoria de los términos económicos del contrato, de entre los tres factores que la ley fija a ese efecto: sistema tarifario, fórmula de su reajuste y plazos.

Para razonar sobre su eventual aplicabilidad en las condiciones creadas por las situaciones de los mercados de capitales y financiero en estudio, hemos agrupado su tratamiento en el Capítulo V, sección V.1.3. para los casos en que esta revisión proceda según la regulación de las respectivas Bases de Licitación y Contrato de Concesión o también, cuando se haga por el acuerdo directo de las partes en la ausencia de norma contractual aplicable, y bajo la condición de que no exista controversia entre el Ministerio y el concesionario, sea sobre su procedencia o sobre la revisión compensatoria misma.

En cambio en el Capítulo VI sección VI.5., se trata en conjunto con los elementos e instituciones que pueden aplicarse cuando hechos externos desequilibran las obligaciones y derechos contraídos por las partes en un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, cuando hubiere desacuerdo entre ellas sobre su procedencia, o sólo en relación con el contenido de la revisión de los términos del contrato. En dicho capítulo se profundiza esta materia asociada a las demás instituciones jurídicas conexas o asimilables, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la teoría de la imprevisión, el hecho del príncipe y las cláusulas de reajustabilidad.

III.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

La responsabilidad se define por la obligación de reparar el daño que se causa con falta. En ciertos casos, ella esta determinada por la ley, y en derecho penal, por la obligación de soportar el castigo de la pena correspondiente. Es manifiesto el lugar otorgado a la obligación: obligación de reparar o de sufrir la pena.

El adjetivo responsable entraña a la vez una diversidad de complementos: se es responsable de las consecuencias de los actos propios. Pero, también, se puede ser responsable por los hechos de otras personas, en la medida en que se tiene el cargo o cuidado de ellas y, en veces, más allá de esa medida. En estos empleos o usos difusos, la referencia a la obligación no desaparece, sino que alude al cumplimiento de ciertos deberes, a la asunción de ciertas cargas, al respeto de ciertos compromisos. En síntesis, es una obligación de hacer algo que desborda el mero marco de la reparación o punición.

III.1. RESPONSABILIDADES LEGALES Y CONTRACTUALES DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES.

El Estado se encuentra sujeto a responsabilidades legales y contractuales en las concesiones de obras públicas, toda vez que el régimen que regula la Ley de Concesiones deriva en un contrato, en virtud del cual el concedente y el concesionario traban relaciones jurídicas de carácter obligatorio, sometiéndose a la ley del contrato, que es de carácter administrativo y que, por lo tanto, se encuentra inmersa y regida por las leyes y reglamentos del derecho público, del ramo de las concesiones de obras públicas y, supletoriamente, por el Derecho Común.

En otras palabras, dentro del marco de la concesión de obra pública fiscal el Estado voluntariamente ha dejado de lado el instrumento unilateral de actuación, para elegir como modalidad de cumplimiento de un servicio público, un contrato con un privado.

El régimen jurídico de este particular contrato de concesión es dual; ya que tiene materias y principios propios de los contratos de derecho público, pues confía a un tercero la ejecución de una obra y la prestación de un servicio público, asociándolo de esta forma a la misión de la colectividad pública, junto a otras materias y relaciones jurídicas reguladas sólo por las normas del derecho común, como un contrato de derecho privado.

El régimen jurídico de la concesión de obra pública, como contrato que es, hace extensivo un régimen de responsabilidad propia del Estado, cuyo incumplimiento puede provocar perjuicios en el co-contratante, los que en el evento de producirse, tanto las normas del derecho general y, en particular, algunas del texto expreso de la Ley de Concesiones, disponen que deben ser indemnizados.

De otra parte y en modo introductorio a esta sección, parece importante remarcar que el régimen legal de las concesiones de obra pública autoriza al Estado a asumir en cada licitación y contrato de concesión ciertas obligaciones que comprometen o pueden comprometer la responsabilidad financiera del Estado, de modo directo o indirecto.

Para que el sistema de concesiones pueda funcionar ha sido necesario que el Estado asuma obligaciones que resulten plenamente válidas y exigibles al regular las condiciones económicas de la licitación y contratación de cada concesión de obras públicas. Para ello las normas de los Artículos 7° y del 11 del DS MOP N° 900 de 1996, contienen la autorización legal genérica para comprometer aportes, subsidios, garantías y otros pagos que el Estado puede estipular en las Bases de Licitación y Decreto de Adjudicación, que integrarán a cabalidad a el contrato de cada concesión, en las condiciones específicas en que se concreten en función de las Bases, Oferta ganadora y del Decreto de Adjudicación.

Dichas normas y los procedimientos precontractuales, licitatorios, de la Adjudicación y del contrato, cumplen todos los requisitos constitucionales y legales para obligar al Estado, ya que ellos dan cumplimiento a la normativa de la Constitución Política, que en su Capítulo V, Artículo 60, autoriza la celebración de operaciones que puedan comprometer directa o indirectamente el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, cuando cuentan con una autorización de ley, general o especial. A su vez, los requisitos exigidos por los Artículos 39 al 46 del Decreto Ley N° 1.263 de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, para la constitución válida de obligaciones del Estado de Chile, se cumplen en plenitud por la autorización genérica contenida en las normas citadas de la Ley de Concesiones y por que las obligaciones específicas asumidas por el Fisco en cada contrato se constituyen, por el respectivo D.S. de Adjudicación que emiten y suscriben tanto el Presidente de la República, como el Ministro de Hacienda.

III.2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL FISCO, POR HECHOS PROPIOS Y DE SUS REPRESENTANTES.

En materia contractual general el Estado responde de todas las obligaciones contraídas a su nombre o en las que se incurra por los hechos u omisiones de sus representantes, incluso si éstos han obrado fuera de los límites de su competencia, en cuyo caso dicho acto adolecería del vicio de nulidad de derecho público, ya examinado.

En efecto, los Artículos 545 y 552 del Código Civil estipulan que las personas jurídicas son capaces de contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. El FISCO-MOP, para los efectos del desarrollo y cumplimiento del contrato de concesión, es considerado como una persona jurídica.

Estatuyendo los principios generales de la representación del Fisco y la responsabilidad que él asume por actos de los funcionarios que lo representan en sus actuaciones, la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado, establece:

Artículo 4: **“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.**

Por lo tanto, la persona jurídica del **Fisco-Ministerio de Obras Públicas** estará obligada a cumplir sus obligaciones contractuales y por los hechos u omisiones de los funcionarios que lo representan. En los casos de incumplimiento de las obligaciones del FISCO-MOP, éste incurrirá en responsabilidad civil contractual, resultando constreñido a pagar las indemnizaciones de perjuicios, compensatorias y moratorias, que en derecho procedan.

El contrato de concesión de obras públicas, además de poseer las características propias de todo contrato administrativo, tiene las características de derecho común que son aplicadas a la contratación en general. Para los efectos del estudio, destinado a fijar la naturaleza de la responsabilidad contractual, es particularmente significativo definirlo, al menos, como un tipo de contrato que reúne las condiciones de ser: bilateral y oneroso conmutativo.

- Es definido como un contrato bilateral o sinalagmático, ya que ambas partes se obligan recíprocamente.
- A su vez, se caracteriza por ser un contrato oneroso conmutativo, por cuanto cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que debe dar o hacer, la otra parte, a su vez.

Lo anterior permite relacionar las normas contenidas en el Código Civil, Artículo 1547, que estatuye los diversos grados de responsabilidad a que están obligadas las partes de un contrato, en que al efecto, sus incisos 1° y final disponen:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.” ...

“Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

Como conclusión general sobre la responsabilidad que asume el FISCO-Ministerio de Obras Públicas, por los hechos u omisiones propias y de sus representantes, en el marco del Contrato de Concesión, se establece que debe responder hasta por la culpa leve, es decir, a aquél cuidado o diligencia ordinaria, representada gráficamente por la diligencia y cuidado que los hombres emplean usualmente en sus negocios propios.

No obstante, la ley puede estipular o disponer un grado distinto de responsabilidad general o específica a ciertas materias. Ello se verifica al analizar las normas especiales de los Artículos 28 inciso 2° y 37 inciso final de la misma Ley de Concesiones, que atribuyen una

responsabilidad superior, que es aquella que corresponde hasta por la culpa levisima, en los casos de las actuaciones de los interventores que el Ministerio puede designar, en ciertos casos y condiciones, en los eventos de “incumplimiento grave de las obligaciones del contrato” y de “abandono de la concesión”, después de las declaraciones previas requeridas por la ley de parte de la Comisión que establece el Artículo 36.

La responsabilidad hasta por la culpa levisima que se atribuye a esos “interventores”, se marca como algo personal del funcionario; pero, aún en ese evento, en virtud de la definición ya transcrita del Artículo 4 de la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado, en virtud del cual el Fisco asume responsabilidad directa por las actuaciones u omisiones de sus representantes. Entonces, también, el Fisco - Ministerio de Obras Públicas se encuentra sujeto, en la especie, a esa clase de responsabilidad agravada, a lo menos, en lo que respecta a los actos u omisiones de sus interventores.

III.3. RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE LA LICITACIÓN Y CONTRATO, SEGÚN LA NORMATIVA DEL CÓDIGO CIVIL, EN SU REGULACIÓN GENERAL APLICABLE A LOS CONTRATOS.

Se ha establecido que al Estado, en cuanto celebra y ejecuta contratos, le es aplicable el Derecho de las Obligaciones, que fundamentalmente está contenido en el Código Civil entre las normas de derecho público -o al menos, de orden público- que dicho cuerpo legal contiene por razones históricas y de la naturaleza de las materias que norma. Conforme a la materia que esas disposiciones legales generales regulan, ellas pueden resultar aplicables en el desarrollo de un contrato de concesión, de modo directo e inmediato o, en su defecto, por la vía supletoria de falta de regulación dispuesta en los textos legales especiales y contractuales aplicables al contrato de cada concesión.

Es así como, entre otras, se aplican diversas disposiciones del Código Civil que reflejan principios generales del derecho, tales como:

III.3.1. Artículo 1545 del Código Civil:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Conforme al sistema de concesiones de obra pública chileno, para que exista un contrato de concesión, tanto el Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, como el adjudicatario y concesionario deben consentir expresa y voluntariamente en obligarse contractual y reciprocamente y ejecutar diversas solemnidades consistentes en actos administrativos y de perfeccionamiento del contrato.

El vínculo jurídico que nace de tales declaraciones de voluntades de las partes tiene la particularidad de su fuerza obligatoria, que se eleva a la categoría de una ley.

Como consecuencia necesaria de lo anterior, resulta que las partes no pueden eximirse de las obligaciones asumidas, sino por el mutuo acuerdo o en virtud de causales previstas y existentes al tiempo de formarse el consentimiento y que, necesariamente, traen aparejado un vicio que priva de fuerza vinculante a la convención.

Este es el llamado **PRINCIPIO DE SEGURIDAD DEL CONTRATO**, el cual, no es sino el nombre moderno del antiguo aforismo romano: **“PACTA SUNT SERVANDA”**, que implica que “lo pactado debe cumplirse”.

Ello se remarca en la doctrina jurídica nacional, que recoge asertos como el siguiente:

“Si las partes no tuvieran la convicción de que los contratos se cumplirán en todos los eventos posibles y supieran, en cambio, que lo convenido está expuesto a toda clase de alternativas legales y judiciales, se abstendrían de contratar con las consecuencias imaginables, o convertirían la negociación jurídica en un juego especulativo.”³

III.3.2. Artículo 1546 del Código Civil:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

El **PRINCIPIO DE LA BUENA FE** impone a las partes la obligación de tratarse recíprocamente con honestidad y decencia. Sugiere e implica evitar la trampa o las formas engañosas, tanto para llegar a un acuerdo como en la ejecución de sus términos. Asimismo, el cumplimiento de la buena fe puede, incluso, llegar a constituir en una de las partes la obligación de dar o hacer algo que en sí mismo no se encuentra regulado expresamente o explicitado en el contrato, pero cuya realización es necesaria para cumplir el contrato en su generalidad.

III.3.3. Artículo 1556, inciso 1° del Código Civil:

“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

De nada serviría la fuerza legal que quiere darse a los contratos, o la forma en que ellos deben ser cumplidos por las partes, si la infracción de los términos contractuales no constituyere una conducta ilícita para el Derecho en general, como si ante una infracción del mismo el co-contratante diligente no tuviere el derecho de ser indemnizado de los

³Abeliuk Manasevich, René: “Las Obligaciones”, Tomo I, pág. 101 y siguiente., Editorial Jurídica de Chile, 1993.

perjuicios que el incumplimiento del otro co-contratante le ha provocado, ya sea debido a un incumplimiento absoluto de la obligación; o debido a un incumplimiento parcial del contenido de la obligación; o, por último, debido a un incumplimiento tardío del mismo.

El Artículo 1556 del Código Civil dispone expresamente que todo daño debe ser resarcido si éste es consecuencia de un incumplimiento contractual imputable a una de las partes; esto es, si se deriva directamente de un acto doloso o culposo del obligado.

III.4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA NORMATIVA DE LA LEY CONCESIONES.

Para el análisis de esta materia, primero distinguiremos las obligaciones de tipo general que emanan directamente de la legislación de concesiones, para luego referirnos a aquéllas específicas que estatuye de modo directo y puntual. Ciertamente, esta normativa comprende las propias de la Ley de Concesiones, como las de su Reglamento.

III.4.1. Responsabilidad general derivada de las normas legales de concesiones.

Dentro del propio marco legal, reglamentario y contractual, la responsabilidad del Estado se asienta fundamentalmente en su deber de dar, o hacer algo, o permitir hacer algo en favor del concesionario como, por ejemplo:

- Entregar oportunamente los bienes fiscales o nacionales de uso público necesarios para la ejecución de la obra en concesión, en consonancia con los plazos de construcción que el mismo Estado impone al concesionario;
- Pagar en tiempo, monto y forma las sumas de dinero que, a los diversos títulos posibles, pudieren devengarse en favor del concesionario, y que así fueren dispuestos expresamente en el contrato, como pueden ser el ingreso mínimo garantizado, o un premio por tránsito expedito o por seguridad vial, o los subsidios solicitados por el licitante en su oferta y que hubieren sido aceptados por el Estado;
- Ejercer permanentemente su autoridad en materia de cuidado y policía de caminos o el especial que corresponda en otros tipos de obras, especialmente cuando ella se relacione con el correcto uso de los bienes de la concesión por los usuarios; y
- Dar oportuna respuesta a las presentaciones que haga el concesionario de los proyectos de la concesión.

En síntesis, las primeras obligaciones del Estado, que emanan directamente de la legislación de las concesiones y del contrato, consisten en cumplir debidamente las obligaciones que conforman el régimen licitatorio y contractual de cada concesión.

De ello emana una primera fuente de responsabilidad del Estado, la que se radica en su deber de cumplir oportuna y cabalmente sus obligaciones legales, reglamentarias y del contrato que se han impuesto en favor del concesionario, al mismo tiempo que, como co-contratante, debe hacer sus mejores esfuerzos para liberarlo de turbaciones o embarazos en el ejercicio y goce tranquilo y pacífico de los bienes y derechos de la concesión.

El incumplimiento de uno o más de estos deberes hará nacer en el concesionario el derecho de requerir la correspondiente indemnización de perjuicios, incluso, por vía judicial si fuese necesario.

III.4.2. Artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones.

“Artículo 22. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente:

*2° Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario,..... 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 establecieron las bases de la licitación”.***

Esta norma establece una de las principales transferencias de obligaciones desde el Estado al concesionario, la que consiste en su deber de financiar y ejecutar las obras en la etapa de la construcción, aún cuando acontezcan hechos que provengan de caso fortuito o fuerza mayor, o sean consecuencia de acciones u omisiones de los constructores o de los suministradores contratados por la sociedad concesionaria, eventos ante los cuales se limita expresamente la responsabilidad del Fisco, salvo otra estipulación en contrario de las Bases de Licitación.

Sin embargo, el texto legal que en apariencia es enteramente limitante de responsabilidad para el Estado, a lo menos, fija dos fuentes de ella que pueden resultar comprometidas:

- En el evento que por estipulación de las Bases y, derivadamente, del contrato se determine la concurrencia del Estado a sufragar todo o parte de los perjuicios provocados por la ocurrencia del caso fortuito o de fuerza mayor, durante la etapa de construcción, en cuyo caso resultará obligado por el contenido de la estipulación especial contractual sobre responsabilidad o co-responsabilidad; y
- El hecho de que el Fisco, por medio de la Ley, no ha limitado su responsabilidad ante la ocurrencia de caso fortuito y de fuerza mayor en las etapas previas de vigencia de la concesión como es el cada vez más frecuente período intermedio fijado para el desarrollo de las ingenierías de detalles y de expropiaciones que antecede al inicio de la etapa de construcción, ni de modo

general, tampoco durante el transcurso de la etapa de explotación, como se analiza en el siguiente numeral.

III.4.3. Artículo 22 N° 3 de la Ley de Concesiones.

“Artículo 22. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente:

3° Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización sin perjuicio de las compensaciones que procedan”.

Si esta norma no hubiese sido prevista de modo expreso en la Ley de Concesiones, el principio jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado sería el mismo, como consecuencia de la aplicación de las normativas ya comentadas, que estatuyen sobre los principios y normas positivas que rigen el cumplimiento de las obligaciones contractuales y de las que regulan la responsabilidad de las partes, en caso de incumplimiento.

La estipulación expresa de esta normativa, en su aspecto inicial y declarativo del deber del Fisco de dar cumplimiento a todas sus obligaciones contractuales, puede tener sustento en la importancia atribuida en las reformas legales de remarcar la obligatoriedad para los funcionarios que representan al Estado, de cumplir cabalmente sus obligaciones.

Sin embargo, la segunda parte de esa norma, que regula la forma de compensar, tiene la particularidad de definir un sistema bastante preciso, al menos, conceptualmente. En primer lugar, estatuye el aumento de los plazos contractuales que no han podido ser logrados por el concesionario, por cualquier causa imputable al Fisco, por la misma extensión que el **entorpecimiento o impedimento** que se ha originado.

Pero, hay más. Al reconocer la Ley que los daños y perjuicios que de dicho hecho o hechos se pueden derivar al concesionario, se estipula expresamente el deber adicional del Estado de efectuar **“las compensaciones que procedan”**. En términos económicos y financieros, el modo de compensación definido con aumento de plazo genera importantes pérdidas del valor presente de lo que por esa vía se pagará, siendo mucho mayor aún si el período con que se compensará está distante en años o décadas. De allí, que en los casos que se acrediten demoras imputables al Fisco, la compensación de daños y perjuicios será mayor mientras más tardía sea la época en que se hará posible la compensación por el mero aumento equivalente del o de los plazos que proceda.

Finalmente, los mismos principios generales del derecho analizados, establecerán idéntica obligación del Estado de compensar los daños y perjuicios que se originen en otros hechos u omisiones dañosos que sean imputables al Fisco, sin que sea necesario se expresen o traduzcan en retardo, como por ejemplo, cuando de hechos imputables se

derivan sobrecostos que ni legal ni contractualmente son de cargo del concesionario, ni en su ocurrencia él está obligado a soportar.

III.4.4. Artículo 35. Responsabilidad del MOP por daño a terceros.

“El concesionario responderá de los daños de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas después de haber sido adjudicado el contrato.”

Al analizar esta norma caben las mismas consideraciones ya formuladas al comentar la del Artículo 22 N° 3. Los principios y las normas generales del derecho también harían exigible la responsabilidad del Estado, derivada de sus acciones unilaterales potestativas o como contraparte del contrato, respecto de terceros como del propio concesionario.

Esta norma no especifica el modo en que deberán efectuarse las compensaciones e indemnizaciones respecto de terceros. Obviamente, no cabe aplicar los mecanismos de conciliación y arbitraje previstos por la ley, salvo en el evento que el concesionario responda frente a los terceros y luego, desee accionar ante el Fisco, para repetir el pago compensatorio de aquel a que hubiese resultado obligado.

Como comentario final en relación con las fuentes legales generales y especiales del régimen de las concesiones de obras públicas que son aplicables al Estado, como consecuencia de la responsabilidad legal y contractual, podemos afirmar que ellas se encuentran establecidas en plena concordancia con la legislación general y que el concesionario dispone de acciones y recursos suficientes en el marco del contrato, de la legislación y de la propia Constitución para hacer valer la responsabilidad del Estado co-contratante y exigir las compensaciones e indemnizaciones que procedan.

III.5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE SU INTERVENCIÓN UNILATERAL, EN EL EJERCICIO DE FACULTADES POTESTATIVAS EN EL DESARROLLO DE LA CONCESIÓN.

III.5.1. Conceptos generales.

El Legislador del régimen jurídico de las concesiones de obras públicas no ha querido privar al Estado de herramientas legales que aseguren la prestación del servicio público de la mejor forma posible, cuya gestión se ha entregado al particular.

Por ello, el Estado puede ser también objeto de otra clase de responsabilidad, esta vez por la actividad que desarrolle durante la concesión, ya sea amparado o no por normas legales que le faculden expresamente para intervenir unilateralmente en los términos del contrato de concesión. Pues, aún existiendo una norma jurídica que habilite al Estado para

ello, el sistema concesional no le otorga por ese hecho indemnidad respecto de los perjuicios que haya provocado en el concesionario.

Nos referimos específicamente al deber del Estado de utilizar correctamente las potestades estatales de intervención, las que permanecen y permanecerán en su titularidad, aún existiendo contrato de concesión, y que se contienen en diversas estipulaciones de la Ley de Concesiones, de su Reglamento y hasta en el propio texto del contrato.

Para estos efectos, entendemos por **correcto uso de las potestades**, aquél que se hace de una forma honesta, de buena fe, y que no suprime o desvirtúa el elemento conmutativo propio del contrato de concesión, es decir, que aquello que se ha obligado a dar o hacer el concesionario se mire siempre como equivalente de lo que el Estado debe dar o hacer a cambio, pues aún cuando el contrato administrativo se caracteriza en que su objeto inmediato es el servicio o necesidad públicos, en el que la Administración se halla en un plano superior por razones de interés colectivo, ello no le permite justificar un menoscabo en el patrimonio del concesionario.

El poder de intervención unilateral del Estado se manifiesta en muy variadas gamas de instrumentos o acciones u omisiones, que van desde las labores de control y supervigilancia que corresponde ejercer al Inspector Fiscal de la Concesión en las etapas de construcción y explotación, hasta posibles requerimientos efectuados directamente a través del Director General de Obras Públicas, quien, como hemos visto antes, puede requerir compulsivamente la modificación de las características de las obras y servicios contratados, amparado en el sólo **interés público fundado**. En otras oportunidades y bajo ciertos supuestos, pueden ser acciones de autoridades o funcionarios del Ministerio que en cumplimiento de sus funciones adopten decisiones o ejecuten acciones que produzcan daño en el contrato de concesión.

Las facultades de la Inspección Fiscal de la Concesión pueden ir desde la orden de modificar los cronogramas, proyectos, planes, programas y otros documentos presentados por la sociedad concesionaria; pasando por la posibilidad de disponer la forma y plazos para la ejecución de faenas que puedan alterar la prestación del servicio, etc.

Por ello, y debido a que no cabe al concesionario rechazar la intervención del Estado cuando ejercita las atribuciones que por ley le competen en materia concesional, la misma ley ha explicitado el derecho del concesionario para que se le resarza el daño que se provoque, a través de una compensación que se puede realizar modificando uno o más factores del régimen económico de la concesión, tales como tarifa, pagos del Estado, etc. y los mismos plazos de la concesión.

Para precisar las formas que puede asumir dicha compensación, en algunos casos la propia Ley y su Reglamento han determinado cómo debe producirse; en otras oportunidades las Bases de Licitación llegan a precisar el modelo que servirá para fijar la compensación. Por último, en caso de no existir un procedimiento previo o en caso de no

existir acuerdo entre las partes, siempre cabrá a la concesionaria la posibilidad de recurrir a las instancias jurisdiccionales dispuestas en el Artículo 36 de la Ley de Concesiones.

III.5.2. Normativas especiales de responsabilidad en el régimen legal de estas concesiones.

Además de la responsabilidad en que el Estado puede incurrir como autoridad en el ejercicio de facultades potestativas, se agregan las responsabilidades contractuales en las situaciones del derecho común que reconocen responsabilidades especiales en el régimen concesional, como las ya transcritas de los Artículos 19° inciso 1°; 22 N° 2 y 3 y del 35, éste último, en especial con relación a terceros.

III.6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON MOTIVO DE CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS QUE ALTERAN LA CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO Y ARRIESGAN O IMPIDEN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO INVOLUCRADO.

III.6.1. Planteamiento General.

Después de examinar las fuentes de responsabilidad legal y contractual aplicables al Estado, sea que provengan de sus hechos como órganos que lo integran o se deriven de las acciones u omisiones de sus representantes, centraremos la atención en otras materias y estipulaciones, que proceden de orígenes y que producen efectos enteramente diversos. Ellos se analizan en los capítulos V y VI, secciones V.1.3. y VI.5. Pero, estimamos procede una breve mención en esta sección, para mostrar la globalidad de las fuentes de responsabilidad estatal en las concesiones de obras públicas que se contratan.

Por ello tratamos separadamente ciertas circunstancias que no provienen de hechos de las partes o de sus representantes. Además, ellas tienen en común la condición de que no pudieron ser previstas al momento de su contratación, ni resistidas por ellas y de su ocurrencia se derivan derechos especiales consagrados en estipulaciones de la Ley de Concesiones o de los principios generales del derecho y eventualmente, en el propio contrato de concesión, pues diversas normas de la ley facultan su regulación en las Bases de Licitación, entre otras, el Artículo 7°, letra f); el 22 N° 3; el 23 N° 2, letra b); el 26 N° 3, y el 27 N° 4, y principal y derechamente, las contenidas en el Artículo 19 incisos 3° y 4°.

