



3/2014
documentos de trabajo

Juan José Martínez
Layuno

**El equilibrio económico
en los contratos
públicos**

<http://derecho.uahurtado.cl>



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

FACULTAD DE DERECHO

El equilibrio económico en los contratos públicos

Juan José Martínez Layuno*

I. PRESENTACIÓN

Este artículo centra su análisis en la teoría del equilibrio económico de los contratos públicos, describe medios que se pueden utilizar para evaluar una alteración sobrevenida de las circunstancias y señala criterios para limitar las compensaciones que, fruto de un litigio, las partes entren a discutir.

En Chile, el problema del equilibrio económico de los contratos se ha planteado con cierta frecuencia en materia de licitaciones para el diseño y construcción de obras públicas. En el plano internacional, países de la región también han debido hacer frente a dificultades y negociaciones provocadas por la ocurrencia de imprevistos, como pudo verse a inicios de 2014 en la ampliación del canal de Panamá.

Durante el desarrollo de una relación contractual de larga duración, pueden ocurrir ciertos hechos imprevistos que, modificando sustancialmente las circunstancias que se tuvieron a la vista al momento de contratar, hagan más onerosa la prestación para una de las partes, afectando así el equilibrio económico del contrato.

* Licenciado en Derecho (2014), Universidad Alberto Hurtado. Correo Electrónico: jmlayuno@gmail.com

Ello haría necesaria su revisión por vía judicial, para alterar lo pactado inicialmente, dando vida normalmente a una nueva contraprestación, no contemplada dentro del contrato originario, que re-equilibre la relación y evite el enriquecimiento injusto.

De esta forma, materializado en un litigio, florece el antiguo conflicto entre dos principios cardinales del Derecho: *Pacta sunt servanda* y *Rebus sic stantibus*, pugna entre los cuales encontraríamos el origen de la teoría de la imprevisión¹.

Ahora bien, como se propone aquí, no toda alteración sobrevenida de las circunstancias altera el equilibrio y da origen a compensaciones. Sólo lo alteran ciertos hechos que cumplan con las exigencias de un *test* de imprevisión y que calcen con las categorías que se han establecido en la jurisprudencia, doctrina y ley. Asimismo, sólo dan origen a compensaciones ciertos desequilibrios, dependiendo de su magnitud, causas y origen, cuestión que se medirá aplicando los criterios propuestos aquí.

II. CONCESIONES, RIESGOS Y COMPETENCIA

Con el objeto de comprender a cabalidad el fenómeno del equilibrio contractual en los contratos públicos, el análisis que plantea este texto se centrará en uno de los escenarios en el que frecuentemente se plantea este problema: el sistema de concesiones para el diseño, construcción y operación de obras públicas y el fenómeno de las renegociaciones que en este contexto se dan y que pueden llevar a litigios por compensaciones.

En Chile, con el objeto de maximizar los beneficios económicos y sociales del país, los contratos de concesión de obra pública se asignan mediante una licitación pública internacional, se desarrollan bajo la modalidad *Build-Operate-and-Transfer*, “BOT”, o *Design-Build-Operate-and-Transfer*, “DBOT”, y su duración, antes de la transferencia, normalmente no baja de los 15 años. Esta modalidad de contratación y selección encuentra su fundamento en el conocimiento experto y capacidad técnica de los contratistas, y en que los estimula, en teoría, a presentar las ofertas más económicamente eficientes que sea posible, para desarrollar la obra licitada al menor costo. Sin embargo, como se verá dichos objetivos no siempre se cumplen y algunos de los obstáculos que lo impiden se presentan, de hecho, como problemas de equilibrio económico mediante solicitudes de renegociación del contrato inicial por circunstancias sobrevenidas que alteran el equilibrio haciendo más onerosa la obligación inicial.