De estas situaciones puede emanar una particular responsabilidad para el Estado que lo lleva a la obligación de efectuar compensaciones, pero a un título jurídico del todo diferente. Se trata de las particulares figuras jurídicas que resultan:

- de la aplicación de los principios generales del derecho, que fundarían la validez de la **Teoría de la Imprevisión** en los contratos de concesión de obra pública, y

- del derecho expresamente estipulado en la Ley de Concesiones, a favor del concesionario, de solicitar la revisión de aspectos del contrato para compensarle **por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.**

Sobre el Estado pesa el principio de juridicidad y el fin de la búsqueda del bien común, como instrumentos que guían a sus órganos en su objetivo de procurar el bien común general y los bienes comunes específicos inherentes. En otras palabras, las potestades públicas están dotadas de ciertos fines, para cuya consecución han sido conferidas y cuyo ejercicio se subordina al objetivo de alcanzar el bien común específico que se busca en la competencia o potestad administrativa concreta que se ejerce.

Así, siempre existirá un vicio, si la actuación del Estado no persigue un fin de bien público o lo hace tras uno no comprendido en la competencia de la cual proviene, como cuando no persigue bien común alguno.

Por ello, la Ley de Concesiones se ha puesto en el caso de que en un contrato de larga duración -el que puede llegar a extenderse por hasta 50 años- ocurran circunstancias sobrevinientes posteriores al perfeccionamiento del contrato, de las cuales se derive una ruptura del equilibrio económico general de los derechos y obligaciones del contrato. Por ende, pudiere peligrar o arriesgarse la prestación del servicio público involucrado. El reconocimiento de esas causas sobrevinientes es un ejemplo de como se ha acentuado la moralización del Derecho de las Obligaciones, a partir de otras instituciones jurídicas como la teoría del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la ampliación de la responsabilidad extracontractual o la causa ilícita.

Estas instituciones tienen por finalidad encontrar soluciones de mayor equidad en contratos de larga duración o muy complejos, en que es imposible que las partes puedan, *ab initio*, determinar cada una de las eventualidades que pudieren ocurrir.

Durante la ejecución de un contrato de largo plazo o muy complejo, como lo es el de concesión de obras públicas, las Bases de Licitación y la oferta de los licitantes no pueden prever todas las circunstancias susceptibles de acaecer o producirse a lo largo de la vida del mismo. Por ello, pueden sobrevenir ciertas condiciones y circunstancias que, independientes de la voluntad del Estado y del concesionario, incluso algunas que pueden ser originadas o producidas directa o indirectamente por un acto de la administración, pero que no se relaciona como parte del contrato mismo, hagan que se distorsione el conjunto de derechos y obligaciones en él contenidas, incluidas sus estipulaciones económicas y financieras.

Estos temas serán tratados y analizados en las secciones V.1.3. y VI.5., de este informe.

IV.- RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

La responsabilidad a que se sujetan estas sociedades concesionarias también emanan de la legislación y del contrato.

IV.1. RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN LA LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE.

Al concesionario se le aplica el derecho público, según lo prescrito en el Artículo 21 de la Ley de Concesiones y, además, el Derecho de las Obligaciones que regula el Código Civil, principal y fundamentalmente en similares términos a los señalados al tratar antes la responsabilidad del Estado. Es decir, para el concesionario también es ley el contrato de concesión legalmente celebrado, como prescribe el Artículo 1545, del Código Civil, según lo antes analizado en las secciones III.1. y III.3. del capítulo anterior.

Igualmente, a la sociedad concesionaria le corresponde cumplir de buena fe sus obligaciones, de lo que resultará incluso la hipótesis de constituirse en sujeto obligado de un dar o hacer algo que en sí mismo no se encuentra expresamente regulado o explicitado en su contrato, pero que por su naturaleza o en razón de la costumbre lo hacen necesario para cumplir a cabalidad el contrato de su concesión.

También, al concesionario le cabe hacerse responsable de los perjuicios que su incumplimiento total, tardío o imperfecto de obligaciones pudiere provocar en el co-contratante, si bien para estos casos -siguiendo de cerca la legislación y práctica de los contratos de obra pública- la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación manifiestan dicha responsabilidad en figuras sancionatorias de variada magnitud, particularmente reguladas por los Artículos 18 y 29 de la Ley de Concesiones.

El régimen legal de derecho público, de modo directo establece algunas figuras de tipo administrativo general muy particulares y propias de este régimen legal concesional, como lo son la obligación de "cesión forzosa de la concesión" o su "terminación por incumplimiento grave", dejando a las Bases de Licitación la precisión de las causales y cuantías de las sanciones específicas por incumplimientos contractuales.

IV.2. RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN EL RÉGIMEN LEGAL CONCESIONAL.

La columna vertebral de las obligaciones principales y centrales que asume el concesionario tanto al participar de la Licitación y Adjudicación como desde el momento en que se perfecciona su contrato de concesión, emanan de la propia Ley de Concesiones y de las demás normativas legales generales y de las técnicas aplicables al tipo de obra y de servicios sobre los que recae cada concesión. A la vez, la concreción de sus

contenidos y alcances se perfilará de modo preciso y detallado en las particularidades regulatorias que se incorporen en las Bases de Licitación y en el contrato de cada concesión y, ciertamente, en aquellos requerimientos que surgen del proyecto de las obras y servicios que ella conforma.

La estructura rectora de las principales obligaciones del concesionario de obra pública resulta de las normas legales contenidas en los Artículos 22 N°2 y 23, en relación con los demás factores estructurantes del contrato y proyecto de obras y servicios, sobre los que recae la concesión. Pasamos a su análisis separado.

IV.2.1. Las obras se efectúan a entero riesgo del concesionario.

El contrato de concesión de obra pública, es una de las modalidades posibles para que el Estado efectúe las obras públicas fiscales que son de su cargo, según se establece en el Artículo 87 del DFL MOP N° 850 de 1997, Ley Orgánica del Ministerio y en los Artículos 1° de la Ley y Reglamento de Concesiones.

Como tal, la primera y fundamental obligación de este concesionario es la ejecución de las diversas faenas y trabajos que conforman la obra que constituye el objeto del contrato de concesión. A su vez, ellas pueden consistir en la construcción de obras entera o parcialmente nuevas, o en la reconstrucción, o en el mejoramiento de los estándares constructivos o de servicio de obras preexistentes e, incluso, en la sola mantención de éstas últimas. Habitualmente, las obras que se contratan por concesión, implican una mezcla de los distintos tipos de actividad constructora, las que se aplican a obras del todo o en parte nuevas acompañadas de mejoramiento, reconstrucción y conservación de obras anteriores.

Por la naturaleza y definición legal de estas concesiones, la sociedad concesionaria se obliga a ejecutar enteramente la obra que definen las Bases y el proyecto, con arreglo a las normativas técnicas y a los contenidos y reglas de las ciencias, técnicas y artes aplicables, asumiendo su financiamiento total.

Un caso en que esta obligación de financiación total se modifica o limita parcialmente se presenta cuando, como consecuencia de los contenidos de las Bases de la Licitación, de la Oferta y Adjudicación de la concesión, en dicho contrato se incluyen **subsidios** para dicha fase de obra, según permiten y estipulan expresamente los Artículos 7° letra c) y 11 de la Ley, lo que deberá constar de las Bases de Licitación, Decreto Supremo de Adjudicación y, consecuencialmente, en el contrato de la respectiva concesión.

De no existir dichas estipulaciones expresas sobre la concurrencia del Fisco al financiamiento de una concesión, mediante subsidios, el total de los costos de las obras es de cargo del concesionario, en los términos y para las situaciones que expresamente define el Artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones que estipula:

“Artículo 22. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente:

2º 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”.

De este modo, por expresa disposición legal se encuentra en la esencia de estos contratos de concesión el traspaso por el Estado al concesionario de la obligación de financiar el total de la inversión y gastos requeridos para la ejecución de las obras en el contexto y alcances que el contrato de concesión y el proyecto requiera, salvo expresa estipulación de aporte del Estado, mediante subsidios.

Para precisar aún más el sentido y alcance de esta obligación central de financiación total que asume el concesionario en estos contratos, podemos citar una norma contenida en el Artículo 2º, numeral 2, letra b), con clara relación con el Artículo 3º, numerales 1 y 2 de la Ley N° 19.460 de 1996, que sustituyen o introducen nuevas normas a los Artículos 16 y 55 del DL N° 825 de 1974, Ley del IVA y a los Artículos 15 y 30 del DL N° 824 de 1974, Ley de la Renta. En ellas, con un objeto directamente tributario, se describe de modo más preciso y separado los diversos conceptos e items que se incluyen dentro del alcance total de la inversión a que se obliga el concesionario, para ejecutar las obras de la concesión.

Citamos el tenor literal de la disposición que se agregó como letra c) al Artículo 16 de la Ley del IVA, por el numeral 2 del Artículo 2º de la Ley N° 19.460 de 1996, que modifica y amplía el régimen de las concesiones de obra pública:

“En los contratos de construcción de obras de uso público cuyo precio se pague con la concesión temporal de la explotación de la obra -sea que la construcción la efectúe el concesionario original, el concesionario por cesión o un tercero-, el costo total de la construcción de la obra, considerando todas las partidas y desembolsos que digan relación a la construcción de ella, tales como mano de obra, materiales, utilización de servicios, gastos financieros y subcontratación por administración o sumaalzada de la construcción de la totalidad o parte de la obra. En el caso de que la construcción la efectúe el concesionario por cesión, la base imponible estará constituida por aquella parte del costo en que efectivamente hubiere incurrido el cesionario, sin considerar el costo facturado por el cedente, en la fecha de la cesión respectiva;” ...

De este modo la propia ley describe precisamente el alcance de la obligación de financiamiento de las obras que deben ejecutarse en la concesión, que la ley y el Contrato transfieren al concesionario, con la sola excepción de aquellos casos en que, de modo expreso, el Fisco compromete y asume subsidios para efectuar dicha construcción.

IV.2.2. Traspaso al concesionario del riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor durante la fase de construcción.

De conformidad con la misma norma legal del Artículo 22 N° 2, durante la etapa de construcción de las obras el **FISCO-MOP** traspasa al concesionario el riesgo y cargo de los costos que **“... procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”**.

Sin embargo, la distribución de ese riesgo, puede ser diferente de conformidad con la parte final del N° 2 del Artículo 22, en relación con la letra f) del Artículo 7° de la Ley de Concesiones, que a su vez estipula, en su parte final:

“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”.

Por su parte, y en completa armonía, con la norma antes transcrita, el Artículo 7, letra f), de la Ley de Concesiones, dispone:

“La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación:...

f) Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor”.

Como consecuencia del contenido de estas normas estructurales del régimen legal de las concesiones de obras públicas, el Estado no sólo traspasa al concesionario el cargo de la inversión requerida según el proyecto y normas de la concesión a su entero riesgo, sino que éste deberá asumir, incluso, las consecuencias propias del **“caso fortuito, la fuerza mayor o de cualquier otra causa”**, con la sola salvedad de aquellos casos en que hubiere estipulación expresa de la concurrencia del Fisco para subsanar los efectos de los eventos de ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor que se presentasen en el periodo de la “fase de construcción”.

Llamamos la atención de que estas normativas no regulan de modo genérico el traspaso al concesionario del riesgo derivado de la ocurrencia del caso fortuito, de la fuerza mayor

o de cualquier otra causa, en la etapa de la explotación, y muy en especial, tampoco lo hacen para el período intermedio entre el perfeccionamiento de la adjudicación y el inicio del cómputo de los plazos, total de la concesión y él de su fase de construcción. Ellas fueron expresamente incorporadas en las normas de los Artículos 9°, inciso final y 25 en sus incisos 1° y 2° de la Ley de Concesiones, por los numerales 3 y 7 del Artículo 1° de la Ley N° 19.460 de 1996. Las Bases de Licitación muy reiteradamente las han utilizado desde la publicación de esa Ley, ocurrida el 13 de Julio de 1996, creando contractualmente períodos de 6 o 10 meses entre el día de perfeccionamiento de la concesión y la fecha en que comienzan a computarse sus plazos, principalmente con el objeto de desarrollar las ingenierías de detalles y las expropiaciones requeridas para las obras de la concesión.

IV.2.3. Obligación de conservación de las obras, accesos, señalización y servicios en condiciones normales de su utilización.

Los Artículos 23 N° 1 y 24, ya citados entre los conceptos básicos del sistema concesional de obra pública chilenos, imponen al concesionario la obligación de cuidado de las obras, en el nivel requerido técnica y contractualmente para la adecuada prestación del servicio. Esta obligación es una consecuencia de la principal, que consiste en la construcción de la obra objeto de la concesión para prestar el servicio a que ella se destina.

Se trata no sólo de una obligación legal en la etapa de explotación, sino que puede serlo ya desde la fase de construcción de conformidad con el sentido de la disposición del Artículo 24 de la Ley y del tipo de proyecto del contrato de concesión. Por ello, en numerosos casos de contratos de concesión de obras parcialmente preexistentes, dicha obligación existe desde la entrega de los terrenos y obras sobre los que recae la concesión, así como por claras estipulaciones de tipo contractual que, en esos casos, se incorporan tanto en las Bases de Licitación como en el proyecto de la concesión, con lo cual dicha obligación se traslada por ambas vías al contrato respectivo, como ocurre en los contratos de concesión de las Rutas 5 y 68, a modo de ejemplo.

IV.2.4. El concesionario está legalmente obligado a prestar el servicio de modo continuo y en condiciones de absoluta normalidad.

La norma del Artículo 23 N° 2 de la Ley, en sus letras a) y b), fija las condiciones de prestación del servicio durante la fase de explotación, obligando al concesionario a:

2° *La continuidad de la prestación del servicio le obligará especialmente, a:*

- a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y***

- b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.**

Del texto legal y de las normas reglamentarias de las concesiones de obra pública, así como de la forma en que se expresan en las estipulaciones de cada contrato de concesión resultarán precisados y detallados los niveles constructivos y de conservación de las obras que resultan requeridos y exigibles para la prestación del o de los servicios sobre los que recae la concesión.

Finalmente, procede remarcar que la responsabilidad del caso fortuito y la fuerza mayor durante la fase de la prestación de los servicios propios del período de explotación de las obras son remitidas por la ley a las estipulaciones de las Bases de Licitación.

IV.2.5. Régimen legal y contractual sancionatorio de los incumplimientos del concesionario.

Hemos indicado antes que, como consecuencia de su inmersión en las normativas y prácticas del derecho público y, en particular, por ser una de las modalidades aplicables para el desarrollo del contrato de obra pública, los incumplimientos del concesionario se sancionan con un sistema de multas y otras instituciones especiales que define la Ley y que, en parte, admiten regulación contractual.

Las disposiciones de los Artículos 18, 27, 28, 29, 30 y 36 constituyen la base del sistema sancionatorio aplicable, del modo que precisamente regulan las Bases de Licitación en cada contrato de concesión.

IV.2.5.1. Multas.

Estas se disponen en cada contrato, según la expresa facultad que confiere el Artículo 18, tanto para las fases de construcción como de explotación, en las que el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones las multas que, precisamente, para ese efecto prevé ese Contrato.

Según lo dispuesto en el Artículo 29 de la Ley, la aplicación de las multas que se disponen en las Bases de Licitación y, su aplicación corresponderá a la respectiva Dirección del Ministerio que se encuentre encargada de la inspección y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario, designación que deberá constar de las Bases de Licitación y en el decreto supremo de adjudicación.

Ante el incumplimiento de obligaciones del concesionario, la Dirección encargada podrá imponer al concesionario las sanciones y multas aplicables en virtud de las normas del reglamento y de las bases de licitación, cuando éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales. El concesionario no puede excusar su pago, sin perjuicio del derecho de recurrir a los mecanismos jurisdiccionales que dispone el Artículo 36 de la ley.

Cuando las multas fuesen iguales o superiores a 500 unidades tributarias mensuales, esa Dirección no podrá imponerlas directa y unilateralmente, sino que requerirá el pronunciamiento previo de la Comisión que prevén los Artículos 29, 30 N° 1 y 36 de la Ley.

IV.2.5.2. Ejecución de garantías.

La capacidad sancionatoria o de ejecución de ciertas sanciones de que dispone la Administración prosigue con la posibilidad de que el Ministerio ordene ejecutar las garantías del concesionario. Ellas se precisan en la convocatoria a la licitación y en las Bases de Licitación.

Según lo dispuesto en los Artículos 12, 13 y 14 de la Ley de Concesiones y 29 y 39 de su Reglamento, las boletas de garantía deberán estar vigentes en todas las fases de la Licitación, Adjudicación y desarrollo del contrato y, por disposiciones que se han hecho comunes a todas las Bases de Licitación, hasta un tiempo ulterior a su término por la llegada del plazo, para responder de las diversas obligaciones que el concesionario asume en este contrato.

Cabe consignar que las boletas de garantía pueden ser ejecutadas por el Ministerio en aquellos casos expresamente regulados por el Reglamento y las bases de licitación de cada concesión. Destacamos que salvo expresa disposición de las bases, la normativa legal y reglamentaria no autoriza al Ministerio para ejecutar las boletas de garantía para el cobro ejecutivo de las multas que se impongan en el desarrollo del contrato.

IV.2.5.3. Otras instituciones sancionatorias.

Finalmente, la capacidad sancionatoria que la Ley permite en los contratos de concesión pueden llegar a aplicarse en niveles de magnitud máxima, de modo tal que ellas signifiquen hasta la privación de la propia concesión, como consecuencia de las sanciones de "cesión forzosa" de los derechos restantes del contrato o, incluso, con la extinción de la concesión en los casos de "incumplimiento grave" o "abandono de la concesión", si no tiene resultados positivos la cesión forzosa, que precede a la adopción de esta última.

En efecto, la normativa del Artículo 27, N° 3 establece la extinción de la concesión por "incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario", que el Artículo permite sea declarada por la Comisión establecida en el Artículo 36, a solicitud del Ministerio de Obras Públicas, por transgresión de alguna de las causales que al efecto se encuentren establecidas en las respectivas bases de licitación y contrato de concesión. Su declaración permite al Ministerio designar un interventor y proceder, en el plazo de 180 días desde esa

declaración, a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste. De no existir interesados en las tres sucesivas licitaciones que establece el Artículo 28, procederá declarar derechamente la extinción de la concesión.

Por último, en el caso antes tratado, o cuando concurra alguna otra causal establecida en el Artículo 27, la respectiva Dirección podrá solicitar la declaración de extinción de la concesión, previa aprobación de la Comisión Conciliadora, según expresamente establece el N° 3 del Artículo 30 de la Ley.

IV.3. RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE LA MATERIA Y TIPO DE OBRAS Y SERVICIOS QUE SON OBJETO DE LA CONCESIÓN.

El concesionario no sólo se encuentra afecto al cumplimiento del régimen legal y contractual del Contrato de Concesión celebrado con el Estado de Chile, sino que, también, al cumplimiento de las demás disposiciones legales y reglamentarias aplicables, sean derivadas de la legislación general o referida a materias específicas, tales como:

- normas legales, reglamentarias y técnicas de construcción y operación del tipo de obras objeto de la concesión,
- salud e higiene ambiental,
- laborales,
- de prevención de riesgos y seguridad,
- normativas tributarias,
- de medio ambiente, actualmente regulada por la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y su Reglamento, DS SEGPRES N° 30 de 1997, y las normativas técnicas ambientales aplicables según el tipo de obras. Todo ello, teniendo en cuenta las normativas o requisitos ambientales que expresamente puedan haberse estipulado en el contrato y proyecto sobre los que recae la concesión,
- las demás que resultaren aplicables según el tipo de obra, el territorio u otras aplicables a las obras y prestación de los servicios que constituyen el objeto de la concesión.

V.- LA MODIFICACIÓN, REVISIÓN, CESIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.

En este capítulo analizaremos los diferentes aspectos que pueden incidir o producir la modificación, revisión, cesión y terminación del contrato de concesión, en cuanto esos mecanismos permiten flexibilizar el contenido de los derechos y obligaciones del contrato de concesión, o ya que, en situaciones más extremas, admiten el cambio del titular de la concesión o ponen término al contrato, para evitar mayores problemas o perjuicios que deriven de situaciones no superables por otras vías de mercado, contractuales o legales.

La Ley de Concesiones, en el contexto de las normativas constitucionales y legales aplicables del derecho público y privado, conforma el eje de las obligaciones principales y centrales que asumen las partes en las etapas precontractuales, de la licitación, adjudicación y otorgamiento de la concesión de obra pública, y del respectivo contrato, al perfeccionarse éste, tras cumplirse las diversas solemnidades legales y de Bases.

Los precisos contenidos y particulares alcances de los procesos licitatorios y contractuales de las concesiones se contienen en detalle en las regulaciones específicas que emanan de las Bases de Licitación y Oferta adjudicada, que integran el contrato de la concesión, con la debida consideración e incorporación de las normativas legales y técnicas que procede aplicar según la naturaleza y circunstancias de la materia y tipo de las obras y servicios propios del proyecto y de sus estipulaciones contractuales.

Por ello, en este Informe sólo se puede abordar las normativas legales aplicables de modo general a las concesiones de obra pública, sin entrar a especificar las estipulaciones que precisan el contenido de las distintas instituciones y mecanismos previstos por las leyes, en su regulación detallada que contienen las Bases de Licitación de concesiones y los contenidos relevantes de las Ofertas Técnica y Económica del grupo adjudicatario y, cuando proceda, en la modalidad en que ella ha resultado adjudicada.

Varias de las instituciones y mecanismos legales que se analiza, disponen de contenidos normativos mínimos o básicos, que normalmente regulan el contrato de modo directo o que se han estipulado como supletorios, para cuando las Bases nada dispongan sobre el particular, tales como las reglas sobre compensación de los Artículos 19 y 20 de la Ley.

Tampoco se explicitarán los especiales contenidos que la Ley de Concesiones ha introducido a la institución jurídica y normativa de la “QUIEBRA”, pese a que en las tres sucesivas leyes ampliatorias de su régimen legal, se ha generado un tratamiento muy especial y único para el evento de ocurrir, pero no incide especialmente en la materia en estudio. Así el Artículo 38 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dispone que una vez ella declarada, la Junta de Acreedores podrá decidir:

- a) la cesión de la concesión en una, o más, subastas, o
- b) la continuidad efectiva del giro del concesionario por el plazo que restare al contrato bajo las normas de administración de la quiebra.

Esta última figura es muy excepcional en el derecho chileno, pues se estipuló para favorecer el otorgamiento de financiamiento a la concesionaria y dar un mejor derecho de salvaguardia económica a esos financistas. Ambas hipótesis derivan en otras instituciones de la concesión como su cesión forzosa o en una forma diferente de administrar la concesionaria. Además, la norma prevé que en el caso de Quiebra el Ministerio, debe designar un funcionario para coordinar con el Síndico y la Junta de Acreedores, en orden a velar por el mantenimiento del objeto de la concesión.

V.1. NORMAS LEGALES QUE REGULAN LAS POSIBLES MODIFICACIONES Y REVISIONES POR LAS PARTES DEL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

Resulta muy difícil o imposible prever todas las contingencias que pueden ocurrir durante el desarrollo de contratos de tan extendido interés social, que por lo general se celebran por plazos muy largos y están expuestos a la incidencia de numerosos factores técnicos, económicos y sociales. Por ello, la Ley de Concesiones ha creado mecanismos acotados que permiten su variación durante el transcurso de la concesión, tanto por el mutuo acuerdo de las partes, como por la voluntad unilateral o potestativa de la autoridad pública del Estado, como ante otros tipos de eventos propiamente externos al contrato y a sus partes, que pueden impactarlo negativamente.

Si bien esta facultad de variación de lo contratado no es habitual en el derecho público chileno, en que los entes públicos que integran la Administración del Estado carecen de las potestades de modificar sus contratos o ellas están muy acotadas, estas instituciones jurídicas no son tan ajenas a las normativas que regulan el contrato de Obra Pública, que estipula la Ley Orgánica del Ministerio y su Reglamento de Contratos de Obra Pública.

En esos cuerpos normativos, existen diversas instituciones de excepción que toman nota de las peculiaridades del rubro y de los trabajos de interés público que se encarga ejecutar por esos contratos. Ellos admiten diversas figuras especiales, tales como:

- el Artículo 86 de su Ley Orgánica, que permite adjudicar y perfeccionar contratos, además de los que se licitan de modo público, en los casos y situaciones en que procede hacerlo mediante: trato directo; por cotización privada; por contrato de administración, y de administración delegada. Además, de su modalidad de Concesión de Obra Pública Fiscal, que consagra el Artículo 87, siguiente.
- disponer aumentos de obra, obras nuevas o extraordinarias, modificación de las previstas o el empleo de materiales no considerados hasta por los porcentajes de la inversión contratada al inicio que varían según el sistema de precios de cada contrato. (Artículos 96 a 100 del Reglamento de Contratos de Obras Públicas).

- hacer reducciones de ellas y compensaciones de costos por mayores y menores obras y faenas. (Artículos 96 a 101, del Reglamento de COP).
- **“órdenes de ejecución inmediata”** en los casos de **“urgencia”** en que a solicitud escrita del Inspector Fiscal, y con acuerdo del contratista, se ordena aumento de las cantidades de obras del contrato, sin esperar la dictación y trámite de la Resolución respectiva, sólo con la aprobación del directivo que incumbe según la competencia por “Montos”. En estos casos el Ministerio para ayudar a financiar las mayores obras, puede anticipar -contra la garantía y retenciones respectivas- hasta el 80% del valor de las obras ejecutadas, imputándolo a anticipo de la ampliación, mientras se dicta esa Resolución y se perfecciona la modificación del contrato con su suscripción y protocolización notarial. (Artículo 97, Reglamento de COP)
- aceptar modificaciones propuestas por el contratista que perfeccionan los proyectos contratados y en el caso de implicar rebaja de costos, entrega un premio a su proponente, consistente en un porcentaje del valor de la economía efectiva (Artículo 101 del Reglamento de COP).

Estas tan especiales alteraciones de las obras y del contrato permiten reconocer la existencia de necesidades nuevas o de imprevistos que no se pueden fijar o prever al estudio del proyecto, ni a la celebración del contrato.

V.1.1. Por mutuo acuerdo, Artículo N° 20:

El principio general del derecho que se consagra en el Artículo 1545 del Código Civil, establece que los contratos no pueden ser modificados sino por el mutuo acuerdo de sus partes o por causas legales.

La Ley de Concesiones, en concordancia con la normativa de la Ley Orgánica del MOP, ha incluido expresamente este principio, para facultar -más allá de toda duda- al Ministerio en el sentido de poder modificar los contratos de concesión de obra pública.

Además su objetivo es prolongar, o suplir, las normas del estatuto jurídico de los contratos de obras públicas de ese Ministerio, que regulan estas posibilidades, con variaciones en la forma de pago. Pero como las normas de la Ley Orgánica del MOP y de su Reglamento de Contratos de Obras Públicas, hace de cargo directo y en dinero los correspondientes pagos del Fisco, incluido el “premio” al contratista proponente de cambios, la Ley de Concesiones ha estipulado amplias modalidades de pago, para ahorrar al Fisco desembolso de dinero.

V.1.1.1. Momento y Objeto de la modificación contractual.

De este modo, el Artículo 20° de la Ley regula y dispone que:

“Si durante la vigencia de la concesión, la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento por iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, se procederá a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión.”

De la primera parte del inciso 1° resulta:

- Esta modificación del contrato puede pactarse durante toda la vigencia de la concesión, que las Bases y decreto supremo de adjudicación estipulan y precisan con arreglo a lo dispuesto en las normas de los Artículos 8°, 9° inciso final y 25 incisos 1° y 2° de la Ley de concesiones.
- La modificación debe consistir en una **ampliación o mejoramiento de la obra**, en razón de que ella resultare insuficiente para prestar el servicio básico al que se destina, en los niveles definidos en el contrato de concesión.
- Ambas partes del contrato deben convenir, de modo voluntario, la ampliación o mejoramiento de la obra y su compensación.

V.1.1.2. Formas de convenir la compensación por las mayores obras pactadas.

El Artículo 20 inciso 1° en su parte final, faculta al Ministerio para convenir

“Las particulares condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión, quedando facultado el Ministerio de Obras Públicas para incluir en dicho convenio, como compensación, sólo uno o varios de esos factores a la vez”.

A su vez, el inciso segundo de esa norma legal, faculta a la Administración para que en las Bases de Licitación contemple y defina los mecanismos de compensación que pueden ser utilizados por las partes para el caso convenirse este tipo de modificación de la obra. Para ello se autoriza utilizar como elemento de pago de las obras adicionales no previstas en el contrato, el plazo de la concesión o cualquiera otro de los factores del régimen económico, permitiéndose el uso de uno o varios de ellos, a la vez. De encontrarse establecidos estos mecanismos en las Bases ellos son vinculantes para las partes.

V.1.1.3. Requisito y solemnidades de la modificación contractual.

La modificación del contrato debe establecerse dando cumplimiento a:

- **Un convenio complementario** suscrito por las partes, en que conste el contenido de la ampliación o mejoramiento de la obra que se pacta, incluyendo los valores a pagar o la forma en que ellos se determinarán y los mecanismos del régimen económico que se usarán para compensar a la sociedad concesionaria.
- **Un Informe previo de la respectiva Dirección**, el que deberá ser favorable, fundado y anterior a la aprobación estatal del convenio.
- Un Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas que apruebe el convenio correspondiente, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

Cabe establecer que en su práctica administrativa el Ministerio ha considerado que la normativa del Artículo 20 no procede que se aplique en aquellos casos en que la modificación pactada **sólo recae sobre los “servicios de la concesión”**, sin basarse, disponer o relacionarse con una modificación de la obra misma del contrato. Para esos casos, el Ministerio sólo estima procedente la modificación contractual a partir de la normativa del Artículo 19°, por orden de interés público, aún cuando exista acuerdo de las partes sobre las compensaciones e indemnizaciones que procedan.

V.1.2. Modificación potestativa del contrato fundada en razones de interés público, Artículo N° 19 incisos 1°, 2° y 4°.

Esta posibilidad, contenida en el Artículo 19 de la Ley, ya se ha comentado en cuanto es una característica peculiar que habilita al poder público para introducir cambios en las obras y servicios de modo unilateral, si tiene por fundamento una causa de interés público.

A su vez, la historia legislativa de la norma muestra cómo sucesivamente se ha procurado resguardar esta facultad de la Administración, y simultáneamente, defender la estabilidad y el monto de las obligaciones del concesionario, limitando el riesgo de un ejercicio arbitrario o abusivo, tanto en los montos máximos de inversión que pueden alcanzar dichas órdenes, como la época del desarrollo del contrato en que se dispongan.

Esta doble lógica permite asumir y viabilizar el interés público legítimo que se desee atender, equilibrándolo con la máxima certeza posible que debe tener el negocio que se contrata en la concesión, para lo cual se limitan los montos máximos de inversión y el plazo en que puedan ordenarse, reforzándose la definición de los derechos de compensación e indemnización que proceden en favor de la sociedad concesionaria.

V.1.2.1. Momento y Objeto de la modificación contractual:

El Artículo 19 de la Ley, en su inciso primero, establece:

“El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados...”

Por su parte el inciso 2°, recién introducido por la Ley 19.460 de 1996, dispone:

“Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria”.

De estos textos legales se concluye que:

- **Desde que se perfeccione el contrato**, el Ministerio queda facultado para ordenar estas modificaciones. Ello significa que estas órdenes pueden cursarse después de suscrito y protocolizado notarialmente el texto del decreto supremo de adjudicación por los representantes de la sociedad concesionaria.
- La modificación debe incidir en **las características de las obras y servicios contratados**.
- **La orden debe emitirse por el Ministerio** con fundamento en una razón de interés público. El inciso 4° de la disposición exige expresamente que ella sea **“fundada”**. Si ese requisito no se explicitara, esa condición resultaría igualmente obligatoria en función de las normas generales aplicables al accionar del Estado, que debe motivar sus actos explicando la naturaleza del interés público que en ellos persigue, en especial el Artículo 2° de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.
- **Dicha orden sólo podrá requerirse hasta antes de transcurrida la mitad del plazo total de la concesión**, salvo otra estipulación expresa de las Bases de Licitación o la aceptación voluntaria de la sociedad concesionaria.

- El Ministerio, tampoco podrá dictar una orden cuyo valor máximo de nueva inversión exceda del 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, con la excepción que las Bases de Licitación hubiesen estipulado de modo expreso otro monto exigible y, ciertamente, en los casos en que exista acuerdo expreso de la sociedad concesionaria.

V.1.2.2. Formas de compensar por las mayores obras y servicios ordenados.

En cuanto a la forma de fijar las compensaciones, la parte final del inciso primero del Artículo 19 obliga a la Administración a compensar e indemnizar si hubiere perjuicio, permitiendo el acuerdo directo de las partes o, en su defecto, remitiendo la solución de los conflictos a la Comisión que establece el Artículo 36 de la Ley.

Para los efectos sustantivos de fijar la compensación e indemnización para el pago de las obras y servicios adicionales no previstos en el contrato y de los perjuicios que con ocasión de ellas se causaren, la ley faculta a utilizar como instrumentos para el pago:

- el plazo de la concesión,
- las tarifas, los aportes o subsidios, y
- otros factores del régimen económico de la concesión,

Utilizando para ello de modo separado uno de esos factores, o combinando varios de ellos, a la vez. De haberse establecido en las Bases estos mecanismos compensatorios, ellos resultan obligatorios de seguir para las partes.

V.1.2.3. Requisitos y solemnidades de la modificación contractual por orden basada en interés público.

Las disposiciones incorporadas en el Artículo 19 en las tres sucesivas leyes modificatorias de esta década, establecen que la modificación del contrato que esa norma regula, debe establecerse mediante un decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá, además, ser firmado por el Ministro de Hacienda.

Sobre el tema, procede indicar que según el tenor de la ley, la modificación del contrato debe constar en el texto de un decreto supremo fundado. Sin embargo, la práctica del Ministerio, con el precedente de, a lo menos, dos casos en los cuales ya ha tomado razón la Contraloría General de la República, ha hecho que - ante el acuerdo entre las partes- se suscriba un convenio complementario el que se aprueba por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas y que, además, llevará la firma del Ministro de Hacienda.

V.1.3. Revisión modificatoria del contrato fundada en causas sobrevinientes, Artículo N° 19, en especial su actual inciso 3°.

Un contrato de concesión de obra pública pactado en términos rígidos puede dañar en lo futuro el interés social, al congelar por años o décadas una situación de obras y servicios, por lo que, en su licitación y contratación, resulta conveniente prever las posibles formas para su adecuación en el tiempo venidero según situaciones cambiantes o emergentes que puedan afectarle.

La autoridad pública ha comprendido que el interés social comprometido en la obra que se otorga en concesión, por lo que se ha estipulado en la Ley, puede requerir que se modifiquen y amplíen las obras y servicios contratados, por razones de conveniencia mutua a ambas partes del contrato o por causa de interés público, las que suelen aparecer revestidas de un alto grado de imperatividad en cuanto a la envergadura y momento del cambio. Como lo hemos señalado en las anteriores secciones V.1.1. y V.1.2. la legislación chilena de concesiones de obra pública admite esas posibilidades, siguiendo y adaptando la normativa general de los contratos de obras públicas.

Sin embargo, durante el desarrollo de estos contratos de concesión también pueden incidir factores externos e imprevisibles que afecten a los aspectos físicos, a la servicialidad de las obras sobre las recae u otras de las estipulaciones del contrato con que éste se estudió, licitó y contrató.

Es muy amplia la gama de diversos tipos de riesgos específicos que pueden afectar a estos contratos durante su ejecución, incluyendo acciones que pueden emanar del propio Estado en su carácter de poder público, dotado de facultades potestativas, las que trascienden su rol paralelo de ente público concedente y co-contratante de esa concesión.

Para modernizar y viabilizar las concesiones de obras públicas surgió la necesidad de regular por ley la institución de la revisión de factores del contrato por la incidencia que en ellos pueden alcanzar hechos externos, que así lo justifiquen. Esta regulación legal, que es muy propia y exclusiva del régimen de las concesiones de obra pública, actualmente se encuentra inserta en el Artículo 19, en particular en sus incisos 3° y 4°, que disponen:

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

4. *"Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda".*

V.1.3.1. Conceptos generales que fundamentan la revisión modificatoria del contrato por causa sobreviniente, que así lo justifique.

Para una mejor comprensión de la regulación legal y de las estipulaciones contractuales de las posibles revisiones del contrato por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, debemos atender a dos factores esenciales que han modulado su evolución legal y en las cláusulas de los contratos, en torno a sus respectivos ejes de problemas y soluciones:

A) Garantizar al concesionario contra riesgos imprevisibles que perjudiquen sus derechos contractuales, incluidos los que resulten de la acción del Estado.

Conceptualmente, en estas concesiones existe un desequilibrio básico de poderes entre los co-contratantes: el **Estado**, dotado de grandes facultades y potestades en el ámbito de las obras de las diversas infraestructuras públicas, y de la otra parte, el **concesionario** que se obliga a efectuar inversiones y obras iniciales, las cuales demorará años o décadas en recuperar, período en que estará expuesto a numerosos **riesgos**.

Tratándose de inversiones cuantiosas y cuya recuperación es muy dilatada en el tiempo, esos riesgos no se superan por la sola mayor confianza que pueda implicar el Gobierno que otorga y contrata las concesiones, ya que el mismo puede cambiar en su personal, políticas y criterios económicos o, incluso, llegar a tener otros requerimientos respecto de las mismas obras que ha otorgado en concesión. Más aún, al celebrar uno de estos contratos se hace evidente a los interesados en su licitación que durante el plazo de duración de la concesión tendrá enfrente varios Gobiernos diferentes.

Tampoco basta con la regulación legal paralela existente que limita la acción modificatoria del Estado como contraparte del contrato de concesión, ya que hay muchos riesgos que no se resuelven con las normativas ya analizadas de los Artículos 19 y 20 para modificación del contrato, en la medida en que los riesgos que pueden afectar a las obras y al régimen contractual pueden provenir de causas externas a las partes y ajenas al conjunto de previsiones, aseguramientos y salvaguardias incorporadas en ese contrato para garantizar la superación de esas contingencias, en el evento de su ocurrencia efectiva.

Por ello, para generar un sistema concesional viable y que incentivase a privados a asumir esas funciones públicas, en especial, el negocio que se propone en las concesiones muy intensivas en capital, se ha hecho necesario que la legislación, las bases de licitación, los contratos y proyectos de obras por concesión incorporen entre los factores del negocio y generen adecuadas salvaguardias ante la multiplicidad y complejidad de los diversos riesgos que pueden presentarse en las fases de construcción o de explotación.

En los contratos pueden incidir numerosos factores de los planos territorial, técnicos, económicos, financieros, políticos, accidentes de la naturaleza, catástrofes, impactos locales, así como otras series de riesgos de alteración que puede crear la competencia

futura de otras concesiones, u obras del Estado o de particulares e, incluso, en el sector de concesiones de transporte, el posible impacto futuro de otros modos de transporte, principalmente derivados de cambios tecnológicos y económicos.

Para motivar a interesados en licitar y contratar, la legislación y contratos de concesión incorporan como incentivo a los concesionarios, para casos de mucho éxito de una concesión que esas venturas le pertenecerán en su totalidad, salvo cuando el Estado incorpora al contrato una coparticipación en esas utilidades, en función de la facultad que le otorga el Artículo 7 letra i) de la Ley, mediante la oferta del oponente de pagos extraordinarios al Estado por un determinado exceso de rentabilidad sobre patrimonio, o bien de traslado de parte de esos beneficios a los usuarios por la reducción de tarifas, o en el plazo de la concesión.

Ese mero incentivo teórico de las concesiones suele no resultar suficiente, ya que como consecuencia de alguna de las causas de riesgos que sobrevenga, una concesión exitosa puede pasar a ser deficitaria. Por lo cual, se ha hecho necesario añadir sucesivamente textos de salvaguardia legal que comprometen la disposición general del Estado a prevenir y compensar los perjuicios que se puedan originarse al concesionario por los hechos dañinos no previstos, ni previsibles, que acaezcan en el transcurso de la concesión.

B) Prevención de limitar el compromiso de recursos directos del Estado al reparar perjuicios y desequilibrios causados por elementos no previstos en la contratación por concesión.

También, resulta natural y comprensible que de acaecer circunstancias imprevisibles negativas, el Estado se preocupe de no resultar obligado a asumirlas con su patrimonio y menos, mediante pagos compensatorios directos, pese a que ello es la norma habitual en las obras públicas que gestiona el Ministerio en el sistema tradicional.

Para admitir esta revisión contractual ante estos posibles eventos dañinos, la legislación se ha cuidado de no hacer de cargo directo del Fisco, efectuar un pago a título compensatorio o indemnizatorio, ni mucho menos de penalidad, al igual que en las normas contenidas en los Artículos 19, inciso 1° y 20 para las modificaciones contractuales.

Al definir una posible revisión compensatoria del contrato que no involucre directamente el patrimonio fiscal, la ley vuelve a recurrir al empleo de métodos propios de la institución de la concesión con inversión de privados, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de obras públicas tradicionales, en que el Reglamento de Contratos de Obras Públicas, regula y dispone el pago directo por el Fisco por dichos perjuicios.

Así, la Ley ha consagrado un mecanismo de compensación que considera la concesión bajo contrato como un **patrimonio público de afectación temporal, separado y distinto de las partes destinado a cumplir el objeto de la concesión**. Será este patrimonio el que soportará el cargo de la revisión de las estipulaciones contractuales que se destinen

a reponer el equilibrio económico alterado o perdido, usando para los pagos que procedan factores específicos del régimen económico del contrato y el plazo de la concesión.

V.1.3.2. Breve reseña histórica de la norma del Artículo 19, actual inciso 3°, que admite la revisión modificatoria del contrato por causa sobreviniente.

En 1981 se dictó la Ley N° 18.060, cuyo Artículo 1° letra f) modificaba el Artículo 91 de la Ley N° 15.840 de 1964 y facultaba al MOP para legislar sobre la ejecución de los contratos de obras públicas, por la vía de las concesiones a particulares. Así, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Obras Públicas que debía llevar la firma del Ministro de Hacienda, **DFL MOP N° 591**, promulgado el 28 de Octubre de 1982, que entró a regir a la fecha de su publicación, el 3 de Febrero 1983.

En 1990, con el mensaje y proyecto del Ejecutivo que originó la **Ley N° 19.068 de 1991**, éste asumió el desafío de modernizar y viabilizar las concesiones de obras públicas que no se habían utilizado en el país por largas décadas, para lo cual se estimó necesario cambiar la legislación vigente -DFL MOP N° 591, de 1982- la que, además, por razones económicas y políticas no llegó nunca a aplicarse.

La reforma de la legislación de concesiones que consagró **la Ley 19.068 de 1991**, contiene la expresa facultad del Ministerio de estipular en las Bases de Licitación las causas sobrevinientes cuya ocurrencia hace necesario revisar ciertas estipulaciones contractuales para restablecer el equilibrio económico del contrato, en función del perjuicio o alteración que ellas han creado al concesionario.

En su Artículo 19, se procuró resolver los riesgos del concesionario ante hechos externos insuperables, como son:

- en su inciso 1°, ante las eventuales modificaciones contractuales dispuestas "por acto de autoridad", que en la legislación chilena general se equiparan al caso fortuito y la fuerza mayor, por el tenor literal del Artículo 45 del Código Civil, y
- en su inciso 2°, acogiendo un incipiente e inicial reconocimiento de algunos hechos externos a las partes que pueden afectar a la sociedad concesionaria, al estipular por primera vez en la legislación chilena "las causas sobrevinientes que así lo justifiquen" como factor de revisión compensatoria del contrato en favor del concesionario, que deja a las Bases parte de dicha regulación

Así, la Ley N° 19.068 del 3 de Julio de 1991, que se publica en el Diario Oficial del 13 de Julio de 1991, en su Artículo 1°, Numeral 9 sustituyó el Artículo 19°, por el siguiente:

"Artículo 19°.- El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, las tarifas y subsidios pactados.

Las bases de la licitación establecerán la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario y fórmula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.

La modificación que se convenga se realizará mediante decreto supremo de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda."

Ese sencillo texto se recoge en la versión refundida de la Ley de Concesiones, contenida en el DFL MOP N° 164 de 1991, promulgada el 22 de Julio de 1991 y publicada en el Diario Oficial del 4 de Septiembre de 1991. Del tenor de la norma legal, destacamos:

- Establece la facultad ministerial,
- de concurrir a modificar el contrato,
- en su inciso primero, por cambios en las obras y servicios que debe efectuar el concesionaria por órdenes dadas por el mismo Ministerio, fundado en razones de interés público,
- en su inciso segundo, de acoger en las Bases, la regulación del tiempo y plazo para modificar 2 factores del contrato por causas sobrevinientes que así lo justifiquen,
- La modificación que se pacte entre las partes se hará por DS MOP, que debe suscribir el Ministerio de Hacienda.
- Para las controversias, esta norma no establece directamente la participación del sistema de conciliación y judicial del nuevo Artículo 35 de esa ley, pero esta última disposición define de modo genérico su procedencia en toda controversia.

En 1993, la Ley N° 19.252 que buscó ampliar y perfeccionar el sistema, desarrolló las diversas regulaciones de dicho Artículo para la modificación de las características de las obras y servicios contratados, por razones de interés público, reiterando la necesidad de acuerdo de las partes para definir las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio.

Además, en un nuevo inciso 2°, estipula expresamente que las controversias que se susciten entre las partes por el monto de la indemnización, se resolverán según lo señalado en el Artículo 35.

La Ley 19.252 de 1993, traslada al inciso 3° la norma sobre revisión del sistema tarifario y fórmula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, añadiendo que:

“En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 35 de esta ley.”

Es decir, al desarrollarse la normativa de concesiones que define y asegura esos derechos del concesionario, la ley declara que, en el caso de no haber acuerdo entre las partes sobre la calificación de los hechos acaecidos como justificatorios de la revisión o sobre la

forma de practicar la misma, esas controversias deberán ser resueltas por la Comisión o Tribunal, que hace competentes el Artículo 35 del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones.

Posteriormente, la Ley 19.460 de 1993 en el Artículo 19, tanto en su inciso 1° como en el 3°, reguló más a fondo los factores propios del régimen económico del contrato que pueden usarse para las compensaciones. En lo que nos interesa, en el inciso 3° se limitó a agregar el “plazo de la concesión”, como otro factor susceptible de usar en dichas compensaciones, ya que la Contraloría entendía que el plazo no integraba dicho régimen.

Cabe comentar que el mayor desarrollo de los incisos 1° y 2° refuerzan muy extensa, detallada y específicamente, la regulación:

- del uso de todos los factores del régimen económico de la concesión para las compensaciones a que se aplican, y
- procura limitar el monto y plazo en que el Ministerio podrá ordenar modificaciones en las obras y servicios contratados.

Por ello, en el nuevo texto legal, la normas centrales de los incisos 1° y 3°, aparecen más distanciadas. Sin embargo, su sentido básico, vigente desde la publicación de la ley 19.068, efectuada en el Diario Oficial del 13 de Julio de 1991, indica que en la ocurrencia de una u otra situación la declaración y regulación de la compensación debe hacerse por el acuerdo entre las partes del contrato y de no existir éste, por el mecanismo judicial del actual Artículo 36 de la Ley, sea que se refiera a una modificación compensatoria por mayores inversiones en obras y servicios o por la revisión contractual ante causa sobreviniente que así lo justifique.

V.1.3.3. Objeto y Momento de la modificación contractual.

El Artículo 19 de la Ley 19.460 que es recogido por el DS MOP N° 900/96, en especial, en su actual inciso 3°, establece el derecho y mecanismos por los cuales el concesionario tiene la posibilidad de solicitar revisión modificatoria de tres factores del régimen del contrato de concesión, fundandose en causas sobrevinientes, que así lo justifiquen.

Más precisamente aún, en la primera parte de dicha norma se establece, que:

“Las bases de licitación establecerán la forma y 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”.

Vale decir, las Bases pueden precisar condiciones especiales de forma y plazo para el ejercicio de ese derecho por el concesionario.

Por su parte, el inciso 3° parte final, dispone:

“En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 36 de esta ley”.

Del tenor de la ley, de su historia fidedigna, de la interpretación según los fines perseguidos por la norma y de la adecuada concordancia lógica que existe al interior del Artículo 19 y con el ordenamiento jurídico nacional, se establece y concluye que:

- El derecho de solicitar revisiones modificatorias del contrato se encuentra establecido sólo en beneficio del concesionario.
- Su solicitud sólo podrá fundarla en causa sobreviniente que así lo justifique, ya que el inciso 3° de esa disposición exige expresamente que ella sea ***“justificada”***.
- Las bases de licitación establecerán la forma y plazo, en que el concesionario puede solicitar en su favor la declaración de la ocurrencia de estos hechos sobrevinientes que justifiquen revisar los factores contractuales estipulados, para resarcirle de los perjuicios o daños sufridos.
- Estas revisiones modificatorias del contrato deberán sujetarse y cursarse según las estipulaciones que expresamente se hubiere previsto en las bases de licitación del respectivo contrato. Por lo que dicha solicitud sólo podrá requerirse dentro de la forma y al plazo establecidos en las bases de licitación.
- La revisión modificatoria de factores del contrato por causa sobreviniente se puede efectuar de mutuo acuerdo entre las partes del contrato.
- Cuando las bases no contemplaren estas materias, la norma legal del Artículo 19 no resulta derogada por ello; pero, en ese caso, su presentación por el concesionario deberá efectuarse justificadamente, con fundamento directo en el texto de la ley.
- También, cuando las bases de licitación nada estipularen sobre esta materia y de no existir controversias, la solicitud podrá efectuarse durante todo el transcurso del plazo de la concesión.

En cambio, en el evento de que las bases de licitación nada estipulen y de que exista controversia entre las partes sobre su procedencia, pueden ser exigibles los plazos legales de prescripción de derechos o los genéricos para formular reclamos, si las bases lo hubieren estipulado.

- Sólo en los casos de controversias que se suscitaren entre las partes sobre la procedencia o forma de la revisión modificatoria del contrato, la resolución de dichos conflictos se sujetará a la Comisión o Tribunal, previstos en el Artículo 36, a sola elección del concesionario.
- Finalmente, como veremos, la revisión modificatoria sólo debe incidir en “**el sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión**”. Sin embargo, por disposición legal, esa revisión modificatoria podrá hacerse “**para uno o varios de esos factores a la vez**”.

V.1.3.4. Formas de compensar las causas sobrevinientes.

En cuanto a la forma de fijar esta revisión modificatoria, el texto de la primera parte del inciso tercero del Artículo 19 obliga a la Administración a compensar al concesionario con la modificación del contrato de concesión en las siguientes materias:

- Revisión del sistema tarifario.
- Fórmula de reajuste del sistema tarifario.
- El plazo de la concesión.