¹ De la Maza (2010) p. 297

1. La importancia del proceso competitivo como mecanismo de adjudicación de concesiones.

Como mecanismo regulatorio, el proceso de concesiones mediante licitaciones públicas busca satisfacer una necesidad social de prestación de un servicio al más bajo costo que sea posible, asegurando al mismo tiempo utilidades razonables a la empresa que construya la obra. Esto se hace mediante una competencia por el monopolio de la explotación del servicio, que será entregado por el Estado durante un lapso considerable, a quien presente la mejor oferta (competencia “a lo Demsetz”). En estos escenarios, no hay una competencia “en” el mercado que asegure que la oferta y la demanda regulen los precios a los que el servicio se presta, manteniéndolos siempre en un óptimo, pues no hay más competidores prestando el servicio. Lo que hay, es la creación simulada de condiciones de mercado previas mediante una competencia “por” el mercado o por tener el monopolio, y el derecho a obtener rentas por la explotación del servicio², aseguradas, pero limitadas a los términos del contrato.

Este mecanismo de maximización de beneficios se ve opacado por las renegociaciones (que en Latinoamérica son además muy tempranas³) y ello no sólo afecta el costo que los usuarios finales pagan por el servicio, sino también la idea misma de la licitación como mecanismo de asignación eficiente recursos, defraudando por tanto además a otros participantes en la licitación (que tal vez ofrecían contratos más costosos pero más completos).

En efecto, como señala Engel *et al.* “las renegociaciones son frecuentes y representan montos considerables. En promedio [para 2008], cada concesión ha sido renegociada tres veces, y el monto total de las transferencias hacia los concesionarios es de UF 70,3 millones (2.810 millones de dólares). El 83% de este monto corresponde a negociaciones bilaterales entre el MOP y la concesionaria, mientras que el 17% restante resultó de un proceso de conciliación o arbitraje. [...] De hecho, se] concluye que un 25% de los \$ 11.270 millones de dólares invertidos en infraestructura mediante el sistema de concesiones fue agregado después de la adjudicación del proyecto, sin un proceso de licitación competitiva. En algunos tipos de proyectos los montos son mayores; por ejemplo, en las autopistas urbanas el 35% de la inversión total fue el resultado de una negociación bilateral.”⁴

² Baldwin *et al.* (2012) p.166. Véase también Demsetz (1968) pp. 55-65.

³ Engel *et al.* (2009) p. 3

⁴ Engel *et al.* (2009) p. 3

“Las renegociaciones de los contratos de concesión” continúa Engel *et al.* “alteran el proceso competitivo y [...] distorsionan las posturas en la licitación [...]. En ese contexto, el resultado no tiene por qué ser uno que minimice los costos de realizar las obras extraordinarias, y es probable que genere rentas sobrenormales.”⁵

En un negocio, las expectativas que un ente puede tener sobre las tasas de retorno pueden ser de cualquier tipo y dimensión, en especial cuando se trata de un negociador oportunista, que ve en la presentación de ofertas incompletas la posibilidad de obtener un lucro ni contemplado por la concesión ni socialmente deseable, que mira directamente a las arcas fiscales, y puede afectar el desarrollo de otros proyectos de utilidad pública.

En efecto, señalan los autores más arriba citados, “el proceso competitivo —sin la esperanza de renegociar el contrato— asegura que la empresa que gana un contrato de concesión obtendrá una rentabilidad normal, dado el riesgo del proyecto.”⁶ Por último, “se debe considerar que la valorización del costo que aparece en un convenio complementario es el resultado de una renegociación bilateral y no de una licitación competitiva. En tales condiciones, los usuarios y contribuyentes no tienen forma de determinar si los montos que pagan corresponden a lo que se requeriría bajo un sistema competitivo”⁷.

Lo anterior es muestra de la gran importancia que reviste evitar las renegociaciones y contar con herramientas adecuadas para evaluar constantemente la situación económica y las previsiones de las partes en una relación contractual, ello, tanto por el efecto de prevención general que se genera (señales al mercado de un Estado fuerte y respetuoso por lo pactado) como porque así no se distorsiona el mecanismo de las licitaciones y no se defrauda a los demás competidores ni a las personas y contribuyentes que usan los servicios⁸.

III. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

1. Concepto de equilibrio económico de los contratos

Como situación en la que dos fuerzas se encuentran en un punto en que ambas se sustentan por el aporte energético de la otra en una relación

⁵ Engel *et al.* (2009) p. 4

⁶ Engel *et al.* (2009) p. 3

⁷ Engel *et al.* (2009) p. 37

⁸ Engel *et al.* (2009) p. 3

armónica y autosustentable, tal idea de equilibrio hace más sentido al imaginar una balanza que un contrato, y aunque es útil la analogía, la justicia y el equilibrio en una relación contractual en cuanto a las prestaciones a que se obligan las partes, parecen ser difíciles de medir con sólo echar a una balanza papeles con obligaciones, promesas, costos de oportunidad, inversiones, seguros, y un largo etcétera.

Tal como Bobbio señalara a propósito de la igualdad⁹, la dificultad de establecer un concepto de equilibrio económico estriba precisamente en su indeterminación, puesto que nada se dice respecto a él si no señala equilibrio respecto a qué y con respecto a quienes. El concepto sólo puede comprenderse en relación a algo, de la misma forma que no tiene utilidad una regla si no hay una longitud que medir. Así entendido, el equilibrio es un estándar o norma que les permite a las partes y al juez definir y evaluar cuándo y cuánto se ha modificado el equilibrio en la balanza de las prestaciones a las que en una relación jurídica cada parte se obliga inicialmente.

Kirat y Vidal han señalado en esta misma línea que “el concepto de equilibrio contractual es un estándar a través del cual el juez evalúa cuan profundamente el contrato inicial es afectado en el curso de su ejecución por eventos imprevistos. Ello implica el principio básico de que, cuando está concluido, un contrato público implica una relación equilibrada entre precio (y más allá, la expectativa de retorno para el contratista) y el trabajo o bienes o servicios a ser entregados”¹⁰.

Siguiendo este razonamiento, vemos que Meléndez da una idea similar sobre lo que hay que considerar para entender la idea de equilibrio económico contractual: “la motivación de cada uno de los sujetos de la relación jurídico comercial derivada del contrato estatal”: Los intereses del Estado de cumplir con ciertos fines e intereses sociales y los intereses de los particulares de “reportar un provecho económico en su favor”¹¹.

2. Evaluación del equilibrio económico: Situaciones, consecuencias y criterios

Para evaluar el equilibrio económico en una relación contractual y arribar a una solución que sea, en lo posible, eficiente en términos de Pareto, es importante establecer pasos a seguir y someter el problema a un test de imprevisión. De esta manera, como ha señalado De la Maza, se debe

⁹ Bobbio (1993) p. 53

¹⁰ Kirat y Vidal (2008) p. 2.

¹¹ Meléndez (2007) p. 1

distinguir¹²: 1º. Qué situaciones constituyen una alteración sobrevenida de las circunstancias¹³; 2º. Cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha alteración.

Así, todo problema de equilibrio económico debe resolverse según una fórmula conforme a la cual, primero, distinguimos si estamos o no frente a un imprevisto sobreviniente que altera el equilibrio económico del contrato¹⁴. Esto es, si la situación, como se verá en detalle luego, logra o no encajar en las fórmulas entregadas por la ley, se trata de un “hecho del príncipe” o los supuestos hacen aplicable la teoría de la imprevisión.

Luego, si la situación constituye una alteración sobrevenida, el segundo paso es hacer uso de los criterios que se señalan aquí para analizar las consecuencias jurídicas de la alteración y saber de qué manera se distribuirá el riesgo para saber si habrá o no una compensación y como puede delimitarse su monto.

Proceder de la forma anterior busca maximizar los beneficios sociales de la licitación como mecanismo para regular el mercado y permitir la construcción de obras social y económicamente rentables, prefiriendo situaciones en la que sea imposible mejorar a uno sin perjudicar la posición de otro, disminuyendo al mínimo las compensaciones. Así mismo esta fórmula evita premiar comportamientos oportunistas de las partes y estimula la generación de contratos más completos, limitando lo pedido, en los casos que se deba, a lo necesario para el funcionamiento del servicio y el no daño ni expropiación del contratista.