Para esos efectos, la misma ley precisa que se podrá utilizar para ello de modo separado uno de esos factores, o combinando varios de ellos, a la vez. De haberse establecido en las Bases estos mecanismos compensatorios, ellos resultan vinculantes para las partes.

La forma de definir y fijar las revisiones modificatorias del contrato que acojan estas causas, permite el acuerdo directo de las partes o, en su defecto, remitir la solución de los conflictos específicos a la Comisión o Tribunal que establece el Artículo 36 de la Ley.

Como temas de discusión podría presentarse la pérdida de la coma (,) en el texto legal entre el primero y el segundo de estos conceptos. Sin embargo, la interpretación armónica de la normativa de concesiones, en conjunto con la sistemática y la historia fidedigna de la Ley N° 19.460 de 1996, llevan fácilmente a precisar fuera de toda duda que se trata de dos factores separados, que se quiso estipular como mecanismos susceptible de utilizar, conjunta o separadamente, para la revisión de elementos del contrato que procedería al declararse la ocurrencia de una causa perturbadora o dañosa para la parte concesionaria.

Finalmente, podrían suscitarse diferencias al interpretar el alcance efectivo del concepto “**plazo de la concesión**”, para definir las compensaciones. La discusión puede ser ardua, ya que el concepto de plazo, incluso según la Real Academia, tiene dos acepciones:

- la de término del período del contrato, entendido como el mero hito final, o
- la del plazo total, que por consecuencia, incluye todos los plazos intermedios.

El sentido que, en definitiva, se precise al concepto será muy determinante, pues de esto dependerá una mayor rigidización del instrumental de revisión del contrato en caso de aceptarse la primera acepción, o su mayor extensión y aplicabilidad, al acoger la segunda.

V.1.3.5. Requisitos y solemnidades para el perfeccionamiento de la revisión modificatoria del contrato por causas sobrevinientes.

Las disposiciones incorporadas en el Artículo 19 en las tres sucesivas leyes modificatorias de esta década, establecen que la modificación del contrato que esa norma regula, debe establecerse mediante un decreto supremo fundado, expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá, además, ser firmado por el Ministro de Hacienda.

Sobre el tema, procede indicar que según el tenor de la ley, la modificación del contrato debe constar en el texto de un decreto supremo fundado. Sin embargo, la práctica del Ministerio con, a los menos tres, precedentes de forma y fondo en los cuales ya ha tomado razón la Contraloría General de la República, ha hecho que - ante el acuerdo entre las partes- se suscriba un convenio complementario que se aprueba por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas y que, además, lleva la firma del Ministro de Hacienda.

V.2. NORMAS LEGALES QUE REGULAN EL CAMBIO DE SUJETO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

V.2.1. Cesión de la concesión o de los derechos en la sociedad concesionaria.

Actualmente, por el alcance de la reforma legal de 1996, esta institución representa un derecho de la sociedad concesionaria o del grupo al que se adjudicó la concesión, que les es reconocido por la Ley. Simultáneamente, la normativa procura compatibilizarlo con el carácter de un contrato, cuyo titular debe cumplir ciertos requisitos de idoneidad y capacidad para ser parte de uno que recae sobre obras públicas que prestan servicios de alto interés social. Ellos han quedado reflejados en los requisitos estipulados en las respectivas Bases para ser admitido en la precalificación o como oferente en la licitación.

De otra parte, dicha reforma legal creó una nueva figura jurídica para mitigar ciertas condiciones de incumplimiento grave o de abandono de la concesión que conducían a su terminación. Así, el nuevo texto de los Artículos 28 y 37 de la Ley en la numeración que fija el DS MOP N° 900 de 1996, antes de proceder a la terminación de la concesión por dicha causal abre un procedimiento que puede conducir a la cesión forzosa de los derechos del concesionario en su contrato de concesión por el plazo que le resta.

En este análisis, la cesión voluntaria de la concesión se registra y menciona como uno de los elementos que eventualmente puede ser utilizado para enfrentar circunstancias extraordinarias financieras, por decisión y voluntad de la sociedad concesionaria. En dicho evento ella deberá cumplir ciertas condiciones fijadas por la Ley y deberá contar con la

autorización previa del Ministerio para su ejecución según las normas legales, reglamentarias y del contrato aplicables.

La cesión voluntaria de la concesión, en especial, en las condiciones en que el Ministerio resulta obligado legalmente a otorgar su autorización en ciertos casos y en lo referido a la cesión forzosa, se encuentra regulada en el Artículo N° 21 incisos 3°, 4° y 5°, 28 y 37 de la Ley de Concesiones, en la forma y texto en que se modificaron y precisaron por la Ley N° 19.460 de 1996, el cual, además, modifica de modo directo las normas del Reglamento sobre la materia.

V.2.1.1. Transferencia de derechos en la sociedad concesionaria.

Primero, analizamos esta opción del grupo adjudicatario de la concesión que, pese a no alterar los derechos y obligaciones de las partes del contrato de concesión, puede dar salida a situaciones económicas o financieras de la sociedad concesionaria en situaciones en que se requiere de más capital propio o que le permitan mejorar sus posibilidades respecto del financiamiento o refinanciamiento del contrato.

La cesión, venta o transferencia de derechos o acciones en el capital de la sociedad anónima concesionaria debe ajustarse a las normas del Reglamento y a aquéllas que las Bases estipulen para cada contrato de concesión, sobre los porcentajes del capital que pueden ser transados libremente por el grupo adjudicatario o la concesionaria y de aquéllos que requieren de autorización previa del Ministerio, en función de la etapa del desarrollo del contrato en que se encuentre y de las estipulaciones específicas que puedan haberse incorporado a cada uno de ellos.

En la etapa de construcción la regla general, que emana de los Artículos 26 inciso 3° y 28 letra b) del Reglamento, indica que el grupo adjudicatario debe como mínimo mantener el cincuenta y uno por ciento de los derechos, obligándose a no transferirlos sin autorización del Ministerio, hasta la puesta en servicio. Esa autorización debe otorgarse por la Dirección General de Obras Públicas, según dispone el Artículo 28 del Reglamento.

En cambio, desde la puesta en servicio la sociedad concesionaria deberá solicitar la autorización previa del Ministerio, sólo cuando la modificación en la propiedad de los derechos signifique "cambios en el control de la Administración", por disposición expresa del inciso 4° del Artículo 26 del Reglamento.

V.2.1.2. Requisitos y condiciones para la cesión voluntaria de la concesión.

El inciso 3° del Artículo 21 estipula que desde el perfeccionamiento del contrato, el concesionario podrá transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria.

Por su parte, al inicio de su inciso 4° establece que la cesión voluntaria o forzosa de la concesión **deberá ser total**, comprendiendo todos los derechos y obligaciones del

contrato. Ello se complementa en el inciso 2° del Artículo 52 del Reglamento, que añade que la cesión:

... “deberá ser total, comprenderá todos los derechos y obligaciones del concesionario y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica que cumpla con lo preceptuado en el Artículo 9° del DFL MOP N° 164, de 1991”.

Para que se perfeccione la cesión, el Ministerio deberá autorizarla siempre que dicha transferencia comprenda la totalidad de los derechos y obligaciones del concesionario, y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica, o grupo de ellas:

- que cumpla con los requisitos para ser licitante de ese contrato,
- que no esté sujeta a inhabilidades, y
- cumpla los actos dispuestos en el Artículo 9° de la Ley de Concesiones.

De lo contrario, el Ministerio deberá denegar la autorización por resolución fundada, la que es susceptible de las acciones y recursos administrativos y jurisdiccionales que proceden para calificar su fundamento.

La Ley exige del Ministerio una relativa prontitud en su respuesta, al disponer que:

“Si transcurridos sesenta días contados desde la solicitud de autorización, el Ministerio no se hubiere pronunciado, se entenderá que la concede.”

Además, por expresa disposición del inciso 5° de esa norma legal el Ministerio se encuentra siempre obligado a consentir **“las transferencias a favor del acreedor prendario, cuando éstas sean consecuencia de la ejecución de obligaciones garantizadas con la prenda que se establece en el Artículo 43 de la ley, a favor de cualquier entidad financiera sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, o de los Fondos de Inversión, regulados por la Ley N° 18.815, o de las Administradoras de Fondos de Pensiones, establecidas de acuerdo con las normas del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 y, desde luego, en favor de cualquier otra persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos establecidos en las bases de licitación.”**

Del análisis del conjunto de esta normativa se verifica nuevamente que la Ley de Concesiones fortalece las instituciones y mecanismos jurídicos destinados a dar certeza y durabilidad al contrato, permitiendo una comerciabilidad limitada, en atención al carácter del contrato y al interés público en él comprometido, que llevan a regular y controlar las condiciones que debe cumplir el titular de la concesión.

V.2.1.3. Formalidad de la autorización de cesión voluntaria de la concesión.

El Artículo 52° del Reglamento de la Ley define la normativa aplicable a la transferencia de la concesión, cuyo texto se encuentra modificado o, más bien, complementado directamente por el nuevo contenido del Artículo 21 de la Ley de Concesiones:

“La autorización para transferir la concesión se concederá mediante decreto supremo modificatorio del primitivamente otorgado, que contendrá las características del nuevo concesionario. Este se dictará una vez acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la autorización del MOP”.

Este cesionario deberá cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 9 de la Ley, sobre suscripción y protocolización notarial del texto de este decreto supremo referido en la norma y de su entrega al Ministerio, pasando a constituirse en un nuevo concesionario por cesión de los derechos y obligaciones del contrato original, por el plazo que le reste.

V.2.2. Cesión forzosa de la concesión.

Por las mismas causas que ante la cesión voluntaria, en casos de incumplimientos que acarrearían el término anticipado de la concesión, el Legislador ha creado y regulado una novedosa institución y mecanismo que contemplan los Artículos 21, incisos 3° y 4°, 27 N° 3, 28 y 37 de la Ley.

Entre las causales de terminación o extinción de la concesión, el Artículo 27 N° 3 crea la causal de **“incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario”**.

Por su parte, el Artículo 28 de la Ley, dispone que para aplicarla debe:

- a) declararse el incumplimiento,
- c) luego de lo cual procede la designación de un interventor que administrará el contrato, velando por el cumplimiento de las obligaciones,
- c) proceder a una nueva licitación pública por el Ministerio, del contrato de concesión, por el plazo que le reste, en el plazo de 180 días contados desde a la declaración.

V.2.2.1. Declaración de incumplimiento grave.

La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, por el Ministerio de Obras Públicas, a la Comisión establecida en el Artículo 36 de la ley. La solicitud debe ser interpuesta por el director del servicio ministerial correspondiente según los Artículos 29 y 30 de la Ley.

V.2.2.2. Causales por la que procede la declaración de incumplimiento grave.

El Reglamento de la Ley, en su Artículo 57º, define las obligaciones cuyo incumplimiento grave pone término o, más precisamente, conduce a la obligación de la cesión forzosa de la concesión, de modo previo a su extinción, la que sólo ocurrirá si esta cesión no se efectúa, según lo dispuesto en el Artículo 28 de la Ley de Concesiones.

“Artículo 57º: El incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, extinguirá la concesión.

Se considerará, incumplimiento grave de las obligaciones del Contrato las siguientes:

- a) Demoras no autorizadas en la construcción de las obras por períodos superiores a los establecidos en las Bases;***
- b) No cumplimiento reiterado de los niveles mínimos de servicio establecido en las Bases y en el Reglamento de Servicio de la Obra;***
- c) Cobranza reiterada de tarifas superiores a las autorizadas;***
- d) Incumplimiento reiterado de las normas de conservación de las obras, especificadas en las Bases de Licitación;***
- e) No constitución o reconstitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas, cuando se hayan exigido o hecho efectivas;***
- f) Incumplimiento de otras obligaciones esenciales calificadas como tales en las Bases de Licitación y en el DFL MOP N° 164, de 1991. ...”***

Como efectos de la declaración de incumplimiento grave del contrato por la Comisión Conciliadora, se anotan:

- La facultad del Ministerio para designar un interventor, quien sólo estará facultado para velar por el cumplimiento del contrato sujeto a las normas del Artículo 200, números 1 al 5 de la Ley N° 18.175, sobre Quiebras,⁴ debiendo actuar con sumo cuidado, puesto que es responsable de hasta un grado de culpa levisima.
- El Ministerio debe licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, dentro de los 180 días contados desde la declaración. La Ley regula directamente las condiciones y valores mínimos que las bases de licitación deben establecer para el nuevo concesionario, los que, en todo caso, no podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original.

⁴Esas atribuciones van desde imponerse de libros, papeles y operaciones del concesionario, hasta visar los pagos a los acreedores, llevar cuenta de entradas y gastos de los negocios, rendir cuenta de sus actuaciones y la de los negocios del concesionario, en forma trimestral.

- La declaración de incumplimiento grave hace exigibles los créditos garantizados con la prenda especial, los que deberán hacerse efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, y dejando el remanente que hubiere al primitivo concesionario.

Sólo en caso que no haya lugar a la cesión forzosa procede la extinción de la concesión.

V.3. NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA TERMINACIÓN DE LA CONCESIÓN.

La terminación de la concesión se analiza en este informe como posible mecanismo de flexibilización del contrato ante circunstancias extraordinarias que dificultan o imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte concesionaria, como un elemento al cual recurrir en caso de no haber otra alternativa y en el que se puede eludir ciertas penalidades que pueden resultar muy gravosas al concesionario. Sin embargo, ella puede ser importante como alternativa económica, en casos que existan pagos en dineros que se adeuden por parte del Fisco a la sociedad concesionaria o en que el acuerdo mutuo o las estipulaciones especiales de Bases, permitan una relicitación de la concesión, con cuyos pagos pueda beneficiarse el concesionario que lo termina.

La Ley N° 19.460 modificó enteramente el sistema de extinción y terminación de las concesiones en función de dos principios básicos:

- a) dar lugar a la cesión voluntaria o forzosa antes que a la terminación pura y simple de la concesión; y
- b) resguardar los eventuales derechos de terceros que tengan constituida e inscrita la "prenda especial de obra pública".

Su terminación natural, por la llegada del plazo que define el Artículo 27 N° 1, no requiere mayor análisis. Pero, sí pueden indicarse como alternativas de su término por mutuo acuerdo y por una causal especial de las Bases de Licitación, que señala el Artículo 27 en sus N° 2, 3 y 4.

V.3.1. Término por mutuo acuerdo.

Sobre la materia se dispone:

“ARTICULO 27. La concesión se extinguirá por las siguientes causales:... 2ºMutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el Artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada.”

Por su parte, la extinción de la concesión por mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario se regula en el Artículo 59° del Reglamento, que señala:

“El acuerdo entre el MOP y el Concesionario, extingue la concesión con arreglo a las condiciones del convenio que se suscriba por ambas partes. Este convenio será aprobado por Decreto Supremo y deberá derogar expresamente el decreto por el cual se concedió la concesión.”

V.3.2. Término por una causal especial de las bases de licitación.

Dicha norma legal señala que **la concesión se extinguirá por.... : ...**

“4° Las que se estipulen en las bases de licitación.”

En general, las Bases de Licitación NO establecen otras causales especiales, diferentes de las anteriores.

También debemos anotar que el Artículo 60° del Reglamento fija tres figuras especiales que deberían estar incluidas en las Bases, pero que actualmente se encuentran tácitamente derogadas o modificadas directamente por las normas de la Ley N° 19.460:

Dice el Artículo 60 que las Bases de Licitación deberán indicar, entre otras causas, la extinción de la concesión por:

- **“abandono”**, que se regula con intervención y cesión forzosa,
- **“renuncia del concesionario”**, que ahora debe entenderse incorporado en la terminación por mutuo acuerdo o, en su caso, por la norma sobre abandono del Artículo 37 de la Ley, que analizamos en la sección siguiente,
- **“por transgresión a lo dispuesto en el inciso 3° del Art. 26°, de este Reglamento.”** Ella se refiere a la obligación del grupo adjudicatario de mantener el 51% de derechos en la sociedad concesionaria hasta la puesta en servicio de la obra y a no transferirlos hasta la puesta en servicio de la obra, sin autorización previa del Ministerio.

Esta norma también tiene precisiones, modificaciones y limitaciones de las facultades del Ministerio, incorporadas directamente por el actual Artículo 21 de la Ley de Concesiones.

V.3.3. Trámite de terminación de la concesión.

La Ley exige una declaración formal de terminación de la concesión, con acuerdo previo de la Comisión Conciliadora, que se regula en los Artículos 30 y 36 de la Ley.

ARTICULO 30. En conformidad con lo dispuesto en el Artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el Artículo 36, estará facultada para:...

3° Solicitar la declaración de extinción de la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 27”.

Dicha declaración, en el caso del incumplimiento grave, actualmente sólo operará si no se cumple la “cesión forzosa” que se exige en el caso de incumplimiento grave, ya que la llegada del plazo tiene otros alcances y regulaciones; y la de mutuo acuerdo se someterá a lo estipulado en él.

La terminación de una concesión, si llega a proceder, se perfecciona mediante decreto supremo que guarde los requisitos estipulados en los Artículos 8°, 9° y 21 inciso 3°.

VI. INSTITUCIONES Y MECANISMOS JURÍDICOS ESPECIALES EXTERNOS A LAS PARTES QUE AFECTAN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

El derecho concesional de obra pública chileno consagra diversas instituciones jurídicas de carácter general o especial, que permiten asumir o reconocer ciertas situaciones externas que aparecen durante la ejecución de los contratos y que obstan al cumplimiento de una o más de las obligaciones, o al ejercicio de derechos de las partes y que, en definitiva, producirán efectos transitorios o permanentes, como en la suspensión o en las revisiones del contrato de concesión.

VI.1. SUSPENSIÓN DE LA CONCESIÓN.

Se trata de otra institución jurídica excepcional en el derecho público, que se estatuye y regula en los Artículos N° 26 y 30 de la Ley de Concesiones, y 53 a 55 del Reglamento.

VI.1.1. Causales en que procede la suspensión de la concesión.

Sus causales se definen expresamente en el Artículo 26 de la Ley, a saber:

“Quedará temporalmente suspendida la concesión:

- 1º en caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio;***
- 2º cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo, y***
- 3º por cualquier otra causa que las bases de licitación establezcan”.***

Para la situación en estudio, en particular interesa comentar la referencia a la causal de fuerza mayor que impida la prestación del servicio. Esa caracterización del requisito conjunto restringe la posibilidad de invocar la fuerza mayor sólo en aquellos casos que impiden el funcionamiento de la obra para prestar sus servicios. La norma no alude a que la fuerza mayor pueda afectar la construcción de la obra, ni es habitualmente dable entender la etapa de construcción como un servicio de la obra. Por todo ello, aparece difícil presentar o asimilar en sus efectos los que provengan de causas financieras, en aquella medida en que no alteran la capacidad funcional de la obra en concesión.

Sin embargo, debe remarcarse que al vincularse la fuerza mayor a un impedimento en la prestación del servicio, su procedencia como causal puede referirse no sólo a la etapa de explotación total o parcial de la obra, sino que en todos aquellos otros casos en que durante la fase de construcción, la obra -o la parte preexistente de ella- no pueda prestar los servicios en los estándares que el contrato de concesión exige. Un ejemplo de esto se encuentra en la etapa de construcción de concesiones sobre carreteras existentes a nivel de dos pistas, que tienen el deber de construir otras adicionales o reconstruir las

existentes, cuando por no disponibilidad de faja vial suficiente se imposibilita a un mismo tiempo construir y prestar el servicio caminero en los estándares exigible por las Bases.

También, la suspensión de la concesión procede, según disponen los Artículos 26 N° 3 de la Ley y el 55° del Reglamento, cuando las Bases de Licitación establezcan **otras causas y efectos de suspensión de la concesión**.

Sin embargo, a pesar de las claras facultades legales y reglamentarias que el Ministerio dispone para definir en las Bases de la Licitación otras causas por las que procedería la suspensión de la concesión y establecerle otros efectos de su ocurrencia, no se conocen normativas especiales incorporadas a ellas y sus contratos, hasta ahora.

VI.1.2. Efectos de la suspensión de la concesión.

La normativa aplicable del Reglamento de la Ley de Concesiones se encuentra en el TÍTULO IX, Suspensión de la Concesión, que en su Artículo 53° la define y regula para los eventos de guerra externa, conmoción interior o **fuerza mayor**, disponiendo:

*“En caso de guerra externa, conmoción interior o **fuerza mayor**, que impidan la prestación del servicio, la concesión quedará temporalmente suspendida. **Una vez cesada la suspensión el concesionario podrá solicitar un aumento del plazo de la concesión equivalente al periodo de suspensión, sin perjuicio de la evaluación de los daños y la concurrencia de las partes a subsanarlos a fin de lograr la reanudación del servicio, según lo dispuesto en el b N° 2 del Artículo 23° del DFL MOP N° 164, de 1991.**”*

Es nuestra opinión en derecho, que la sola declaración de la suspensión de la concesión produce el efecto de congelar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, excepto y sólo en aquella actividad de las partes destinadas a superar las causas y efectos que acompañan la situación que origina dicha suspensión, incluida la necesidad de evaluar los daños para fijar la concurrencia de las partes con el objeto de reanudar la prestación del servicio según lo establecido en las Bases, en la etapa de la explotación.

VI.1.3. Requisito previo a la declaración de la suspensión de la concesión.

La norma del Artículo 30 N° 2 de la Ley establece que la Dirección correspondiente del Ministerio -que es aquella que se encuentra a cargo de la contraparte de la concesión, según el Artículo 29- previo el pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora, estará facultada para **“declarar suspendida temporalmente la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 26.”**

VI.2. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIERTOS HECHOS EXTERNOS QUE AFECTAN SU DESARROLLO.

Al exponer el régimen legal y contractual chileno de las concesiones y al analizar la responsabilidad de las partes en estos contratos, nos hemos referido sucintamente a dichas instituciones. Ahora corresponde su tratamiento sistemático, como elementos que, ante la ocurrencia de dichas circunstancias externas a las partes, permiten introducir ciertas modificaciones o flexibilizaciones que se requieran para:

- revisar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, o
- excusar -a lo menos, transitoriamente- unos o más incumplimientos de ellas, o
- redefinir condiciones para el desarrollo del contrato de concesión, que compensen los dañosos efectos que para una de las partes pueden suponer esas circunstancias externas acaecidas. Ellas pueden resultar de una revisión pactada por las partes de los términos del contrato o ser resueltas por las instancias competentes de la administración o, directamente, del ámbito jurisdiccional.

En el derecho general, y más particularmente en el Administrativo, existen diversas instituciones jurídicas directamente consagradas o que resultan de los principios generales del derecho a las que se reconoce eficacia jurídica para que ante la ocurrencia de esos riesgos, sus efectos sean:

- soportados por la otra parte,
- compartidos entre ambas, o
- excusen eficazmente el incumplimiento de una o más obligaciones por una o ambas partes del contrato.

Cabe hacer constar que en la legislación chilena, por definición legal, los **actos de autoridad** se encuentran expresamente incluidos entre los conceptos definidos como de caso fortuito o de fuerza mayor, si bien en la doctrina jurídica pueden separarse conceptualmente. De otra parte, como se ha visto al tratar la responsabilidad que el Fisco asume por actos de los funcionarios como en el caso del Artículo 4 de la Ley N° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en que se establece el principio de que: ***“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones”***.

En general, ellos son:

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor (incluido el hecho del príncipe o acto de autoridad),
- b) La Teoría de la Imprevisión,
- c) La causa sobreviniente que justifique revisar factores del contrato, y

- **d) Cláusulas de reajustabilidad.**

Además de las instituciones antes indicadas, por su pertinencia en las actuales circunstancias financieras, se analizarán otras dos instituciones:

- **e) Revisión del sistema tarifario.**
- **f) Seguro de cambio.**

VI.3. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

En la legislación general chilena, los eventos de caso fortuito y de fuerza mayor cuentan con una definición legal formulada por el Artículo 45 del Código Civil que dispone:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Ésta, al igual que otras disposiciones del Código Civil, regula materias propias del Derecho Público como la Teoría de la Ley o, en todo caso, se les reconoce que están investidas del carácter de “orden público” y plena aplicabilidad al ámbito del derecho público.

La concepción jurídica nacional sitúa el caso fortuito y la fuerza mayor entre los elementos que, en el evento de ocurrir, pueden excusar el incumplimiento de obligaciones de los contratos o eximen de responsabilidad a la parte que lo sufre.

También, en las relaciones contractuales la ocurrencia de estos hechos, constituye un elemento que genera riesgos que pueden desequilibrar la conmutatividad económica que revisten y deben conservar ciertos contratos, pues su aparición puede distorsionar los derechos y obligaciones recíprocas que las partes habían asumido como de su cargo, al formarse la voluntad y perfeccionarse los contratos sujetos solemnidades.

Dicha conmutatividad o equilibrio económico, que se define al momento de contratar, es exigible en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de tracto sucesivo durante todo su desarrollo, en la repartición de los derechos y obligaciones y de sus riesgos y venturas. El equilibrio de prestaciones propuesto o definido tiene el carácter de elemento determinante para llevar a aceptar el contrato ofrecido. La conmutatividad entre las partes contratantes lleva a consagrar que dicho equilibrio económico debiera mantenerse a lo largo de todo el período requerido hasta la terminación del contrato.

En general, en el derecho chileno, la ley no regula cuál de las partes de un contrato asume el cargo de soportar los riesgos que genera la ocurrencia del **caso fortuito y la fuerza mayor**, quedando ésta sujeta a las estipulaciones contractuales.

Incluso, en casos en que como consecuencia de principios generales o de disposiciones legales vigentes, la responsabilidad y cargo de estos riesgos está determinada, se admite la libre voluntad de las partes del contrato para modificar o compartir esos riesgos de otro modo o en una proporción diferente. Un claro ejemplo se encuentra en la disposición legal y principio general del derecho chileno de que **las cosas perecen para su dueño, o *res perit domino***. Ese principio puede ser alterado contractualmente en el derecho común en función de la tenencia o posesión del bien. Ello ocurre en la Ley de Concesiones, la que ante la destrucción de la obra objeto de la concesión, que siempre es de dominio público, reparte los riesgos y el cargo de los costos de diversas formas al usar distintas figuras legales y contractuales, como la obligación de las partes de sufragar los costos de reconstrucción en la etapa de explotación, sin perjuicio de las estipulaciones de seguros de catástrofe que regulan esas situaciones; los que originan la posible “suspensión de la concesión” e, incluso, el evento de “terminación de la concesión” a que en teoría puede conducir su eventual destrucción total, o muy extendida.

Reiteramos que en el régimen legal de las concesiones de obra pública, ciertos riesgos de caso fortuito y de fuerza mayor han quedado expresamente definidos por la ley como de explícito cargo del concesionario. Pero, en general, esas normas siempre admiten la regulación de orden contractual, que puede significar la definición de una forma diferente de repartirlo entre las partes, o de procurar trasladarlo a un seguro como en los casos de las figuras habituales de seguros obligatorios en las concesiones de obras públicas chilenas para los riesgos de “catástrofe” y de “daños a terceros”.

VI.3.1. Tratamiento del régimen legal de las concesiones al caso fortuito y fuerza mayor.

Como se ha citado al exponer el régimen legal y de las responsabilidades de las partes del contrato de concesión, hay normas expresas que regulan la ocurrencia de algunos de estos casos, con mayor o menor generalidad y extensión, para la fase de la construcción y para la de explotación. En lo específico ellas disponen:

VI.3.1.1. Durante la fase de construcción:

El Artículo 22 N° 2 fija el principio de mayor generalidad sobre caso fortuito y fuerza mayor de este régimen especial, asignando su riesgo al concesionario, salvo otra expresa estipulación diferente. El dispone literalmente:

“El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente: ... 2°

- Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”***

- ***“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.”-***

Con ello, los riesgos derivados de la ejecución total de las obras y de los costos que de ello se deriven, son transferidos al concesionario, salvo estipulación de las Bases de Licitación que indique la concurrencia del Fisco a su pago.

En cambio los riesgos derivados de la subcontratación de faenas y de los suministros se hacen siempre y absolutamente de cargo del concesionario.

VI.3.1.2. Durante la fase de explotación:

El Artículo 23, N° 2, letra b) establece:

***“El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente:
2º La continuidad de la prestación del servicio le obligará especialmente,
a:***

- b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.***

Como consecuencia de la normativa antes transcrita, se encuentra directamente definido por la ley; pero subordinándolo a lo que supletoriamente dispongan las Bases de Licitación y el contrato de concesión, como de cargo del concesionario el pago del precio de las obras necesarias para restablecer el servicio interrumpido, excepto que se hubiese estipulado la participación del Fisco en ello.

VI.3.1.3. No hay norma legal para la asignación genérica de los riesgos del caso fortuito y la fuerza mayor en el periodo que media entre el perfeccionamiento del contrato y el inicio de la fase de construcción.

Usualmente, después de su incorporación a la normativa legal en 1996, en las Bases de Licitación se ha estipulado una fase preliminar para el desarrollo y perfeccionamiento de

las ingenierías de detalles, para la elaboración o verificación de las planimetrías y antecedentes legales de las expropiaciones y para la ejecución de las adquisiciones de tierras y la expropiación, que en las disposiciones de las diferentes Bases fluctúa entre los 6 y 10 meses, en función de la complejidad y envergadura de los proyectos y obras.

Para este período la Ley no define normativa sobre que parte debe soportar el cargo de los riesgos de caso fortuito y la fuerza mayor. Tampoco lo han hecho las Bases de Licitación, por lo que en su ocurrencia deberá estarse a los principios y normas derecho aplicables según el suceso ocurrido y los bienes o derechos sobre los que aquel recaiga.

VI.3.1.4. Para la identificación y cargo de los riesgos de caso fortuito y fuerza mayor predominan las disposiciones de las Bases.

Tanto por la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico y normas generales del derecho positivo vigente, como por las expresas disposiciones de la Ley de Concesiones ya transcritas, en el contrato de cada concesión deberá estarse a lo que dispongan las Bases de Licitación en cuanto a la ocurrencia de este tipo de eventos dañosos y del cargo de sus riesgos.

Recordamos que el Artículo 7° letra f) de la Ley establece que: el “grado de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor” son un elemento del contrato de concesión que puede estipularse en las Bases, o que puede ser usado como un factor de la Oferta de la Licitación, de su evaluación y para la adjudicación del contrato. Sin embargo, reiteramos que hasta ahora no ha sido utilizado como factor de la Licitación y Adjudicación.

Por ello debe atenderse cuidadosamente a las estipulaciones sobre riesgos, concurrencia a su pago y seguros que se establecen en los distintos contratos y en las diversas posibilidades de su ocurrencia.

VI.3.2. Conclusión.

En la identificación de las materias en que se asigna el riesgo y cargo por caso fortuito y de fuerza mayor predominan las normas del contrato, derivadas hasta ahora sólo de las estipulaciones de las Bases de Licitación, debiendo las partes atenerse a ellas como ley del contrato.

En ausencia de estipulación de las Bases predominan las normas legales expresas del régimen legal de las concesiones, que hemos transcrito y analizado, y que son las únicas circunstancias de caso fortuito y de fuerza mayor definidos por la Ley de estas Concesiones.

En la ocurrencia de hechos que puedan definirse como caso fortuito fuera de las materias reguladas por las normas contractuales y de la ley, predominan las normas y principios

generales del derecho. **Ellas deberán ser invocadas, alegadas y resueltas en cada caso de su ocurrencia.**

Finalmente, cabe destacar que en los contratos conmutativos con la Administración, como consecuencia de la aplicación de las normas y principios del derecho público chileno, se reconoce como de cargo del Estado el riesgo del hecho del príncipe o acto de autoridad.

Los demás riesgos de caso fortuito y fuerza mayor que no estén específicamente asignados o cubiertos por normas legales o contractuales, en el evento de ser reconocidos como tales, deben originar las compensaciones que restablezcan el equilibrio económico que existía al momento de contratar entre las partes y que fue la precisa causa jurídica de la oferta en la Licitación y para la celebración del contrato de concesión.

VI.4. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

VI.4.1. Teoría de la Imprevisión derivada del derecho común.

En Chile, se trata de una materia muy discutible en la doctrina y práctica jurídica en su formulación general, que muestra gran diversidad y contradicción de opiniones sobre ella. El problema surge del encarecimiento enorme que puede recaer sobre las prestaciones del contrato por hechos imprevistos, irresistibles, sobrevinientes e independientes de la voluntad de las partes.

El tema central de la imprevisión consiste, en definitiva, en determinar si quien es parte de un contrato bilateral, conmutativo y de tracto sucesivo o sea de cumplimiento diferido, debe bajo todo respecto cumplir lo pactado, o si, por el contrario, por acaecer hechos futuros, que eran imprevistos e imprevisibles al tiempo de contratar y que afectan en forma grave el cumplimiento de las obligaciones debiera modificarse o terminarse el contrato.

VI.4.1.1. Fundamentos teóricos jurídicos.

La teoría del riesgo imprevisto es perfectamente asimilable por el derecho chileno a través de la analogía jurídica. Es decir, conforme al ordenamiento jurídico general y considerando la equidad natural como uno de los elementos interpretativos más importantes y de orden público, que contiene el Código Civil.

Podemos identificarle tres fundamentos:

- Primero, en función de la causa jurídica de los actos y contratos y, en particular, por la concepción moderna de la causa, que señala que en un contrato bilateral, ella se representa por la contraprestación que realiza la otra parte, y que no solamente debe existir al instante en que se forma el consentimiento,

sino que debe perdurar durante todo el proceso de ejecución y desarrollo del contrato.

- Segundo, por tratarse de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que implica que las obligaciones deben mirarse como equivalentes. En otras palabras, si durante la ejecución de un contrato de esta clase dichas obligaciones no fueren equiparables por vía de readecuación del contrato, esto significaría una abierta infracción de la justicia conmutativa. Las obligaciones ya no serían equivalentes, sino que francamente desiguales.
- En tercer lugar, la buena fe contractual y la integración de equidad. Atenta contra la buena fe la eventualidad de acontecer circunstancias frente a las cuales la parte que sufre el mayor gravamen no hubiere consentido en obligarse, en caso de haber anticipado su ocurrencia. La equidad debe servir de base al juez que conoce de un caso de revisión contractual en que se sostenga la aplicación de la teoría de la imprevisión, pues ni aún a falta de texto expreso de ley puede excusarse de fallar.

VI.4.1.2. Teoría de la Imprevisión en materia administrativa.

La teoría de la imprevisión, procede de la teoría francesa de los contratos administrativos, se enuncia como sigue: El concesionario podrá renegociar los términos de la concesión en caso de circunstancias imprevisibles que pudiesen perturbar el equilibrio económico inicialmente previsto. Por otra parte, en el derecho administrativo se habla de **factum principis** (hecho del príncipe o acto de autoridad) para aludir a medidas administrativas generales o potestativas específicas que, aún cuando no modifiquen de modo directo el objeto del contrato, tienen incidencia o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para aquel que contrata con la administración, sin culpa de éste. Ambas circunstancias ameritan una renegociación del contrato de concesión para reinstalar el equilibrio perdido, sin embargo, como queda dicho por norma legal en Chile éste último se regula como caso fortuito o fuerza mayor.

VI.4.1.3. Condiciones de aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión.

Para que proceda invocar la existencia de estas condiciones externas, deberá tratarse de hechos graves, que tengan el carácter de extraordinarios, absoluta y totalmente imprevisibles al momento de perfeccionarse la contratación y que, no sean imputables al concesionario o, de modo directo, a hechos de su contraparte -el Estado- que queden sujetos a su responsabilidad contractual o legal.

Es también indispensable que el contrato se pueda cumplir por parte del concesionario; pero que se verifique en términos tan gravosos que signifiquen un rompimiento frontal de la conmutatividad que se tuvo en vista al estipular y perfeccionar el contrato.

En definitiva, para las circunstancias de orden financiero que se encuentran presentes en el análisis de este informe, debe acreditarse la gravedad de las condiciones presentes, en que en el mercado financiero hay una falta de formulación por los Bancos encargados de oferta de financiamiento para proyectos de contrato de concesión en ciertas situaciones iniciales o en otras, en que esas condiciones llevan a asumir costos extraordinarios que, no eran ni fueron previsibles por el contexto económico que existía al momento de licitarse las concesiones, ni tampoco era dable preverlas en lo futuro. Además, debe acreditarse que para el cumplimiento del contrato es absolutamente necesario recurrir a estas condiciones de mercado, esto es, que para el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales se requiere de dicho financiamiento.

Como solución de los desequilibrios que en la ejecución de los contratos de concesión suponen estos hechos posteriores e imposibles de prever, se generaría la obligación de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para restituir el equilibrio roto en las contraprestaciones del contrato.

VI.4.1.4. Aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

La Teoría de la Imprevisión es una fuente posible de invocar para solicitar la revisión de los contratos, en virtud de la ocurrencia de hechos externos que hagan más gravoso el cumplimiento de ciertas obligaciones, al desequilibrar las prestaciones y derechos de una de las partes.

En Chile, su consagración en materias del derecho común y, en especial, del derecho administrativo es muy variada y controversial, tanto en su procedencia en el derecho, como en la admisión de su aplicabilidad a los contratos en que se invoca y, finalmente, en el reconocimiento práctico de su ocurrencia y de sus efectos a los casos en que se alega.

Diferentes principios pueden articularse para justificarlo en los contratos conmutativos del derecho común. Entre ellos aparece como fundamental: el que una o varias circunstancias externas modifican el equilibrio económico de las obligaciones y derechos que cada parte adquirió al perfeccionar el contrato, alterando la causa jurídica de su celebración, que se encuentra en la repartición de costos y beneficios, riesgos y venturas que estructuran el contrato, en el contexto jurídico y económico existente al momento de formarse la voluntad y perfeccionarse el acto jurídico de la contratación.

En el derecho público chileno hay diversas instituciones jurídicas que lo consagran, pese a lo cual hay pocos precedentes jurisdiccionales y administrativos de su reconocimiento, sea por razones jurídicas generales o por no lograr acreditarse suficientemente las circunstancias que originan las perturbaciones o sus efectos dañosos.

Un importante precedente en el orden administrativo se encuentra en el Dictamen N° 041409, del 2 de Diciembre de 1994, de la Contraloría General de la República⁵,

⁵Se acompaña como Anexo N° 1, a esta versión definitiva del informe.

preparado por su División de Vivienda y Urbanismo, Obras Públicas y Transporte, que atiende una consulta formulada por el Subsecretario de Salud en su Oficio ORD. N° 2897/1994. En él se pide un pronunciamiento de la Contraloría General para determinar la procedencia de pagar los mayores gastos en que una empresa constructora debió incurrir por concepto de mano de obra en la ejecución del contrato "Reposición del Hospital de Iquique", como consecuencia de la modificación que introdujo la Ley N° 19.250 al Código del Trabajo.

Esa empresa solicitó compensación por las nuevas obligaciones que le impuso la nueva ley laboral, inexistentes al momento de suscribir el respectivo contrato de construcción, presentándola como una causal de fuerza mayor o de caso fortuito, hecho que alteraría la conmutatividad del contrato celebrado a suma alzada reajutable, por variación de IPC. Así, la causa invocada es la dictación de la Ley N° 19.250 -acto de autoridad imprevisible e irresistible- que habría configurado respecto de la empresa una causal de fuerza mayor distinta de aquéllas que estaban expresamente reguladas en su contrato.

El Dictamen estatuye que "la doctrina del Derecho Administrativo, en general, propicia los principios de que, en los contratos administrativos rige el elemento de riesgo y ventura, es decir, que el co-contratante de la administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato. Sin embargo, tal principio aparece modificado o alterado por diversas circunstancias que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos deban ser soportados por la Administración. Ello ocurre a través de las figuras jurídicas de la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, de la teoría del caso fortuito de la fuerza mayor, y de las cláusulas de reajuste."

También, ese Dictamen sostiene que: "La regla general sobre la materia, es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado en forma expresa sobre sí tal riesgo. Lo anterior obedece a la circunstancia que la tesis contraria, encarecería enormemente los contratos, toda vez que las empresas se verían obligadas a presumir en el momento de formular sus ofertas la ocurrencia de tales circunstancias, aumentando el valor de las cotizaciones."

Luego verifica que: "en la especie, no existió una cláusula expresa en la cual la Constructora se hiciera cargo de la fuerza mayor en general, sino sólo de aquellas situaciones que produjeran entorpecimiento o atrasos en la ejecución de los trabajos y que se omitiera ponerlas en conocimiento de la autoridad dentro del plazo que se consignó, todo lo cual no afecta a lo expresado anteriormente" y que sólo se "persigue la devolución de los gastos superiores en que la empresa debió incurrir como consecuencia del acto de autoridad, de manera tal de mantener el equilibrio económico de las partes, principio que debe regir en toda convención de esta naturaleza."

Concluye estableciendo -para ese caso- la procedencia de la devolución de las cantidades exactas que la empresa "debió pagar por el concepto indicado y no una suma teórica respecto al porcentaje de mano de obra ocupada en las faenas, que se acreditarán mediante las planillas de pago y libros de asistencia y demás documentos pertinentes".

Como comentarios generales de este particular precedente puede establecerse:

- la viabilidad de invocar la imprevisión como fuente de la revisión de contratos en el ámbito del Derecho Público y, en particular, en contratos conmutativos, a suma alzada, condiciones que también reúne el de concesión de obra pública,
- el precedente mismo de su aceptación y aplicabilidad reconocida y dispuesta por la Contraloría General de la República; si bien, hacemos constar, que otro caso que aludió a este precedente, se declaró improcedente por causas de derecho al no admitirse que el hecho alegado calificase como justificatorio,
- en su fundamento se constata una imbricación de las fuentes normativas y teóricas del derecho que harían procedente el reconocimiento, ya que se utiliza como un mismo conjunto las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor, “acto de autoridad” o hecho del príncipe, cláusulas de reajustabilidad y teoría de la imprevisión,
- el reconocimiento específico se produce tras un riguroso examen para establecer si el riesgo alegado se regula en el contrato como de cargo del contratista de obra,
- una preocupación rigurosa por establecer una perfecta correspondencia entre el perjuicio causado, y la compensación que se autoriza a pagar al Estado,
- la constatación que el hecho fundante es un acto de autoridad - la dictación de una Ley- generó el encarecimiento no previsto e irresistible para el contratista de la obra a suma alzada, y
- la expresa verificación y constancia de que al reconocer esa causa no se vulneraba el principio de igualdad, ya que el Dictamen declara que no existirá discriminación de parte de la autoridad al reconocer este hecho para compensar, pues el carácter de imprevisto del “hecho causante” le habría sido reconocido a cualquier otro licitante que hubiese resultado adjudicado con el contrato.

VI.4.2. Conclusiones.

Se ratifica la admisibilidad teórica y general, de la alegación de la imprevisión como causal de revisión de las estipulaciones contractuales en el derecho público chileno en casos de su ocurrencia, acorde a los principios generales del derecho y normas que regulan la contratación conmutativa y, en particular, del derecho público administrativo.

Sin embargo, cabe consignar que para estas concesiones en Chile la Administración puede procurar restringir la aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión, por la vía de alegar

que en su régimen legal de las concesiones de obra pública, la ley que las rige contiene la expresa estipulación de la causal de revisión de factores del contrato en su Artículo 19 inciso tercero de la Ley, como forma de acoger y reclamar la Teoría de la Imprevisión en el derecho concesional chileno y que a ella deberían acogerse las compensaciones.

VI.5. REVISIÓN DEL CONTRATO “POR CAUSAS SOBREVINIENTES, QUE ASÍ LO JUSTIFIQUEN”.

Por primera vez en la ley positiva nacional, la consagración en el régimen legal de las concesiones de obra públicas de “las causas sobrevinientes que así lo justifiquen” como un factor de revisión del contrato, asume parcialmente la Teoría de la Imprevisión y su necesaria consecuencia, la necesidad de restablecer el equilibrio contractual perdido en perjuicio del concesionario. Su adopción por la ley positiva ha normalizado su tratamiento como un elemento que la ley incorpora en el contrato, dejando a las Bases de la respectiva Licitación, concretar algunas de las condiciones para su examen y resolución, directamente entre las partes del contrato. Ellas pueden tratarlas y pactar la revisión modificatoria de modo directo.

Sin embargo, si las Bases nada estipulan y existe controversia entre las partes sobre la ocurrencia o calificación de dichos hechos, se cumplen plenamente los supuestos de la doctrina jurídica que admite la revisión contractual por el juez, para restablecer el equilibrio económico perdido por los daños causados al concesionario, como consecuencia de los perjuicios que se deriven fundadamente de hechos externos a las partes, imprevistos e imprevisibles al contratar. Sólo que, por primera vez, en el derecho chileno estas circunstancias pueden ser alegadas y resueltas, con fundamento en un texto positivo de ley vigente y no al amparo de la sola doctrina jurídica y de los principios generales del derecho.

En efecto, las reformas modernizadoras de la legislación de concesiones que inició la Ley N° 19.068 de 1991 y que complementaron las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996, contempla en su Artículo 19, incisos 3° y 4°, la necesidad y forma de revisar ciertas estipulaciones contractuales cuando ocurran causas sobrevinientes que así lo justifiquen, con el objeto de asegurar contra otros riesgos que pueden afectar al concesionario. Esta es la consagración legal formal del principio de que ciertos eventos externos a las partes, no previstos en las regulaciones contractuales, que al presentarse perjudiquen y dañen los derechos del concesionario, justifican la necesidad de compensar para restablecer el equilibrio económico del contrato, en función del perjuicio o alteración que ellas han creado al concesionario, mediante la revisión de factores específicos del contrato, tal como lo hemos analizado y expuesto en la sección V.1.3. del capítulo V.

Tales causas sobrevinientes no son definidas ni precisadas por la Ley de Concesiones, ni para lograrlo se refieren a normas contenidas en otro cuerpo legal. Por lo general, la ley de concesiones busca y prescribe que, en la medida en que sean previsibles, los riesgos de ocurrencia de esos eventos que pueden alterar y dañar el desarrollo del contrato, sean

definidos y regulados en sus efectos por las Bases de Licitación, de modo tal que de existir norma expresa de las Bases que resulte aplicable, las partes del contrato deberán estar a la definición de causas, procedimientos y mecanismos compensatorios que de esas estipulaciones resulten.

Sin embargo, las causas sobrevinientes a que alude el Artículo 19, en su actual inciso 3°, son por definición, no previsibles y por lo tanto, no estipulables ni regulables por anticipado. De modo tal que si admitieren regulación del régimen convencional de la concesión, no podrían ser causa sobreviniente, en el sentido del Artículo 19, actual inciso tercero de la Ley.

Por ello, esa norma confiere al Ministerio la facultad expresa de estipular en las Bases de Licitación sólo la forma y plazos en que, cuando dichos eventos dañosos ocurran, el concesionario podrá solicitar su compensación, mediante la revisión de sólo tres factores o elementos del régimen contractual. Ellos son exclusivamente:

- **revisión del sistema tarifario,**
- **de su fórmula de reajuste, o**
- **del plazo de la concesión.**

El legislador parte del supuesto que para disponer de interesados en ser concesionarios de obras públicas, de alguna forma la legislación y, en lo posible, los contratos de concesión deberían garantizar el reconocimiento de esos riesgos y estatuir la posible compensación de esos eventos, a lo menos. Es el alcance básico que ya hemos estudiado en V.1.3., para dicha norma legal.

Si las Bases regulan las formas y plazos en que las causas sobrevinientes que así lo justifiquen pueden ser reconocidas, declaradas y compensadas, deberá estarse a los contenidos de la estipulación de las Bases y al acuerdo mutuo de las partes para ello.

Al mencionar entre los elementos externos, imprevistos e imprevisibles que alteran el equilibrio económico del contrato de concesión en perjuicio del concesionario, la causa sobreviniente sólo puede ser incluida para aquellos casos en que exista discrepancia o controversia entre las partes del contrato, en el reconocimiento de los eventos ocurridos como elemento fundado que constituya una causa sobreviniente y que sus efectos justifiquen la revisión contractual que prescribe la norma legal para esas situaciones.

Para ello, la ley, reconociendo la existencia de múltiples factores de riesgo adicionales que pueden hacerse presente en los contratos y que pueden alterar las condiciones de equilibrio económico del contrato de concesión, consagra expresamente la necesidad de revisar sus estipulaciones para restablecer el equilibrio económico, **cuando así se justifique**. Al igual que en la Teoría de la Imprevisión, la misma norma legal, única en la legislación nacional, declara expresamente la facultad del “juez” para su calificación y regulación, al remitir las controversias entre las partes sobre el reconocimiento del carácter

de causas sobrevinientes que lo justifique, la instancia prevista en el Artículo 36 de la Ley, la que también resultaría competente para regular las revisiones compensatorias.

Es decir, ante la ocurrencia de un hecho externo, imprevisto e imprevisible al licitar, ofertar y contratar, que no tiene específica regulación de bases y del contrato, es la normativa legal del Artículo 19, actual inciso 3°, la que opera de modo directo como sustento legal para la alegación de la ocurrencia del hecho dañoso y que, a la vez, fundamenta la declaración de sus ocurrencia, permite definir los perjuicios que de él se derivan y justificar la revisión del equilibrio económico contractual perdido en perjuicio del concesionario, para compensarlo mediante la revisión de los tres factores del contrato ya descritos.

En caso de su declaración, podrá revisarse el sistema tarifario, o su fórmula de reajuste, o el plazo de la concesión. Esta limitación del instrumental puede resultar insuficiente o ineficaz para enfrentar el conjunto de revisiones compensatorias que por las diversas causas y distintos tipos de efectos producidos, se requiera efectuar y, en especial, prevenir la ampliación de los efectos dañinos que puedan resultar de consideraciones de los mercados de capitales, financiero, de seguros y cambiario que puedan incidir en estos contratos.

Finalmente, cabe señalar que en las secciones siguientes, analizaremos separadamente las cláusulas de reajustabilidad, las de revisión de la estructura tarifaria y de seguros, incluyendo la consideración de su pacto o modificación en monedas extranjeras, en las concesiones nuevas o ya perfeccionadas y vigentes, sea como estipulaciones especiales del régimen económico del contrato o inmersas en la causal de revisión contractual de causa sobreviniente que así lo justifique.

VI.6. CLÁUSULAS DE REAJUSTABILIDAD.

VI.6.1. Procedencia de las cláusulas de reajustabilidad, en los contratos.

El país ha vivido por más de un siglo con alta inflación, si bien ella se ha reducido en los últimos años a índices menos relevantes. Sin embargo, en Chile y el mundo, este factor puede hacer variar sustancialmente el resultado de inversiones cuya rentabilidad es de largo plazo, ya que el inversionista recibirá en devolución un valor que no representa en caso alguno, el esfuerzo económico que dicho gasto le significó al efectuarse. Algo similar puede ocurrir en ciertos casos con la variación del tipo de cambio, que se analizará.