En base a los datos que han sido usados para esta investigación y contra lo que ha sido la práctica chilena, una compensación no debe importar jamás un lucro para el contratista y debe mirar siempre los principios que bañan nuestro ordenamiento jurídico, como la certeza, seguridad jurídica y la buena fe. No por nada es que las personas, en virtud de su autonomía de la voluntad, utilizan los contratos como herramientas para obligarse, pudiendo elegir otras estructuras distintas, o no obligarse bajo los términos consentidos. Los contratos tienen precisamente la característica de fijar las condiciones, derechos y obligaciones en los cuales se desarrollará un negocio jurídico a través del tiempo, y si es que algún valor tiene eso, vale entonces ser cuidadoso al momento de enfrentar una modificación contractual.

¹² De la Maza (2010) p. 297

¹³ De la Maza (2010) p. 297

¹⁴ Se prefiere utilizar la denominación genérica de “alteración sobrevenida de las circunstancias” debido a que ella logra abarcar de mejor manera a todas las causas que pueden desequilibrar la economía de los contratos

2.1 ¿Qué situaciones constituyen una alteración sobrevenida de las circunstancias¹⁵?

Obviamente no toda situación que genere perjuicio económico constituye una alteración que da origen a compensaciones. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una norma general que suponga la revisión de los contratos en caso de *excesiva onerosidad sobrevenida*¹⁶, pero si se contemplan regulaciones especiales, como la del artículo 19 de la Ley de Concesiones, que establece un mecanismo de compensación por “hechos del príncipe”, con algunas diferencias a como se conoce la figura en doctrina¹⁷. De esta forma pasamos a revisar tres vías para distinguir entre situaciones constitutivas de alteración sobrevenida, cumpliendo con el primer paso para la evaluación del equilibrio económico contractual.

a) La ley de concesiones

Aunque en la forma parece contemplar compensaciones por “hechos del príncipe”, se distingue de las situaciones que pueden encuadrarse en tal teoría, siendo la ley más restrictiva al analizar si estamos o no frente a una alteración sobrevenida de las circunstancias. Así, a diferencia de los supuestos constitutivos de “hechos del príncipe”, aquí no debe tratarse de un acto legal o administrativo con efectos generales sino únicamente dictados para efectos particulares y “sin efectos que excedan el ámbito de la industria de la concesión de que se trate”. En efecto, los artículos 19 y 20 señalan:

“El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreveniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos:

1. El acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión;
2. No haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación;
3. No constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato
4. “La inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica

¹⁵ De la Maza (2010) p. 297

¹⁶ De la Maza (2010) p. 297

¹⁷ En Chile se ha entendido también como hecho del príncipe aquellas faltas directamente imputables al órgano estatal que contrata, como faltas “del Estado que tiene la posibilidad de expropiar por la vía de adoptar decisiones imprevistas al tiempo de la celebración de los contratos.”. Véase Yáñez (2008) p. 30

adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación.”

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

Se entiende como proyecto adicional el derivado directamente de la modificación de las características de las obras y servicios contratados.

b) Por aplicación de la teoría de la imprevisión

Se han establecido ciertos requisitos para aplicar la teoría de la imprevisión como se conoce en doctrina y tener derecho a indemnización¹⁸, de manera tal que no bastaría un simple hecho que no se pudo prever. Parece haber acuerdo, además, en que debe tratarse de hechos completamente externos a las partes, que no sea posible subsumirlos en meros incumplimientos contractuales, por ejemplo, o hechos del príncipe¹⁹. Así, los requisitos establecidos son:

1. Debe tratarse de una situación que provoque un déficit realmente importante y no sólo un lucro cesante.²⁰
2. El hecho debe ser imprevisto en sus consecuencias económicas
3. Suceso debe ser ajeno a las partes contratantes: Si no, se está ante un hecho del príncipe o a una falta del contratista.
4. Debe ser temporal: Si no, se está ante un caso de fuerza mayor (que da derecho a la resolución del contrato y no a una simple compensación).

Como bien se señala, en estos casos el juez debe decidir en un contexto de “necesidad de prestar continuamente el servicio público”²¹ a la vez que establecer el peso adecuado de un “suceso excepcional que no depende de la voluntad de las partes contratantes y que razonablemente no podía entrar

¹⁸ Cfr. Long, M., *et al.* (2000) p. 118

¹⁹ Meléndez (2007) p. 4

²⁰ Considerando además en el caso chileno, como menciona Engel. et al. que el mecanismo de regulación de competencia por el mercado mediante licitaciones públicas o competencia “a lo Demsetz” es muy distinto de regulaciones de tipo Price Cap o Por Tasa de Retorno.

²¹ Long *et al.* (2000) p. 119

entre sus previsiones al momento de la suscripción del contrato”²². En dicho ejercicio el juez podrá establecer también no sólo el peso de ese suceso sino también en qué medida era evitable para las partes contratantes y por tanto podía entrar en sus previsiones, esto es, la razonabilidad de las previsiones que podían ser consideradas por las partes.

c) Por un “hecho del príncipe”

Para saber cuándo estamos ante lo que se conoce como un hecho del príncipe que provoca daño, hay acuerdo en doctrina en que deben concurrir los siguientes elementos²³:

1. Debe haberse expedido un acto general y abstracto (norma legal o acto administrativo)
2. Ese acto debe incidir directa o indirectamente en el contrato estatal
3. Además debe alterar extraordinariamente la ecuación financiera

Como se observa en la letra a., el hecho de tratarse de actos generales y abstractos implica que una alegación que invoque la figura de “hechos del príncipe” como se conoce en doctrina, abarca casos que la figura contemplada en la ley de concesiones deja de lado, pues a la luz de la ley, para solicitar una compensación, no debe tratarse de un acto o “norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato”. Para la ley debe tratarse de normas particulares que tengan ese efecto.

2.2. Consecuencias jurídicas de la alteración: Criterios para limitación y equilibrio

En general en los litigios sobre la materia²⁴, buena parte de la idea que las partes tienen sobre el “equilibrio económico”, está contaminada por una expectativa de ganancia incierta (que puede ser infinita) y que se ve frustrada.

Aun en casos en que se han firmado convenios complementarios (y existen por lo tanto documentos que nos darían más claridad), cuando se reclaman las compensaciones adeudadas, la utilidad del concesionario forma parte de las sumas globales solicitadas²⁵. Ello en principio no es problema,

²² Long *et al.* (2000) p. 119

²³ Meléndez (2007) p. 6

²⁴ Arimany (2011) p. 94. Véase también CASantiago, *Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas y Dirección de Obras Públicas con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal* [2012].

²⁵ Véase C. Arbitral, *Concesionaria Autopista Vespucio Sur, S.A. con MOP* [2011]

pues la licitación considera una rentabilidad para el contratista, incentivo principal para que construya la obra. Sin embargo, dado las sumas solicitadas, el bajo nivel técnico con que tales cifras se respaldan en algunos casos, y tal como nos permiten concluir estudios citados en este trabajo, el objetivo parece ser recuperar rápidamente lo invertido²⁶ y eliminar todo riesgo e incertidumbre en el desarrollo del negocio, lo que no sólo es contrario a cualquier idea básica que se tenga sobre contratos, riesgo e inversiones llevadas bajo condiciones normales de mercado, sino también contrario a la misma distribución normal de riesgos ya establecida en las bases de licitación.