Con el fin de evitar un deterioro para la concesionaria, desde el punto de vista financiero el legislador estableció que las bases de licitación contemplen cláusula de reajustabilidad de las tarifas a fin de que el inversionista no se vea perjudicado por la pérdida de valor real por el deterioro de la moneda chilena. Así, las cláusulas de reajustabilidad se identifican como otra institución jurídica a la cual el contrato de concesión de obras públicas, se ve sometido a una revisión por causales externas, pero que se encuentra expresamente autorizada en la ley y en las bases de licitación.

El Artículo 7° letra g) de la Ley Concesiones de Obras Públicas, Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991, cuyo texto actual fija el DS MOP N° 900 de 1996, establece:

g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión.

Las Bases de Licitación pueden contemplar, en el régimen económico de la concesión, la reajustabilidad de las tarifas, el que generalmente se encuentra tratado en la sección del RÉGIMEN TARIFARIO, en el punto sobre “Fórmula de Reajuste Tarifario”.

Del mismo modo, parte del alcance de la norma del Artículo 19 inciso 3° ya analizada, se relaciona con la misma materia de la reajustabilidad y estructuras tarifarias, que en ese sentido, hasta ahora, han acogido algunas Bases de Licitación en sus textos.

Estas normas son reflejo del mismo principio que en los contratos de obras públicas les otorga el Artículo 102 inciso 2° del Reglamentos para Contratos de Obras Públicas, en el caso de omisión de la cláusula de reajustabilidad estipulada en las bases de licitación de algunos de esos contratos, fijando para su aplicación: “la variación del índice de precios al consumidor (IPC), determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, para el mes inmediatamente anterior al de la fecha del estado de pago, con relación al mes que antecede al de la apertura de la propuesta”.

Sin embargo la importancia de las cláusulas de la reajustabilidad es muy superior en la modalidad de los contratos de concesión. El tiempo, y en consecuencia la posible mayor incidencia de la necesidad de reajustabilidad, son absolutamente diferentes en uno y otro caso. Mientras un contrato de construcción se acota al tiempo requerido para esas faenas, en la concesión el período de construcción es seguido de la fase de explotación, que es un período prolongado de años o décadas, en que deben generarse los recursos destinados a pagar la construcción, mantenimiento y operación de las obras y servicios, con mayor incidencia de las necesidad de reajustabilidad.

Como consecuencia, las Bases y contratos de estas concesiones han previsto siempre cláusulas de reajustabilidad. Las iniciales, en épocas de inflación de dos dígitos, contemplan su posibilidad anual e incluso, el derecho de ajuste al superarse un cierto porcentaje de inflación que fijan las Bases.

VI.6.2. Reajustabilidad en moneda extranjera.

La posibilidad de aportar capital u obtener financiamiento en divisas, no se contempló ni incorporó de modo especial en las bases y contratos de concesión. La decisión fundamental en ello correspondió a que se deseó dejar en manos del concesionario, la organización de los factores económicos de la concesión, en el contexto de una amplia libertad para operar en el mercado, incluido el libre ingreso al país de inversión externa.

Además, desde el inicio del proceso de licitación de concesiones en Chile existía un elevado flujo de divisas, que incluso creaba problemas de equilibrio macroeconómico. Por ello concientemente se excluyó generar normativas cambiarias o monetarias especiales para atraer a las concesiones capitales externos en divisas, o incluir cláusulas de seguro de cambio o de reajustabilidad de tarifas en función del valor de cambio de divisas, en lugar de los valores monetarios en pesos o Unidades de Fomento que se han utilizado.

Las normas legales actualmente vigentes permiten incluir en los contratos nuevos que se liciten esas cláusulas de reajustabilidad en divisas para tarifas o ingresos mínimos garantizados u otras, que sean asumidas por el Estado. Ya se ha aludido a la normativa legal de concesiones de los Artículos 7° y 11 del DS MOP N° 900 de 1996, en armonía con la Constitución Política, en su Capítulo V, Artículo 60 N° 8 y las del Decreto Ley N° 1.263 de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, Artículos 39 al 46 que regulan los requisitos para constituir obligaciones financieras válidas del Estado de Chile, se configuran plenamente por la autorización genérica de ellas en la Ley de Concesiones y por constituirse mediante el Decreto Supremo de Adjudicación que es suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda.

En nuestra opinión en derecho, su incorporación en un contrato vigente puede hacerse en los casos de modificarse un contrato en virtud de las normas de los Artículos 19 inciso 1° o 3° o del Artículo 20, si se estipula como una de las formas de compensación y revisión que proceden.

Del mismo modo, también esa reajustabilidad podrá incluirse en divisas si se refiere a la forma de reajustar las tarifas, en los casos en que se revise el sistema tarifario o la forma de su reajuste, de conformidad con la norma del Artículo 19, inciso 3° por causa sobreviniente que así lo justifique.

Sin embargo, en nuestra opinión en derecho, fuera de las precisas situaciones antes analizadas, se requiere de norma legal para modificar de modo genérico en todas las concesiones la inclusión pura y simple de reajustabilidad en moneda extranjera en las materias en que en dicho contrato procedan, ya que esa facultad no existe en el estatuto legal de las concesiones como causal separada de modificación de contrato. Tampoco las autoridades pueden formular validamente una oferta en ese sentido, sin respaldo de ley que los habilite para ello.

Por el contrario, es perfectamente procedente en derecho la creación en el mercado o en instancias públicas del ámbito financiero de seguros de cambio, o de fondos de garantías para ese riesgo, en especial si a ella pueden acceder voluntariamente las sociedades concesionarias.

VI.7. REVISIÓN DEL SISTEMA TARIFARIO.

Otra institución jurídica especial que permite revisar el contrato de concesión por causas externas que se presentan durante su ejecución, es la revisión del sistema tarifario, que tiene por objeto mantener el equilibrio contractual durante el transcurso de la concesión, aun cuando su ruptura no sea imputable a las partes, solo deberá ser justificada. Ella, también, tiene su fundamento en las normas estudiadas del Artículo 7° letra g) y del 19 inciso 3° de la Ley, como se ha expuesto.

En la mayoría de las Bases de Licitación, una cláusula en ese sentido acoge directamente esta institución jurídica, estableciendo, en general, que cada 2 años la sociedad concesionaria podrá solicitar de manera justificada, una revisión que podrá ser aceptado o rechazado por el MOP, con consulta al Ministerio de Hacienda, en relación:

- al sistema de reajuste de tarifas máximas establecidas en las bases de licitación,
- al sistema de cobro,
- a la relocalización de puntos de cobro, si bien este no se encuentra explícitamente incorporado en todas las bases de licitación.

Sin embargo, sostenemos que esas cláusulas pueden aplicarse a las condiciones y circunstancias a que se refieren y en los tiempos indicados en el contrato.

Pero, esa estipulación parcial no obsta a que invocando directamente la normativa del Artículo 19 inciso 3°, se puede demandar revisiones de las estructuras tarifarias, de reajuste de las tarifas y en el plazo de la concesión, en otros momentos y por otras causas sobrevinientes que así lo justifiquen, ya que en las Bases existentes, no se han definido, ni acotado, ni cerrado las causas que autorizan dicha definición. Por ello, el contrato no tiene ni la virtud ni la fuerza suficiente en esta, y en otras estipulaciones de Bases, para derogar los derechos legales del concesionario, mediante cláusulas parciales o que procuran aminorarlos, disminuirlos o simplemente, no regulan.

La posibilidad de aplicar sistemas de revisión en divisas en nuevas licitaciones y contratos de concesión y la de su incorporación en contratos vigentes, sea mediante modificación de contrato, fundada en el Artículo 19, inciso 1° o en el 20, o alternativamente, de su revisión fundada en causa sobreviniente aceptada por las partes o declarada según la norma del Artículo 19, inciso 3° por la Comisión del Artículo 36, es igualmente procedente, por el tenor de esas disposiciones legales del mismo modo y forma analizados en el numeral anterior para las cláusulas de reajustabilidad.

Es nuestra opinión en derecho, que fuera de las situaciones antes indicadas, se requeriría de ley general para modificar los contratos o incluso, para que el Ministerio formule una oferta genérica en ese sentido.

VI.8. SEGUROS DE CAMBIO.

Otro factor externo que afecta el desarrollo del contrato de concesión, es la variación del tipo de cambio, es decir, el riesgo cambiario, por lo que en las actuales circunstancias económicas y financieras del país, este tema amerita un tratamiento especial en el desarrollo de este informe.

VI.8.1. Materia y objeto del seguro de cambio.

El régimen legal de las concesiones contempla amplia libertad para estipular en las Bases de Licitación⁷ seguros de ingresos mínimos y otras formas de enfrentar contingencias cambiarias, si se incorporan en la estructura tarifaria o en las cláusulas de reajustabilidad. Su no incorporación y ausencia de desarrollo en las licitaciones de concesiones hasta hace poco, obedeció a las mismas razones analizadas al tratar de la estructura tarifaria y cláusulas de reajustabilidad, en función de las condiciones de la economía nacional derivadas de la abundancia de divisas, revalorización sostenida del peso por varios años, conveniencia del estatuto general de inversiones extranjeras, autonomía otorgada al concesionario para estructurar el negocio en las condiciones del mercado y otras razones. Típicamente, se trató como una materia a resolver en el mercado por el concesionario en condiciones de absoluta libertad.

La actual situación de restricciones financieras, de incertidumbre y presiones sobre el tipo de cambio y de menor flujo de divisas al país, ha derivado en revisar estos criterios, al menos para licitaciones y contratos de concesión nuevos. El cambio de política de los Ministerios de Hacienda y Obras Públicas, se ha producido en las bases económicas del proyecto Costanera Norte, en fase de actual licitación retrasada. En ella se estableció un sistema de ajuste de los ingresos totales de la concesión en una a relación UF-dólar, a la que la sociedad concesionaria podrá optar una única vez.

VI.8.2. Los seguros de cambio y sus formas contractuales.

Mediante el o los **seguros de cambio**, se trataría de aplicar mecanismos que permitan a las sociedades concesionarias obtener financiación externa, con garantías que permitan afrontar variaciones fuertes de la paridad cambiaria, ante las restricciones estructurales y de la coyuntura en el monto que les resulta posible de aportar al financiamiento del sistema por los bancos nacionales. Su presencia permitiría optimizar contratos de créditos externos en dólares u otra divisa, con menor tasa de interés y un más bajo riesgo.

En términos generales el seguro de cambio va mucho más allá del concepto general de seguros. En materia financiera aquél es todo medio que permite garantizar el pago en moneda extranjera al acreedor, impidiendo que el deudor sufra perjuicios financieros por la variación del tipo de cambio. Así, el seguro de cambio es todo procedimiento financiero destinado a disminuir el riesgo asociado a la variación del tipo de cambio, a la que se expone todo inversionista que contrata créditos en una moneda distinta a la cual recibirá los retornos de su inversión.

Dentro de las alternativas de mercado existentes, si bien las más de las veces de modo teórico o por un plazo muy limitado a meses o pocos años, se anotan:

* **los seguros propiamente tales**, con una vasta gama de alternativas teóricas de mercado, que en la realidad chilena por la limitación de su tamaño, ante la magnitud y el largo plazo de la inversión de las concesiones no tiene alternativas efectivas de mercado.

* **el forward**, es un contrato en que una parte se obliga a comprar y otra a vender un bien a cierto tiempo futuro por un cierto precio que, generalmente se celebra entre instituciones financieras o entre una de ellas y un particular. Como ellos se celebran en una Bolsa de Comercio, hay una importante disminución en los gastos.

El Banco Central de Chile en el Título I Capítulo VII, del Compendio de Normas de Cambios internacionales entre las operaciones con "instrumentos derivados" a realizarse en el mercado nacional, ha definido forward de monedas como aquella transacción en que las partes se comprometen a intercambiar, en una fecha futura, las respectivas monedas establecidas en el contrato. En términos generales, éste no requiere de pagos iniciales. Por ello puede significar al inversionista un ahorro importante en dinero, ni pretende dar una utilidad extra al inversor, sólo intenta asegurar la utilidad obtenida en la inversión.

* **swaps**, en que cada contrato envuelve dos transacciones simultáneas: una al día presente y otra, en un futuro determinado previamente por las partes. Ambas acuerdan intercambiar flujos de moneda a una tasa de cambio prefijada y a un plazo preestablecido. El swap no pretende dar una utilidad extra al inversor, sino que procura asegurar la utilidad obtenida en la inversión.

El Banco Central de Chile en la misma normativa indicada define el swap de monedas como aquella transacción en que las partes se comprometen a intercambiar, en una serie de fechas futuras, los respectivos flujos financieros en dos monedas diferentes.

Un ejemplo sería una compañía en Chile que necesita fondos para un proyecto, a la que podría serle más ventajoso obtener esa financiación en el extranjero en vez del mercado doméstico. Al momento del pago del préstamo extranjero, deberá efectuarlo en divisa. Por otro lado, otra empresa puede requerir exactamente lo opuesto, por lo tanto, entre ellas acuerdan: **a)** intercambiar flujos al efectuarse la primera operación, y **b)** intercambiar los mismos flujos en futuro con el reajuste correspondiente, pero prefijado al tiempo de efectuar la primera operación.

* **los futuros**, al igual que los forwards, corresponden a un contrato entre partes en que una se obliga a vender y la otra a comprar a un cierto día y al precio que exista para ese cierto día. A diferencia del forward el precio puede variar día a día y debe efectuarse en la Bolsa de Comercio de Santiago, con mayor costo de la operación. El contrato de futuros pretende una utilidad extra para el inversor, pero apareja cierto riesgo, incluso el perder las utilidades de la operación.

El seguro de cambio que usa futuros, no requiere pagos iniciales, pero sí el depósito de una suma de dinero destinada a cubrir cualquier variación en el precio del bien. Así, esta cantidad aumentará o disminuirá según las variaciones del precio del bien en el mercado.

* **las opciones**, son contratos entre dos partes, en que el comprador tiene el derecho, pero no se obliga, de comprar o vender un bien en fecha y precio determinado.

El comprador paga al vendedor una suma de dinero llamada Precio o Premiun y el vendedor de la opción está preparado para vender o comprar de acuerdo a los términos del contrato, siempre y cuando el comprador así lo decida. Según la regulación del contrato el derecho de que es titular el comprador, se puede ejercer durante todo el transcurso del contrato o sólo al finalizar los plazos.

En este caso el riesgo cambiario para el comprador, queda limitado a la pérdida del precio o premiun, por el no ejercer el derecho. Pero para el vendedor en la práctica es ilimitado. Las opciones pretenden una utilidad extra al inversor, que puede ser interesante, pero apareja cierto riesgo de perder el precio, de no ejercer su derecho a comprar o vender en plazo. Además, como atractivo el riesgo queda bastante definido para el inversor.

VI.8.3. El seguro de cambio en los nuevos contratos de concesión.

Como se ha visto, el desarrollo de proyectos grandes o de megaproyectos para el tamaño de nuestro mercado, puede requerir financiamiento en divisas. A su vez, el mercado nacional no dispone de esos instrumentos en monto y para los plazos propios de este tipo de inversiones en proyectos de largo tiempo. Incluso, en los de corto plazo, su costo es bastante relevante y puede incidir decisivamente en la rentabilidad del proyecto.

El Estado no ha querido asumir una función de suplencia del mercado en materia cambiaria, sin embargo las nuevas condiciones lo han llevado a incluir una variante de seguro de cambio en una primera licitación.

El régimen legal de las concesiones autoriza plenamente al licitar que se estipule estas formas de seguro o garantía en función de las variables del contrato en que las incorpora. Más aún, las normas sobre compromisos financieros del Estado ya citadas, expresamente permiten que ellas puedan asumirse en moneda extranjera y para este tipo de proyectos es lo más habitual.

Cabe comentar que estos seguros de cambio deben repartir equitativamente los riesgos. No prosperarán formulas en que el Estado garantiza a los financistas en divisas del concesionario si trasladan el costo definitivo del riesgo sólo a éste último. Tampoco es dable esperar que el Estado los asuma por su cuenta y riesgo, ya que puede estimular negociaciones descuidadas para esos financiamientos.

Finalmente debe hacerse presente, que al estipular ciertos conceptos en divisas, el contrato deberá precaver una equitativa repartición de los beneficios que puedan resultar de revaluaciones, así como reparte los de la devaluación frente a la divisa garantida.

VI.8.4. El seguro de cambio en los contratos de concesión vigentes.

Dentro del principio jurídico legislativo y de la acción de la administración, destinados a viabilizar las concesiones y en especial su financiamiento, que hemos caracterizado como un sistema legal "PRO-CONCESIÓN", parece llegada la hora de identificar e implementar medidas destinadas a potenciar la obtención de financiamiento en el extranjero o en el país, pero con seguro cambiario respecto de otras divisas.

A la vez, para los contratos que no cuentan con estipulación de este tipo de seguros, la acción corporativa de la industria concesional y la gubernativa deberían priorizar la búsqueda de soluciones de mercado financiero o promover mecanismos legales o institucionales del estado que los resuelvan de preferencia en el marco de los mercados de capitales y financiero antes que en el de las concesiones.

Sobre las posibilidades de modificar o revisar los contratos vigentes para establecer estas garantías de ingresos asegurados en referencia con una moneda extranjera, nuestra opinión acotada es que ellos sólo podrían hacerse en función de:

- incorporarlos como compensaciones en casos de modificaciones contractuales basadas en los Artículos 19 inciso 1° y 20, en relación a sistemas de reajuste de tarifas o de seguros de ingresos mínimos ya existentes, y
- en los casos en que se pida por el concesionario la revisión de los sistemas de reajuste de las tarifas por la causal del Artículo 19, inciso 3°.

VII. MEDIDAS GUBERNATIVAS PARA MODERAR O COMPENSAR EFECTOS ADVERSOS PROVOCADOS EN LAS CONCESIONES POR LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES DEL MERCADO FINANCIERO.

Luego de analizar los mecanismos y márgenes que dispone el régimen legal y contractual vigente de estas concesiones para posibilitar el reequilibrio económico de las prestaciones pactadas, procede reflexionar sobre posibles medidas externas al sistema contractual que permitan corregir, en su todo o parte, los negativos efectos que en el año se han hecho presentes en los mercados de capitales y financiero. Ello se hace necesario por las condiciones que han alterado esos mercados, las que puede haber afectado los derechos y obligaciones de la parte concesionaria al inviabilizar el otorgamiento de los créditos que ellas requieren o al encarecer, imprevisible y drásticamente, su costo financiero por sobre el que se asumía al contratar.

Por la naturaleza y circunstancias en que se ha encargado este informe jurídico, se tratará los principios que pueden fundamentar una actividad estatal en estos ámbitos. Ellas no serían más que una continuidad y profundización del cúmulo de acciones legales y apoyos gubernamentales desarrollados en esta década, o en actual curso de acción, para sustentar la creación y funcionamiento del sistema concesional de obras públicas.

En este informe no corresponde proponer medidas sustantivas específicas; en cambio, si bien cabe hacer la reflexión del marco legal, administrativo, de mercado o de los contratos en que ellas pueden aplicarse. El necesario complemento de estas reflexiones y los ejemplos que se incluyen, debe surgir de los estudios y trabajos de orden económico y financiero que se desarrollan en paralelo y de los estudios técnicos y jurídicos que sean aplicables a las distintas obras en concesión o similares categorías de ellas.

VII.1. FUNDAMENTO DEL ESTADO PARA GENERAR O IMPULSAR MEDIDAS DE MERCADO O ACCIONES ADMINISTRATIVAS PARA SUPERAR LAS CONTINGENCIAS FINANCIERAS.

La razón de estas reflexiones, se funda en la existencia de un interés público y social comprometido, que podría llevar a decidir la implementación de acciones o medidas específicas o programas de la Administración del Estado que incidan en las perturbadas condiciones de los mercados financieros, de los seguros o cambiarios con el propósito de ayudar a superar las circunstancias financieras negativas que se han presentado este año. Ellas, en concreto, se traducen en la ausencia -o demora por meses- de ofertas de financiación por los Bancos u otros agentes financieros encargados para proyectos de obras en concesión en fase inicial, o para refinanciar otras ya en explotación, o las que se crean por los muy elevados costos de financiación de corto plazo, o por la ausencia o insuficiencia de alternativas que respalden los riesgos cambiarios en procura de créditos en divisas.

En un enfoque de esta naturaleza, se razona sobre el supuesto de que cada sociedad concesionaria o grupos de ellas han asumido o asumen, todas las medidas que son susceptibles de implementar en el mercado. Por ello, este razonamiento no se centra en las posibilidades que, al nivel de las empresas concesionarias o grupos de ellas, existen en los mercados financieros, de seguros o cambiarios destinados a generar o complementar las condiciones para el financiamiento que estos contratos requieren.

De ser necesario, la Administración puede requerir desarrollar acciones que sustenten el sistema concesional en el cual recaen obras y servicios públicos muy valiosos. Además de que constituye una nueva industria con importante potencial de futuro desarrollo y aporte de capital y financiamiento para obras públicas. Si por estas causas externas se deteriora el sector de empresas concesionarias, a futuro se podría requerir y consumir muchos recursos del Estado, al entrabarse el sistema concesional por la existencia de problemas no resueltos adecuadamente ante la presencia de condiciones financieras externas, inhabituales y cuyos alcances y niveles no son previsibles. De prolongarse estas limitantes pueden disminuir o terminar el interés por el sistema de participación privada en las diversas infraestructuras públicas susceptibles de otorgarse en estas concesiones.

De otra parte, el propio sector concesional ha generado los recursos con que el Gobierno ha constituido el **FONDO DE INFRAESTRUCTURA**, en que recoge pagos de sociedades concesionarias efectuados al Fisco por algunas de las infraestructuras más valiosas ya entregadas en concesión. La decisión de constituir este Fondo se fundamentó en que el Gobierno quería disponer de reserva para activar el sector de las obras de públicas por concesión o vinculadas a ellas, o para complementar necesidades derivadas de éstas que se expresan en mayores costos por obras adicionales o por las adquisiciones de los terrenos necesarios para su ejecución.

Algunas de las condiciones anormales o de insuficiencia del financiamiento disponible en el mercado nacional, que han quedado muy de manifiesto en la presente coyuntura financiera, de seguros y cambiaria, pueden aconsejar que el Estado inicie acciones para estimular el desarrollo o consolidar esos mercados, para que tengan condiciones de ofertar créditos y seguros de cambio a tasas razonables o posibilitar la oportunidad para que se incorporen al país inversores o financistas de largo plazo, en moneda extranjera.

Aún más, el fundamento de algunas de las acciones del Estado en el plano financiero, de los seguros o, incluso, de tratamiento a la inversión en divisas que se efectúe en el país, pueden provenir de las propias condiciones del mercado financiero que resultan evidentes en la actualidad económica. O bien, pueden fundarse en políticas o acciones concretas que interesen al país en el marco del enfrentamiento de las presentes circunstancias del mercado, o de los escenarios previsibles de consolidarse u ocurrir en este período de inestabilidad financiera y restricción de liquidez, a lo menos, al nivel de ciertos tipos de proyectos de alta inversión inicial y cuya rentabilidad madura en el largo plazo.

También, se consigna que en el país existen empresas y entidades económicas que realizan ventas o inversiones externas en divisas que pueden requerir las coberturas

inversas a las que necesitarían las concesionarias que se financien en divisas en el exterior, ante los riesgos recíprocos. Para facilitar su viabilización en el mercado, podrían ser necesarias decisiones con respaldo de ley o actos de gobierno o participación de entidades públicas.

En los hechos, en las últimas semanas y meses el Ministerio de Hacienda ya ha iniciado y desarrollado acciones con agencias financieras públicas internacionales, como el Banco Interamericano de Desarrollo, para enfrentar parte de las insuficiencias presentes en el mercado financiero nacional. Como ella, pueden haber otras.

Ante la eventualidad de requerirse ciertas modificaciones normativas, examinaremos las formas posibles de dicho accionar y las condiciones jurídicas que deberían reunir para su validez en el ordenamiento jurídico.

VII.2. MEDIDAS O POLÍTICAS PÚBLICAS QUE INCIDAN EN MEJORAR LAS ACTUALES ADVERSAS CONDICIONES PARA FINANCIAR CONCESIONES.

Elas pueden situarse en el mercado financiero o directamente, en el sistema de los contratos de concesión.

VII.2.1. Del orden FINANCIERO.

Hemos mencionado un conjunto de acciones legales y de Gobierno que se han materializado en esta década, en relación con las condiciones que las concesiones requerían en el sistema tributario, financiero, de garantías y otros, a fin de asegurar o facilitar recursos de capital y créditos en la fase inicial de construcción de estos contratos.

Parte importante de las limitaciones para el financiamiento de las concesiones proviene del reducido tamaño de los mercados de capitales y financiero nacionales. Otra parte de las reservas para otorgar financiamiento a estas concesiones, proviene de su carácter conocido como financiamiento de proyecto, carente de garantías reales por la naturaleza jurídica misma de la propiedad de los bienes y por las dudas o poca experiencia en evaluar los flujos de ingresos que ellos generarán.

Esto lleva a insistir en la necesidad de que el Estado amplíe las normas legales y administrativas que condicionan esos mercados para habilitarlos a incorporarse en los niveles y montos de recursos hoy requeridos para los proyectos ya licitados y contratados. Algunas de las acciones necesarias dependen de la acción estatal y otras sólo pueden ser inducidas o apoyadas por la Administración o mediante nuevas normas legales.