Los diez criterios que señalaremos operan como mecanismos que nos permitirán delimitar la frontera de responsabilidad de cada parte, los riesgos que corresponde asumir a cada una y el cálculo óptimo para las compensaciones que se discutan, debido a que ellas son la principal consecuencia jurídica de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

El diseño, recopilación y selección de estos criterios están influidos por dos principios cardinales: el óptimo de Pareto y una interpretación del modelo preventivo de riesgos, asociado al principio de precaución²⁷. Tal como Cousy ha entendido²⁸, la filosofía de la precaución enriquece y refina las herramientas existentes y los conceptos de falta, responsabilidad, conexión causal y daños reparables, entre otros²⁹.

a) Límites legales a las compensaciones

Formalmente, la ley de concesiones es bastante estricta en lo que a compensación se refiere. Entrega formas de hacer el cálculo y establece otros límites que se señalan a continuación:

1. El cálculo de las compensaciones debe hacerse de la siguiente forma (Art. 19): “Las compensaciones económicas referidas en los incisos precedentes, deberán expresarse en los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios efectuados directamente al concesionario por terceros a quienes les interese el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado. Se podrán utilizar uno o varios de esos factores a la vez.”³⁰.

²⁶ Engel *et al.* (2009)

²⁷ Principio cuyo desarrollo nace a propósito del derecho medioambiental. Véase Cousy (2006) p.11

²⁸ Cousy (2006) p. 16

²⁹ Cfr. Cousy (2006) p. 16

³⁰ Decreto MOP N° 900, de 1996, art. 20.

2. Inversiones no susceptibles de compensación (Art. 22). El artículo 22 señala que “la inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación”.
3. Revisión de las modificaciones contractuales (Art. 19). “Todas las modificaciones al contrato original para incluir obras adicionales, que separada o conjuntamente superen el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, y siempre que tal porcentaje corresponda a una suma superior a cincuenta mil unidades de fomento, deberán contar con un informe de la respectiva Dirección del Ministerio de Obras Públicas sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, y en el respeto de la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de concesión.”
4. Distribución del riesgo (Art. 22 n°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 irrogue el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.”

b) Límites por aplicación de la teoría de la imprevisión

Una vez determinado que hay un desequilibrio que da origen a compensaciones, existe un procedimiento para calcular la indemnización que fue ideado por la jurisprudencia administrativa francesa³¹ que establece que debería procederse de la siguiente forma:

1. El juez debe buscar la fecha a partir de la cual el contratista tiene derecho a indemnización, en función de dictámenes de expertos determina los precios contractuales y aprecia las variaciones de precio que hubieren podido prever las partes.
2. “Calcula la carga extracontractual, esto es, el monto del déficit provocado por la ejecución del contrato durante el período en que la

³¹ Long *et al.* (2000) p. 120

ejecución del contrato fue trastornada por circunstancias imprevisibles” esto es, lo que no estaba razonablemente comprendido en el contrato.

3. Evalúa el monto de la indemnización, la que jamás “cubre la integridad del perjuicio sufrido por el contratista, pero la parte dejada a sus expensas es muy poca (5 a 10% del monto de la carga excepcional). Para establecer la proporción del perjuicio puesto a cargo del contratista, el juez tiene en cuenta:
 - i. La situación financiera de la empresa [puede medirse según el EBIDTA³² registrado y la información puesta a disposición para los inversionistas].
 - ii. Los beneficios obtenidos en el pasado y las ventajas esperadas para el futuro
 - iii. El carácter más o menos precario de la explotación
 - iv. La diligencia que tuvo el contratista para solucionar las dificultades”³³. Esto último, como se ve y se repetirá, pues puede ser que el contratista esté erróneamente trasladando sus propios riesgos al Estado.

c) Límites a la compensación por concepto de ganancias futuras³⁴

Como concepto, la compensación supone la posibilidad de revertir o remediar una situación³⁵, y su objetivo es restaurar la posición que tenía la parte que demanda si el daño no se hubiera provocado³⁶. Ahora, si el daño se hubiera provocado, en el caso de ganancias futuras, lo importante es que debe dejarse a la parte en la posibilidad de percibir esas ganancias, pero el resultado del litigio jamás puede ser que la parte obtenga esas ganancias.

Ello pues, cuando se trata de ganancias esperadas, no hay situación que revertir, pues el daño provocado es sobre un supuesto que aún no existe, que está por venir, y que por lo mismo, por tratarse de un hecho futuro, no se puede revertir.