En particular, interesa explicitar que la insuficiencia estructural de disponibilidad de capital y créditos de nuestro mercado nacional para grandes inversiones en concesiones, está forzando que se recurra al financiamiento en divisas. Ello conduce a la necesidad de revalorar y redefinir las condiciones del mercado chileno de seguro de cambio, o de

ratificarse su insuficiencia o inviabilidad en el sector privado, a incluir estas estipulaciones en las futuras licitaciones y contratos de concesión, en adecuadas y cuidadosas condiciones. De hecho, el Gobierno ya lo ha incorporado en un primer caso.

Sin embargo, la materia es compleja y requiere profundizar el estudio de lo que se requiere para dar estas garantías, en condiciones equitativas ante ese riesgo y ventura, entre todos los sujetos que participen en ella, sean los financistas en divisas a que se les asegure el tipo o valor de cambio, a la propia sociedad concesionaria, a los mismos usuarios y naturalmente, al Estado, en el evento en que asuma parte de esos riesgos, sea directamente o cargándolo al régimen económico del contrato en que se incorpora, entendido este último como un patrimonio público especial afectado temporalmente al cumplimiento del objeto de la concesión en que recae.

Ellas pueden consistir en medidas directas del sector público, en que distintos actores son competentes para asumir o respaldar iniciativas o ampliar los márgenes de acción de que disponen las entidades públicas bancarias u otras.

Del mismo modo, puede generarse formas en que exista un mayor respaldo efectivo en la emisión de Bonos de Infraestructura por las concesionarias incorporando a los distintos entes gubernamentales en esas políticas o medidas.

Otro eje de acción corresponde a la incorporación de entes públicos internacionales, con participación del sector público, como ha ocurrido desde hace semanas, con la actividad iniciada por el Ministerio de Hacienda ante el Banco Interamericano de Desarrollo -BID- con el objeto de definir condiciones de programas para el apoyo en el financiamiento y garantía de las concesiones. Ya ha visitado el país una misión de alto nivel, encabezada por su Presidente que ha tomado contacto con los diversos actores involucrados en las concesiones y su financiamiento.

Si bien el actuar de estos entes públicos internacionales es relativamente lento, el inicio de los estudios sobre el tema puede entregar resultados que resulten convenientes, ante las carencias y perturbaciones del mercado financiero.

Para este objeto, también cabe la posibilidad de incorporar otros entes públicos financieros internacionales en los que Chile participa, como el Banco Mundial y la Corporación Andina de Fomento, tanto en sus líneas crediticias como en las de participación en el capital mediante filiales o en las de garantía respecto de terceros.

Finalmente, en el caso que se estime necesario, el Gobierno podría estudiar las posibles condiciones de créditos sectoriales que obtenga el Estado de Chile, de esos Bancos Públicos Internacionales u otros entes financieros o consorcios, que se coloquen en el sistema bancario nacional para destinarlas a financiar las concesiones en créditos directos, como ocurre en otros sectores de la actividad económica o bien, a respaldar las emisiones de Bonos de Infraestructura, para asegurar su mejor colocación.

Finalmente pueden existir medidas a adoptar propias de la esfera de acción del sector privado, pero que requieran algún respaldo del sector público. La presente coyuntura puede ser útil para que el Gobierno continúe, profundice o extienda el estímulo de medidas propias del sector privado en el ámbito del financiamiento que pueden aportar los Bancos, las Compañías de Seguro e inversores institucionales como los Fondos de Inversión y las AFP.

En este ámbito resulta particularmente relevante, la posibilidad de crear, extender y consolidar la oferta de seguros de cambios, propiamente privados en el mercado nacional o las formas de su contratación en exterior o de su reaseguramiento.

VII.2.2. Referidas al sistema y contratos de Concesiones de Obras Públicas.

En esta área el Gobierno dispone de mayores instrumentos de acción según se desprende de sus facultades en el desarrollo de los diversos contratos vigentes.

Además cuenta con otros mecanismos, entre los cuales se destaca la posibilidad de activar el Fondo de Infraestructura, que se ha formado por pagos al Estado efectuados por concesionarias. Ese fondo se constituyó para prevenir necesidades de inversión en la infraestructura pública, en tiempos de crisis y su uso depende exclusivamente de medidas de resorte del Ejecutivo para implementarlas. Puede estimarse llegado el momento de iniciar su uso, precisamente en obras que complementen los requerimientos de estas concesiones, en lugar de recargar a los concesionarios con inversiones adicionales que sucesivamente aparecen en los distintos contratos en ejecución, sin hacer pesar necesidades financieras adicionales en esas sociedades.

Para ello, los Ministerios pueden definir programas para ordenar o convenir inversiones adicionales en contratos en ejecución de categorías y situación similares, con financiamiento de dicho Fondo, o derivados de los recursos que se acumulan de otros pagos que se efectúan al Estado para vialidad complementaria.

También en modificaciones de contratos de concesión en curso, pueden definirse términos generales comunes e igualitarios, aplicables a opción de las concesionarias de una misma categoría y situación, para habilitar la percepción total o parcial de ingresos en forma anticipada, con modificación de hitos de construcción, como ha ocurrido al habilitar y operar anticipadamente ciertos tramos relevantes de obras viales desde que se llega al estándar de doble calzada, donde antes sólo había dos pistas.

Como éstas hay diferentes otras formas de flexibilidad que la Administración puede definir para mitigar las carencias del mercado financiero o las muy onerosas condiciones en que ahora se obtienen esos recursos.

VII.3. REQUISITOS JURÍDICOS DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE FOMENTO DE CONDICIONES DE MERCADO PARA ASEGURAR DISPONIBILIDAD DE FINANCIAMIENTO.

El fundamento central del Estado para actuar en el sector concesional o en los mercados financieros y de capitales ante las condiciones de la coyuntura, se encuentra en la cautela y promoción del bien común general del país, de la defensa y promoción del régimen concesional e, incluso, en medidas propiamente de desarrollo y profundización de los mercados de inversiones de largo plazo y el financiero. En tanto promueva medidas propias de mercado, su única preocupación debe estar en la legalidad de los actos y medidas que lo permitan, tanto en su aspecto general como en las normas sectoriales.

VII.3.1. Medidas o políticas de aplicación general.

A los actos de la Administración se les exige, por norma jurídica positiva, niveles de generalidad y de no discriminación. Si bien, en ciertas instituciones que pueden regular estas materias, la generalidad de las medidas no es necesariamente de carácter absoluto en sus estatutos jurídicos. Sin embargo, las medidas o programas que se implementen, a lo menos, deben estar dotados de una generalidad relativa, es decir, la institución, programa o medida debe tener aplicabilidad, por lo menos, respecto de todos los sujetos que se hallen en la igualdad de circunstancias para acceder a ella.

VII.3.2. Medidas o políticas a implementar deben ser igualitarias.

Para los efectos de los actos jurídicos de entes públicos o de las autorizaciones que ellos deben adoptar para posibilitar o implementar medidas o actuaciones regulatorias que se apliquen a entes de su dependencia o control, se entiende por medidas igualitarias las que regulan una materia cualquiera que dispone medidas aplicables al mercado en general o al mercado relevante a que se destina, sin consideración a la persona del o de los destinatarios, sino que a condiciones fácticas cualquiera sean las personas o categorías de ellas a las que se aplicará sin que afecten o favorezcan sólo a algunos concesionarios o a esta categoría de empresas, respecto de otras que cumplan iguales condiciones.

VIII.- MODIFICACIONES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL Y DE LOS CONTRATOS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS FISCALES POR VÍA DE LEY NUEVA.

VIII.1. ASPECTOS GENERALES.

Del análisis efectuado resulta que existe un cierto instrumental legal y contractual para enfrentar algunas contingencias en los contratos vigentes ante las negativas circunstancias financieras externas que los han afectado, el que se puede aplicar a cada contrato individualmente como acción que demanda derechos y pide cierta flexibilización para el cumplimiento de algunas obligaciones, o se opone como excepción directa ante el incumplimiento total o parcial de otras. Sin embargo, éste puede resultar muy insuficiente o inaplicable en las contingencias financieras ocurridas en este año y de sus efectos que se prolonguen en el tiempo. Ante ello, puede validarse la alternativa de que, por el interés público comprometido, se requiera legislar para crear nuevas condiciones en el mercado financiero o en las concesiones, para facilitar a los concesionarios constituidos la superación de las adversas condiciones financieras de estos meses.

Si consideramos que el desarrollo del sistema concesional y las mismas obras públicas licitadas y contratadas por concesión tienen un alto interés público, las circunstancias financieras en análisis pueden significar perturbaciones que originen costos sociales muy elevados al país, en especial si los estudios de negocio de los proyectos en que se han fundado la licitación y contrato dejan de entregar las rentabilidades social y privada que existía o se proyectaban al momento de licitar, ofertar y contratar, alterándolas de modo relevante. De ello puede justificarse emprender diversas acciones extraordinarias, destinadas a subsanar y prevenir mayores daños al sector público, a los usuarios de los servicios público en que recaen las concesiones y al naciente conjunto de empresas concesionarias y sus grupos inversores, financistas, constructores y proveedores.

El Estado no sólo tiene la facultad, sino el deber de sopesar los riesgos que la situación ha creado, crea o puede crear en estas obras que prestan servicios públicos muy valiosos, así como sobre el importante esfuerzo social y económico de los sectores público y privado, que se ha requerido para crear y operar este sistema concesional, por la conveniencia social de preservarlo y defenderlo para que desarrolle sus potencialidades.

En este contexto, podría llegar a considerarse adecuada la alternativa de ampliar o modificar el régimen contractual vigente entre las sociedades concesionarias de obra pública fiscal y el Estado de Chile, mediante la dictación y promulgación de una ley sobre la materia. Más específicamente, una ley que amplíe o modifique el régimen dispuesto en la actual Ley de Concesiones de forma que las nuevas normas se apliquen o puedan incorporarse en las estipulaciones contractuales que rigen a las partes.

Para esa eventualidad, examinaremos las condiciones jurídicas que debería reunir una modificación normativa para su validez y factibilidad dentro del orden jurídico nacional, de

acuerdo a las normas y principios del derecho público aplicables y en particular, a los que rigen el contrato de obra pública y su modalidad de ejecución por concesión a privados.

VIII.2. MATERIA Y CARÁCTER DE UNA NUEVA LEY RESERVADA A LA INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE.

VIII.2.1. Es materia de Ley de Iniciativa exclusiva del Presidente.

La procedencia y contenidos de cualquier nueva ley deberá tener absoluta concordancia con las materias reservadas al dominio legal, según dispone el Artículo 60 N° 10 de la Constitución Política:

“Art. 60. Sólo son materias de ley:

10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”.

Se hace constar, que por expresa disposición del Artículo 62 inciso tercero de la Constitución Política, la iniciativa de legislar en materia de concesiones pertenece exclusivamente al Presidente de la República.

Pese a ello, en las diversas modificaciones legales efectuadas esta década, el Congreso Nacional ha ejercido el derecho de agregar materias de su iniciativa no contempladas en el Proyecto de Ley enviado por el Presidente, cuando considera que esa nueva materia a normar esta relacionada con una o varias de las proposiciones incluidas en el Proyecto que el Ejecutivo somete al Legislativo. De allí que los alcances de un Proyecto de Ley sobre concesiones de obra pública, pese a la iniciativa exclusiva del Presidente, puede extenderse por el Congreso Nacional, si lo acepta el Presidente de la República, pues ambos conforman el Órgano Legislador.

En el desacuerdo entre el Congreso y el Presidente sobre la agregación de materias, definirá su procedencia el Tribunal Constitucional. Incluso, en el evento de la aplicación ulterior de alguna de ellas, ese hecho podría alegarse como nulidad de derecho público o pedir su declaración de Inaplicabilidad, ejerciendo las acciones o Recursos que en derecho proceden, de tipo general o sólo para un caso particular.

VIII.2.2. Naturaleza y carácter de una ley modificatoria.

En cuanto a la naturaleza de la ley que se dicte, podría tratarse de una ley modificatoria propiamente tal, en la cual se entiende incluida siempre la posibilidad de incorporar nuevas normas, o de una ley interpretativa de las normas vigentes.

En el primer caso, se trata de normas jurídicas que, de modo directo y expreso, amplían o alteran el texto de una ley anterior, cuyo efecto temporal se limita a lo futuro, es decir,

sin tener efecto retroactivo, según lo dispone el Artículo 9, inciso 1º del Código Civil. En dicho caso se refuerza la alternativa jurídica elegida y ya utilizada por las disposiciones primera y segunda transitorias de la Ley N° 19.460 de otorgar un derecho opcional a las sociedades concesionarias y adjudicatarias para acogerse libre y voluntariamente al nuevo régimen legal o a una parte de las nuevas normativas.

Por su parte, la **ley interpretativa** tendría por fin esencial aclarar el sentido y alcance de otras leyes vigentes, dictadas con anterioridad. En dicho caso, se entiende, por el sólo ministerio de la ley, que el contenido de la ley interpretativa estaba incorporado en la norma interpretada, con efectos generales y obligatorios, con la sola excepción de que por esta vía no se podrá alterar los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio según la disposición ya referida del Artículo 9 del Código Civil, o los derechos adquiridos amparados por el derecho de propiedad, en los amplios términos que consagra y protege el Artículo 19 N° 24 Constitución Política.

VIII.3. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS PARA QUE UNA NUEVA LEY MODIFIQUE EL RÉGIMEN LEGAL DE CONCESIONES Y, POR TRANSITIVIDAD, EL CONTRACTUAL DE ELLAS.

Además, toda ley modificatoria de situaciones jurídicas, legales y contractuales, anteriores debe cumplir ciertos requisitos y características sustantivas de constitucionalidad ya que el cumplimiento formal de su tramitación, ni los *quórum* tenidos para aprobarla no bastarían para evitar su impugnabilidad constitucional. Al efecto, estimamos que una ley adolecerá de un vicio de inconstitucionalidad, en los siguientes casos:

- si ella dispusiere una regla particular, no aplicable a todos aquellos sujetos que están en la misma situación jurídica y fáctica que el legislador tuvo en vista; o
- cuando ella rompiere el principio de igualdad que rigió el proceso licitatorio de la concesión; o
- si ella fuere expropiatoria de derechos, sin contemplar una justa indemnización al afectado.

En otras palabras, toda ley que modificare el régimen legal de las concesiones de obras públicas y, al mismo tiempo, alterare los términos contractuales de las concesiones ya otorgadas, debe tratarse de: **una ley general y abstracta, igualitaria y no expropiatoria.**

VIII.3.1. Ley general y abstracta.

El derecho positivo chileno atiende principalmente a la forma de dictación de una norma jurídica, para calificarla conforme a las fuentes clásicas del derecho: en norma de rango constitucional, legal, reglamentario, etc.

En principio, para el sistema jurídico chileno es indiferente que la norma contenga un mandato general y abstracto, o uno singular y concreto. Lo anterior se verifica al revisar

las materias que son objeto de ley, las que se disponen en el Artículo 60 y otras disposiciones de la propia Constitución. Es posible encontrar allí materias referidas a normas generales y abstractas, como las referidas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social, como por ejemplo en el Artículo 60 N° 4; y normas particulares y concretas como las leyes que revocan la nacionalización concedida por gracia y las que habilitan a las personas que hubieren perdido la nacionalidad chilena por alguna causal señalada en el Artículo 11 N° 5 de la Constitución.

Sin embargo, tratándose de una ley que pueda modificar un régimen legal y contractual de concesiones, entendemos que la norma jurídica debe ser siempre **abstracta y general**, de modo que su contenido no sea sólo aplicable a uno o varios contratos de concesión vigentes, como si se pretendiere disponer con nombre y apellido quién es el beneficiario de la norma, sino que debe tratarse de una regulación que pueda afectar o beneficiar, según sea el caso, a la generalidad de aquellos contratos de la misma especie.

La generalidad de la norma jurídica a que nos referimos no debe ser necesariamente de carácter absoluto, pues ello no es exigido por el derecho positivo. Pero, a lo menos, debe tratarse de una generalidad relativa. Es decir, la norma debe tener vigencia, como mínimo, respecto de todos los que se hallen en las mismas circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho.

VIII.3.2. Ley igualitaria.

Entendemos por ley igualitaria, aquella que regula una materia cualquiera, la que queda sometida a su imperio, sin consideración a la persona del o de los destinatarios, sino que a condiciones fácticas reales que harían necesaria su promulgación cualquiera sea la o las personas o las categorías de ellas, a las que se aplicará su normatividad.

Sólo de esta forma se evita romper la igualdad de trato entre los varios licitantes de una concesión; los que en su oportunidad participaron en un proceso transparente e igualitario, contenido en unas Bases de Licitación aplicables uniformemente cualquiera hubiere sido el ganador de la licitación. Asimismo, de esta forma se evita tratar de forma discriminatoria y arbitraria a los muchos licitantes a quienes no se les adjudicó la concesión, en favor de aquél que resultó ganador, manteniéndose incólume la disposición constitucional que prohíbe la discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Con esta forma, tampoco se afectará o favorecerá sólo a algunos de los concesionarios o a esta única categoría de empresas, respecto de otras que cumplan iguales condiciones.

En otras palabras, la actividad legislativa no es infalible ni carece de responsabilidad o control de constitucionalidad. Entendemos que habría una vulneración del principio de igualdad en el trato, cuando una nueva ley se dictare con el simple objeto de beneficiar a titulares de concesiones, sin que existan argumentos que justifiquen su promulgación, independientemente de quien sea el destinatario de ella.

Igualmente, de tratarse de una ley sectorial, es decir, una norma jurídica aplicable exclusivamente a un sector específico de la actividad económica, v.gr. las concesiones de obras públicas del DFL MOP N° 164 de 1991 cuyo texto actual fija el DS MOP N° 900 de 1996, deberá cuidarse de que ella no signifique una discriminación arbitraria respecto de otros sectores que se encuentren en similares condiciones.

En cambio, de tratarse de una norma jurídica de carácter financiero propiamente tal, ella deberá ser aplicable a un número indeterminado de destinatarios, sin importar el tipo de actividad que desarrollan, sea comercial, industrial, agrícola u otra.

VIII.3.3. Ley no expropiatoria de derechos.

A estos efectos, entendemos por ley expropiatoria, aquella que sin voluntad del gobernado a quien se dirige, modifica un contrato validamente celebrado bajo el imperio de otra ley anterior, sin disponer el deber constitucional de indemnizar los perjuicios que dicha modificación legal pueda provocar en uno o más co-contratantes.

Conforme al Artículo 9 del Código Civil, la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. A su tiempo, el Artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de la Leyes señala que: **“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”**.

De las disposiciones legales mencionadas, junto con la aceptación de la teoría de los **derechos adquiridos** en el derecho público que sustenta el Artículo 19 N° 24 de la Constitución y, más específicamente, en los contratos administrativos, se concluye que los derechos contractuales nacidos al amparo de una ley anterior no deben recibir ataque alguno de la nueva ley que cambie las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al momento de perfeccionarse, o que modifiquen sustancialmente el derecho afectado.

Por estas razones, las leyes que modifican un régimen contractual perfeccionado con anterioridad utilizan la técnica legislativa de las disposiciones transitorias, a través de las cuales se permite una regulación especialísima a las relaciones jurídicas vigentes antes de la promulgación de la ley que evite colisionar con los derechos adquiridos de los co-contratantes; o bien, conceden plazos para adecuar formalmente los contratos a las nuevas condiciones legales, excluyéndose cualquier sanción en el intertanto, sea de nulidad, inexistencia, resolución, u otras; o bien, incluso llegan a facultar al destinatario de la ley para aceptar o rechazar libremente, para su caso particular, la nueva norma legal.

En particular, en las concesiones de obras públicas fiscales, la modificación introducida al DFL MOP N° 164 de 1991 mediante la Ley N° 19.460 de 1996, ya se dispuso un sistema de aceptación voluntaria de los destinatarios de la ley para acogerse a las nuevas disposiciones o, en su defecto, continuar regidos por la ley anterior, salvo para tres nuevas normas agregadas al régimen legal concesional que el Artículo tercero transitorio dispuso se le aplicasen si no ejercía esa opción, por contener nuevos derechos opcionales en favor de los concesionarios.

En efecto, el Artículo Primero Transitorio permitió a los concesionarios, a adjudicatarios cuyo contrato aún no se perfeccionaba y a los licitantes de obras en proceso de licitación, que optaren dentro del plazo de tres meses por acogerse a las normas de esa nueva ley, entendiendo que si así no lo hacen, seguirán regidas por las normas legales vigentes a la fecha de licitación y del perfeccionamiento del contrato de concesión. Del mismo modo, para las normas de carácter tributarias que se contienen en la Ley N° 19.460, el Artículo Segundo Transitorio permitió a los concesionarios que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hubieren ya celebrado contratos de construcción, mantención y reparación de una obra de uso público cuyo precio consista en la entrega en concesión de la obra respectiva, acogerse libremente al nuevo régimen tributario en materia de Impuesto a la Renta e IVA. En cambio, el Artículo Tercero Transitorio para evitar toda duda, declaró expresamente que, de no acogerse al nuevo sistema legal, regirían las normas sobre regulación de accesos a caminos, sanción por evasión de las tarifas de la concesión y la prenda especial, tanto por contener derechos nuevos del sistema concesional como por disponer efectos futuros que el concesionario podría utilizar facultativamente.

En su tiempo, todos los concesionarios y adjudicatarios concernidos optaron, en tiempo y forma, por acoger en el estatuto jurídico de su concesión las normas de la Ley 19.460.

VIII.4. CONTENIDO SOBRE EL QUE PUEDE VERSAR UNA NUEVA LEY.

VIII.4.1. Régimen concesional de obras públicas.

El principio general de la actividad legislativa puede sintetizarse en que el Legislador debe actuar formal y sustantivamente con plena observancia y respeto de la Constitución Política, pues le está vedado ejercer la soberanía para establecer preceptos irracionales. Si ello se cumple, el Legislador tiene amplia libertad para decidir el contenido de una ley.

Por ello, en el tema que nos ocupa, en lo sustantivo podrían modificarse diversos plazos referidos a la época o momento que en que el concesionario debe cumplir sus obligaciones con las obras y servicios u otras directas frente al Estado o incorporar flexibilizaciones ante la ocurrencia de determinados eventos dañosos; o sustituir la forma en que ellos deben ser computados; modificar factores de la licitación o de los contratos; ampliar las causales por las cuales operan los sistemas de revisión de los factores externos que inciden en estos contratos, como ante los riesgos de caso fortuito o fuerza mayor o causa sobreviniente, permitir reajustes tarifarios o de los ingresos mínimos asegurados que sean indexados en divisas, modificar los seguros o garantías u otros que puedan mejorar el sistema ante situaciones de riesgo o daño no previsto, etc.

Baste mencionar, que cualquiera sea la regulación y materia objeto de la misma, la norma jurídica deberá contener un mandato igualitario para todos quienes se encuentren en la hipótesis de la ley, sin crear distinciones que carezcan de razón.

VIII.4.2. Ámbito económico y financiero

En el caso de que los mercados financieros y de capitales, no corrijan los factores actuales de distorsión, o en el que no resultasen suficientes las medidas de mercado o aquéllas que pudiesen generar entes públicos, propias del marco económico y financiero, podría analizarse la posibilidad de legislar sobre el ámbito económico y financiero.

Dicha ley debería cumplir los mismos requisitos de constitucionalidad y armonía de forma y fondo que son exigibles para un cuerpo legal ya analizados.

VIII.5. PROBLEMAS ACTUALES A CONSIDERAR AL FORMULAR UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFIQUE EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS O DEL ÁMBITO ECONÓMICO Y FINANCIERO.

VIII.5.1. Plazos de dictación de una nueva ley.

En cuanto a los plazos, recordamos que el procedimiento requerido por un proyecto de ley para que se promulgue y publique en el Diario Oficial puede implicar períodos más o menos prolongados. El estudio y presentación del proyecto, su discusión y aprobación en ambas instancias del Congreso, con las Comisiones del ramo y de Hacienda y Plenos, y la muy elevada posibilidad de requerirse tercer y cuarto trámite e incluso, la opción de ejercicio del veto presidencial, más el evento de control de constitucionalidad de sus disposiciones, puede llevar a un proceso cuya duración es en principio imposible de predecir con exactitud. Pero este puede superar un año, salvo debates y consensos previos.

Reiteramos que requiere iniciativa de un proyecto presidencial, tanto una ley sectorial aplicable a estas concesiones, como una de carácter financiero que reduzca o modifique obligaciones, intereses o cargas financieras de cualquier naturaleza estipuladas en favor del Estado, por disposición del Artículo 60, incisos tercero y cuarto de la Constitución Política. Así, su tramitación no puede tener origen en moción parlamentaria, sino sólo a través de un mensaje del Presidente de la República.

Finalmente, en cuanto a los tiempos se recuerda que hasta el 21 de mayo del próximo año existe Legislatura Extraordinaria, en que sólo se incluyen proyectos con prioridad para el Ejecutivo. También, cada año, entre fines de Septiembre y hasta Noviembre se prioriza el estudio y despacho de la Ley de Presupuestos Fiscal para el año siguiente que recarga el trabajo legislativo. Luego, sigue el período de receso del verano.

Parte de la demora que supone un proceso de ley nueva suele subsanarse, si se procura incorporar disposiciones legales que fuesen susceptibles de dictar en leyes en actual trámite, como la de Presupuestos para 1999, o alguna de las Misceláneas financieras u otras, siempre que sean compatibles en forma y fondo con ellas.

VIII.5.2. Existencia de otras reivindicaciones sectoriales a considerar en la iniciativa o en su oportunidad.

Por lo que respecta a los consensos políticos, en el nivel del Gobierno y de sus distintos ministerios participantes, en los partidos, en gremios de concesionarios, constructores y proveedores, entidades financieras e inversoras vinculadas al sector, pueden existir diversas posturas y actitudes ante el contenido y oportunidad de un proceso de estudio, aprobación y dictación de una ley especial del ámbito concesional o financiero.

Adicionalmente, puede resultar dificultoso interesar al Ejecutivo en una solución legislativa, en un período en que se mantiene un nivel de incertidumbre de las condiciones financieras y de reivindicaciones similares de otros sectores, más o menos abiertas, en distintas áreas de actividad productiva o de servicios del país, como por ejemplo: el apoyo solicitado a la pequeña minería que es muy incidente en la población de ciertas Regiones y ciudades.

En ese contexto una solución basada en una nueva Ley, sea dirigida al sector concesional o al financiero, generaría un efecto demostración muy particular que puede inhibir al Gobierno para adoptar -o acelerar- iniciativas para no generar extensión de condiciones o beneficios similares, que se reivindicarían mediante polémicas y oposición tajante o negociaciones paralelas de otros sectores, invocando sus respectivos títulos e importancia social, laboral, regional u otras. Ello explicaría una actitud del Gobierno de menor prioridad o de rechazo de una proposición de legislar, ya que en el período inicial o medio de situaciones extraordinarias que afectan a los mercados, aquél tratará de frenar presiones, de los diversos tipos y sectores que se sienten afectados; en procura de preservarse márgenes para actuar de preferencia en los ámbitos de mayor impacto social y laboral.

VIII.5.3. Marco en que se hace imperativo legislar.

Por ello, si los temas que afectan a categorías de concesiones no pueden resolverse entre sus partes, en el contexto de las relaciones del régimen legal y contractual, es más recomendable utilizar, primero, los márgenes de acción de las iniciativas de mercado o de aquellas generales o especiales que se pueden crear por la acción del sector público en el ámbito financiero o en las flexibilizaciones posibles en los contratos de concesión.

Sólo después de agotar las alternativas de acción por los instrumentos contractuales y del mercado, cabe requerir se modifique o amplie el contexto del régimen legal y contractual aplicable a los contratos de concesión, sólo ante situaciones graves y complejas que lo hagan ineludible, dictando una ley o disposiciones incorporadas en leyes relacionadas.

Sin embargo, destacamos que un tiempo de espera injustificado puede ampliar los efectos dañosos que se acumulen y agravar sus consecuencias y en especial, en las formas y costos futuros de resolución, tanto al país y a los usuarios como a las empresas concesionarias, constructoras, proveedores y a los financistas, garantes y aseguradores relacionados con esta nascente industria.

IX.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Las circunstancias financieras que han predominado en los mercados financieros mundial y nacional la mayor parte de este año han generado diversos problemas a las concesiones perfeccionadas, a las que están en fase de construcción e incluso, a las que se encuentran en explotación contando con un financiamiento a tasa variable y a aquellas que desean enfrentar el cambio de su financiamiento de corto plazo, sujeto a tasas de interés variable, por bonos o créditos de largo plazo, con tasas fijas.

Los principales problemas radican en lo reducido de los mercados de capitales y financiero del país, que acota la disponibilidad de recursos en los montos que el sistema hoy demanda. Luego incide el carácter de éstos proyectos cuya opción de financiamiento y rentabilidad dependen de los ingresos que la misma actividad en concesión generará por sus tarifas y otros ingresos que posibilite, ya que los bienes que integran ese patrimonio especial, no pueden liquidarse para pagar sus acreencias. Las turbulencias financieras han configurado por meses una ausencia de liquidez en los Bancos y otros agentes financieros, que se manifiesta en que éstos no proponen condiciones para otorgar crédito directo, a las concesiones en inicio del proceso de construcción, que es el período que más intensivamente los requiere.

También, la falta de condiciones de mercado ha impedido o demorado por meses la emisión y colocación de bonos de financiamiento de concesiones que están en fase de su construcción o de operación anticipada o con explotación parcial o total, para solventar los costos restantes de construcción o cambiar su financiamiento al largo plazo.

De otra parte, durante varios meses del año el sistema bancario ha mantenido tasas de interés muy elevadas que se aplican a las sociedades concesionarias que pactaron sus líneas de crédito a tasa variable y a las líneas de financiamiento que requieren utilizar para efectuar pagos contractuales al Estado en fechas prefijadas y a los créditos que se destinan a la construcción, con el fin de cumplir en tiempo y forma los hitos de avances, las fechas de puesta en servicio a que el contrato obliga en sus plazos prefijados.

Finalmente, pese al menor costo del crédito externo en divisas, éste se hace muy difícil de concretar por las sociedades concesionarias ante las incertidumbres que se han presentado en los mercados sobre el tipo de cambio en el corto, mediano y largo plazo. Ello se agrava por la carencia en el país de seguros de cambio, que eviten que sea sólo el concesionario quien asume ese riesgo. Por lo demás los pocos seguros de cambio existentes son de muy corto plazo, haciéndolos inadecuados para los tiempos y plazos naturales de las concesiones. Además, tienen un muy elevado costo que distorsionaría los valores que se tuvo en vista al ofertar en la licitación y contratar.

Para responder las preguntas sobre el nivel y alcances de las obligaciones de las partes en estas contratos y los márgenes de flexibilidad y variación que su régimen legal admite en la compensación o revisión contractual que demanden estos efectos externos a los contratos generado en los mercados, hemos examinado y procurado precisar las diversas

responsabilidades que en estos contratos asume el concesionario y su contraparte, el Fisco-Ministerio de Obras Públicas, en las distintas materias y por los variados títulos y causas que pueden originarse en su desarrollo.

Luego, se ha analizado los alcances de las modificaciones contractuales que en virtud de las estipulaciones de los Artículos 19 incisos 1° y 20 de la Ley o por las propias de cada contrato, pueden ordenarse por el Ministerio o convenirse entre las partes y los amplios sistemas definidos para compensar los costos, sobrecostos y perjuicios que de esas modificaciones se deriven, para lo que se puede utilizar el plazo y todos los factores del régimen económico de la concesión. También, los contratos pueden ser revisados por hechos sobrevinientes que así lo justifiquen, según las expresas estipulaciones que contenga el texto de las Bases y respectivo contrato sobre la materia, o por el acuerdo de las partes, según el Artículo 19 inciso 3, cuando no exista ninguna controversia entre ellas.

Dentro de las variaciones aplicables para enfrentar esta coyuntura, se examina de modo preciso, otras instituciones que implican la variación, parcial o total, del sujeto titular de la concesión o de los derechos mayoritarios en la sociedad concesionaria. La transferencia de acciones o derechos en dichas sociedades, se contempla y regula como un derecho del grupo adjudicatario de la concesión que puede dar salida a situaciones económicas o financieras de la sociedad concesionaria cuando se requiere de más capital social o para mejorar las posibilidades de financiamiento del contrato.

Igualmente, se analiza la cesión voluntaria de la concesión como un mecanismo utilizable para enfrentar circunstancias extraordinarias financieras, por decisión y voluntad de la sociedad concesionaria, la que deberá cumplir ciertas condiciones legales y de su previa autorización por el Ministerio, si bien en ciertos casos la ley lo fuerza a otorgarla.

También se estudia el término de la concesión por el **mutuo acuerdo**, como un recurso extremo, que congele pérdidas y evite penalidades cuando se hace inviable el proyecto contratado, con el objeto de evitar mayores perjuicios que deriven de situaciones no superables por otras vías de mercado, contractuales o legales. En cambio, de esa terminación, puede surgir una opción de relicitación de la concesión que permita cierta recuperación de inversiones y costos del concesionario inicial y haga viable el proyecto y obra en un nuevo contexto económico y de faenas en que se podría licitar.

Luego se ha centrado la atención, en un conjunto de instituciones extraordinarias del derecho chileno, acogidas por el derecho público administrativo y en particular, por la Ley Orgánica del Ministerio, el Reglamento de Contrato de Obra Pública y por la Ley de Concesiones de Obras Públicas. En estos casos, el concesionario podrá y deberá invocar de modo expreso la existencia de esas causas externas al contrato que se presenten, las que deberán estar constituidas por hechos graves, que tengan carácter de extraordinarios, imprevisibles al momento de perfeccionarse la contratación y que, no puedan ser imputables al concesionario o a su contraparte -el Estado- que queden sujetos a su responsabilidad contractual o legal. Para alegar estos sucesos perturbadores, es indispensable que el contrato pueda ser cumplido por la sociedad concesionaria; pero que

ello lo haga tan gravoso que se rompa la conmutatividad que se tuvo en vista al ofertar en la licitación y al contratar.

En los casos en que ocurran estos hechos externos extraordinarios y sus efectos deben alegarse de modo expreso en cada contrato, para obtener que ellos se soporten por la otra parte cuando procede, o se compartan entre ambas, o se compensen o se revisen las estipulaciones contractuales, o se excuse el incumplimiento de una o más obligaciones por una o ambas partes del contrato.

Así, se ha sometido a un examen riguroso la procedencia, formalidades de declaración y los efectos jurídicos que genera en el contrato y régimen jurídico aplicable, el derecho del concesionario a las compensaciones que procedan en su favor, por:

- la “suspensión de la concesión”
- caso fortuito y fuerza mayor (incluido el hecho del príncipe o acto de autoridad),
- la Teoría de la Imprevisión, del derecho general,
- la causa sobreviniente que justifique revisar factores del contrato, definida por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Artículo 19 N° 3, en el evento de controversia entre las partes para su calificación o determinación de la revisión,
- las cláusulas de reajustabilidad según normas del contrato o de la ley ,
- la revisión del sistema tarifario, según normas de la ley o del contrato, y
- los seguros de cambio.

De ese detallado examen resulta que los daños y perjuicios que puedan derivarse de uno o más incumplimientos contractuales imputables al Ministerio, o de las modificaciones a las obras y servicios del contrato que se ordenen o convengan, y de las instituciones jurídicas especiales que operan ante circunstancias extraordinarias que rompen de modo relevante el equilibrio económico básico del contrato, en el régimen legal y contractual vigente de las concesiones deben ser tratadas:

- caso a caso, de modo individual y específico,
- ser alegadas expresamente por la sociedad concesionaria en el marco del contrato,
- para su tratamiento y resolución directa entre las partes, o
- con la participación de la instancia arbitral o jurisdiccional que contempla el Artículo 36 de la Ley de Concesiones, a elección exclusiva de la sociedad concesionaria.

Reiteramos que los mecanismos para compensar o revisar esas condiciones de grave alteración contractual deben aplicarse en cada contrato individualmente, bajo la forma jurídica de acción de reclamación que demanda derechos y flexibilización en el cumplimiento de obligaciones, o bien directamente, como excepción del incumplimiento, total o parcial, de ellas. Además, en los casos en que procede, se agregará la compensación o revisión del régimen económico o del plazo de la concesión que la ley o el contrato indican para las diferentes situaciones.

De esos análisis se concluye que existe un cierto instrumental en cada contrato vigente y en el régimen legal de las obras públicas y de sus concesiones, en el derecho público administrativo y en el general, para enfrentar las serias contingencias de los actuales contratos ante las negativas circunstancias financieras externas que los afecten.

Sin embargo, debe constar que por condiciones sectoriales, tanto los contratos como la legislación aplicable a estas concesiones cuentan con estipulaciones que regulan mejor el tratamiento de eventos derivados de aspectos y materias más vinculadas a la construcción y prestación de servicios que a estos dañosos sucesos de orden financiero. Por ello, también, se constata que en las condiciones actuales puede resultar más difícil invocar las normas y mecanismos previstos para estas perturbaciones de los contratos, y encontrar menos comprensión y precedentes, que conduzcan a una insuficiente o parcial aplicabilidad de las soluciones legales para el tipo de contingencias financieras de estos meses, en especial si sus efectos se prolongan en el tiempo.

Sin embargo, el desarrollo del sistema concesional y los contratos de concesión de obras públicas vigentes tienen alto interés público, por lo que socialmente no debiera permitirse que resulten seriamente dañados o perturbados por las circunstancias financieras objeto de estos estudios. De ello se originarían costos sociales muy elevados al país, que pueden ser mucho mayores que el de enfrentar medidas especiales en los contratos, sea en el mercado de capitales, financiero, de seguros o de garantías. Entonces, procedería abordar iniciativas legislativas que prevengan y contengan mayores daños al sector concesional, pues los perjuicios pueden revertirse hasta alcanzar a los usuarios en la prestación del servicio público en que recae cada concesión y al naciente conjunto de empresas concesionarias y sus grupos inversores, financistas y aseguradores. El sector público, tampoco resultaría ajeno a serios perjuicios y perturbaciones, de no prevenirse, acotarse y superarse los perjuicios presentes y sus riesgos adicionales.

El Estado no sólo está facultado, sino que tiene el deber de actuar ante los daños que la situación de los mercados de capitales y financieros generan en obras valiosas que prestan servicios públicos básicos a la población. También es su deber preservar el sistema concesional de obra pública, que tanto esfuerzo social significó a los sectores público y privado. Para solucionar los desequilibrios que en la ejecución de los contratos de concesión suponen estos hechos ulteriores e imposibles de prever que pueden arriesgar la estabilidad del sistema concesional, al Estado se le generaría la obligación, tendiente al bien común, de adoptar todas las medidas individuales en los contratos, de mercado o legales que resulten necesarias para restituir el equilibrio roto en las contraprestaciones de los contratos y en especial, de volver a entregar viabilidad al sistema en las condiciones que existían antes de estas alteraciones.

Del estudio resulta que si los temas a resolver que afectan a ciertas concesiones no pueden superarse en el marco de las relaciones contractuales de sus partes y de las instancias arbitrales o jurisdiccionales que procedan, socialmente es más recomendable utilizar los márgenes de acción de las iniciativas de mercado o de aquellas generales o

especiales que se pueden crear por la acción del sector público en el ámbito financiero, de los seguros y e incluso, cambiarios.

Finalmente, existe la alternativa de legislar para crear condiciones en el mercado financiero o para ampliar y complementar el régimen legal y el contractual de las concesiones, en ayuda de los concesionarios constituidos a fin de que superen las adversas condiciones financieras de estos meses. Más en lo específico, dictar una ley que amplíe o modifique el régimen dispuesto en la Ley de Concesiones que se incorpora en los términos y estipulaciones contractuales vigentes entre las partes.

Para dicho evento, se analizan las condiciones jurídicas que deben reunir los actos Administrativos o los proyectos de Ley que pudiesen estimarse procedentes y se indican los requisitos de concordancia formal y sustantivos que deberán tener con las normas constitucionales y legales de rango superior, tanto en el procedimiento de su aprobación como en sus contenidos, y muy en especial, aquellas exigencias de generalidad, igualdad, abstracción y carácter no expropiatorio que deben reunir, tanto las leyes modificatorias que pudiesen dictarse como los actos de la Administración del Estado que se emprendan.

Las dificultades de los procesos legislativos en épocas de incertidumbre económica que afectan a diversos sectores de la actividad nacional y a zonas del país y los tiempos y consensos requeridos aconsejan utilizar la alternativa de promover nueva legislación como un último recurso. Sin embargo, debe haber conciencia que dilaciones injustificadas ante problemas de magnitud sólo pueden aumentar los costos sociales y privados futuros, que se ampliarían por una inacción o retardo indebidos.

En los hechos los Ministerios de Hacienda y Obras Públicas ya han asumido diversas iniciativas, iniciadas con el dialogo con las concesionarias para enfrentar la formulación de un diagnóstico común. Han continuado con la incorporación en Bases de Licitación, por primera vez, de una de las variedades de seguro de cambio y se han manifestado en acciones tendientes a vincular a la Banca Pública Internacional -BID- al apoyo en temas de financiamiento y garantía de los recursos requeridos por los contratos de concesión.

Pero, puede requerirse más acción y mayor flexibilidad en el desarrollo de los contratos vigentes para consolidarlos y afianzar el sistema y sus potencialidades futuras, evitando los perjuicios que hoy afectan a las concesionarias, los que en caso de no se resuelvan pronta y oportunamente, pueden producir mayores costos futuros tanto a los usuarios como a las empresas concesionarias, constructoras, proveedores, sus financistas, garantes y aseguradores y en definitiva al conjunto del país, que representa el Estado.

A N E X O S

ANEXO N° 1.**TEXTO DEL DICTAMEN 041409, DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1994,
DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.****ATIENDE CONSULTA FORMULADA POR EL SUBSECRETARIO DE SALUD.
OFICIO ORD. N° 2897, DE 1994.**

VUOPT: 2061 - REF.: 11.605/94.

**Santiago, 2 de Diciembre de
1994.**

AL SEÑOR
SUBSECRETARIO
DEL MINISTERIO DE SALUD,
PRESENTE.

“El Subsecretario de Salud mediante el oficio ORD. N° 2897, del año en curso, solicita un pronunciamiento de esta Contraloría General en orden a determinar la procedencia de cancelar a la empresa Constructora Moller y Pérez-Cotapos S.A., a raíz del contrato de la ejecución de la obra "Reposición del Hospital de Iquique". los mayores gastos en que ésta debió incurrir por concepto de mano de obra. Ello, como consecuencia de la modificación que introdujo la ley N° 19.250 al Código del Trabajo. Hace presente, que la firma aludida pretende que se aumente el precio del contrato, en la suma de \$ 106.324.457. Al mismo tiempo, se anexa la solicitud de la requirente en la cual sostiene que las nuevas obligaciones que le impuso la legislación laboral, inexistentes al momento de suscribir el respectivo convenio, han configurado para la empresa una causal de fuerza mayor o caso fortuito, hecho que alteraría su conmutatividad.

“Sobre el particular, cabe señalar que la referida licitación pública para la realización de la obra "Reposición del Hospital de Iquique", se rigió, entre otros antecedentes, por sus bases administrativas generales y especiales. Las primeras, en su Artículo 4° inciso segundo establecieron que la modalidad de la contratación era a suma alzada reajutable. A su vez, el Artículo 3° en su N° 3.17 definió este sistema como "Oferta a un precio determinado, reajutable en los términos que se establecen en las Bases." Por su parte, las bases administrativas especiales en su Artículo 12° determinaron como único incremento del precio del contrato, la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, tomando como índice base, el correspondiente al mes anterior a la fecha de la apertura de la propuesta.

“Como puede advertirse, de acuerdo a las normas del contrato el valor de la oferta presentada por el contratista, incrementada únicamente en la forma antes indicada, incluyó todo gasto que irrogara su cumplimiento, ya fuese directo, indirecto o a causa de él.

“No obstante lo anterior, el precio del contrato es susceptible de sufrir variaciones si concurre algún evento de fuerza mayor o caso fortuito que produzcan entorpecimiento o atrasos parciales en el avance de la obra. En tal caso, la afectada está obligada a comunicar dicha circunstancia al mandante, dentro del plazo de los diez días siguientes a su acaecimiento, encontrándose la autoridad facultada para aceptar o rechazar dicha petición. Fuera del término citado no se acepta reclamo alguno en tal sentido, Artículo 53° de las bases administrativas generales.

“Ahora bien, la dictación de la Ley N° 19.250, por tratarse de un acto de autoridad imprevisible e irresistible, configuró a su respecto una causal de fuerza mayor distinta de aquellas aludidas en el párrafo anterior -que por lo demás no se indicó que excluyera a otras- porque no produjo ni entorpecimiento ni atrasos parciales en el avance de la obra, y además por tratarse de una ley sólo desde su publicación en el Diario Oficial se entiende conocida de todos y pasa a ser obligatoria (Artículo 7°, Código Civil). En consecuencia, para el contratista no rigió en esta otra causal la exigencia prevista en el Artículo 53 de las Bases Administrativas Generales, cual es la de poner en conocimiento de la autoridad oportunamente la circunstancia acaecida.

“La doctrina del Derecho Administrativo, en general, propicia los principios de que, en los contratos administrativos, rige el elemento de riesgo y ventura, es decir, que el co-contratante de la administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato. Sin embargo, tal principio aparece modificado o alterado por diversas circunstancias que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos deban ser soportados por la Administración. Ello ocurre a través de las figuras jurídicas de la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe de la teoría del caso fortuito de la fuerza mayor, y de las cláusulas de reajuste.

“Ahora bien, en el derecho chileno, la llamada teoría del príncipe se asimila con la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor, por cuanto al Artículo 45 del Código Civil justamente prevé como evento de esta especie el acto de autoridad (hecho del príncipe). Es preciso recordar que este precepto al igual que el Artículo 7° antes citado, se encuentran ubicados en el título preliminar de dicho texto, el cual regula una materia propia del derecho público, como es la ley.

“La regla general sobre la materia, es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado en forma expresa sobre sí tal riesgo. Lo anterior obedece a la circunstancia que la tesis contraria, encarecería enormemente los contratos, toda vez que las empresas se verían obligadas a presumir en el momento de formular sus ofertas la ocurrencia de tales circunstancias, aumentando al valor de las cotizaciones.

“En la especie, no existió una cláusula expresa en la cual la Constructora se hiciera cargo de la fuerza mayor en general, sino sólo de aquellas situaciones que produjeran entorpecimiento o atrasos en la ejecución de los trabajos y que se omitiera ponerlas en conocimiento de la autoridad dentro del plazo que se consignó, todo lo cual no afecta a lo expresado interiormente.

“Por otra parte, no se trata de un mayor valor del contrato que beneficie al contratista y que pudiera infringir el principio de igualdad de los licitantes, puesto que por tratarse de un hecho imprevisto, a cualquiera que se le hubiere adjudicado el contrato se le habría aplicado el mismo tratamiento. Tampoco se refiere a la sustitución de un tipo de reajuste por otro, o a la tardía inclusión de alguno cuando se contrató expresamente sin esta franquicia.

“El objetivo que se persigue en el caso en análisis, es sólo la devolución de los gastos superiores en que la empresa constructora debió incurrir como consecuencia del acto de autoridad, de manera tal de mantener el equilibrio económico de las partes, principio que debe regir en toda convención de esta naturaleza.

“Consecuente con lo anterior, cabe manifestar que la devolución aludida debe corresponder a las cantidades exactas que la empresa debió pagar por el concepto indicado y no a una suma teórica respecto al porcentaje de mano de obra ocupada en las faenas, de manera que deberán ser acreditadas mediante las planillas de pago y libros de asistencia y demás documentos pertinentes.

Saluda atentamente a Ud.,

OSVALDO ITURRIAGA RUIZ
CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

ANEXO N° 2.

TEXTOS LEGALES DE CREACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA HISTORIA DEL Artículo 19 DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

1.- DFL MOP N° 591.

Promulgado el 28 de Octubre de 1982.

Publicación en el Diario Oficial, Edición N 31.483, del 3 de Febrero 1983

Fija normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el art. 52° de la ley N° 15.840.

Vistos: La facultad concedida en el Artículo 91° de la Ley N° 15.840, de 1964, incorporado por la letra f) del Artículo 1° de la Ley N° 18.060, de 1981:

TEXTO:

“Artículo 19°.- Mediante decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, se podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y como consecuencia de éstas, las tarifas y subsidios pactados. Las bases de licitación contendrán la normativa que regule estas modificaciones.

Si la iniciativa de las modificaciones corresponde al concesionario, las resoluciones que se adopten no deberán reflejarse en las tarifas o subsidios.”

2.- LEY N° 19.068 DE 1991.

Promulgada el 3 de Julio de 1991

Publicación: Diario Oficial N° 34.016 del 13 de Julio de 1991

TEXTO:

Artículo 1° Numeral 9: “Sustitúyese el Artículo 19°, por el siguiente:”

3.- Texto que recoge el DFL MOP N° 164 de 1991, en su versión refundida coordinada.**Promulgación: 22 de Julio de 1991.****Publicación: Diario Oficial, Edición N° 34.060, del 4 de Septiembre de 1991.****TEXTO:**

"Artículo 19°.- El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, las tarifas y subsidios pactados.

"Las bases de la licitación establecerán la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario y fórmula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.

La modificación que se convenga se realizará mediante decreto supremo de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda."

4.- Reglamento de la Ley de Concesiones, DS MOP N° 240 de 1991.**Promulgado el 30 de Septiembre de 1991.****Publicación: Diario Oficial, Edición N° 34.239, del 8 de Abril de 1992.**

Aún al 15.12.98, su texto se encuentra vigente, pero modificado directamente por las normas legales de las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460, cuyo texto se actualiza por el DS MOP N° 900 de 1996.

TEXTO:**Modificaciones a las obras y servicios.**

"Artículo 44°: El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia las tarifas y subsidios pactados.

Las Bases de Licitación establecerán la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario y fórmula de reajuste, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen.

La modificación que se convenga se aprobará mediante Decreto Supremo de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda.”.

5.- Ley 19.252 de 1993.

Promulgada el 11 de Octubre de 1993.

Publicación: Diario Oficial, Edición N° 34.695, del 20 de Octubre de 1993.

Modificación del Artículo Único Numeral 7:

TEXTO:

“**Artículo 19°.-** El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, las tarifas y subsidios pactados, acordando con el concesionario las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio, acerca del monto de la indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el Artículo 35.

Las bases de la licitación establecerán la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario y fórmula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 35 de esta ley.

Las modificaciones se harán mediante decreto supremo expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.”

6.- Ley N° 19.460 de 1996.

Promulgación, 27 de Junio de 1996.

Publicación en el Diario Oficial, Edición N° 35.515, del 13 de Julio de 1996.

Artículo 1°, Numeral: 4. Reemplázase el Artículo 19, por el siguiente:

- 7.- Norma que recoge la actualización del texto del DFL MOP N° 164 de 1991, efectuada mediante el **DS MOP N° 900**.

Promulgado el 31 de Octubre de 1996.

Publicación en el Diario Oficial, Edición N° 35.644, del 18 de Diciembre de 1996.

TEXTO:

“ARTICULO 19. El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio, acerca de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el Artículo 36.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

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

Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.”