De hecho, por el contrario, la compensación que va más allá del daño provocado crea riquezas que formaban parte de la incertidumbre del negocio, las transforma en ciertas, elimina el riesgo natural a todo negocio y asegura injustificadamente tasas de retorno. Con ello además, el riesgo del negocio no

³² *Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*, es un indicador que permite conocer las utilidades operacionales actuales y el desempeño “real” de una compañía, sobre todo para efectos de tomar la decisión de invertir en ella o no.

³³ Long *et al.* (2000) p. 121

³⁴ Owen (2000) p. 167

³⁵ Cousy (2006) p. 17

³⁶ Owen (2000) p. 167

se vuelve un incentivo que impulsa al inversor a comportarse de manera diligente y eficiente, que lo lleva a actuar eliminando y previniendo riesgos que puedan provocarle pérdidas. Por el contrario, la falta de diligencia es premiada, cada pérdida se vuelve una buena inversión.

Estas consideraciones, en efecto, ya habían sido señaladas en la sentencia de 23 de Enero de 1974 *Pacific Architects and Engineers Inc. v. United States*³⁷, en la que se establecía que “el equilibrio no puede utilizarse [como medio] para convertir una pérdida en ganancia o viceversa. Un contratista que ha subestimado su oferta no puede usar un cambio en las circunstancias como excusa para reformar el contrato o trasladar su propio riesgo o pérdidas al gobierno”³⁸.

d) “Dimensión monetaria” y “umbral de alteración”³⁹ como criterios de limitación

¿Cuándo se entiende que efectivamente hay una alteración de la ecuación económica del contrato? Siempre debe acreditarse la existencia y monto de los perjuicios mediante documentos, y estos someterlos a un análisis comparativo con los valores de mercado actual y experiencias anteriores análogas de daños o perjuicios similares. Así, no es suficiente con que se alegue haber sufrido gastos, sino que “deben acreditarse los desembolsos en que efectivamente se habría incurrido”⁴⁰. Esto nos permite tener una noción clara sobre la dimensión monetaria de la alteración, lo que entonces puede complementarse con el criterio del “Umbral de Alteración”, que enseguida exponemos.

Especialmente en Europa, en los trabajos preparativos de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), en PECL (*Principles of European Contract Law*) y otros instrumentos que han pretendido generar un cuerpo de *soft law* que brinde certeza y seguridad jurídica para el comercio internacional, se han buscado formas de establecer un criterio numérico objetivo que permita medir la imposibilidad y permita así guiar en la aplicación de lo que se conoce como *hardship clauses* o cláusulas de imprevisión.

Sin embargo no haber acuerdo en cuanto a los criterios numéricos, la investigación nos permitió encontrar lo siguiente:

1. Acreditada la existencia y monto de los perjuicios, como es sabido, lo verdaderamente imprevisto y oneroso de la dificultad es una noción confusa y maleable. Así, la teoría del 50% puede ser una buena guía

³⁷ *Pacific Architects and Engineers Inc. v. United States* (1974)

³⁸ *Pacific Architects and Engineers Inc. v. United States* (1974)

³⁹ Girsberger y Zapolskis (2012) p. 7

⁴⁰ C. Arbitral, *Sociedad Concesionaria Aerotas con MOP* [2013]

para evitar excesos, ineficiencias e injusticias. En los trabajos preparativos para la creación UNIDROIT, se señalaba que en general un aumento del 50% en el costo de llevar a cabo la actividad, considerando su suma total, no es causal para proceder a reequilibrar el contrato. Mientras muchos se opusieron a este 50% (que por lo menos demuestra ser una manera efectiva para establecer un criterio objetivo, pero por el desacuerdo no fue incluido en las versiones oficiales), existen decisiones en el derecho europeo que han impedido la renegociación de contratos incluso en casos en que la obligación se vuelve un 85% más costosa⁴¹, costo mucho mayor pero que aún arroja utilidades (sin embargo tratarse de un extremo poco aplicado). Para 2009, existe evidencia presentada por Brunner en Girgsberger y Zapolskis⁴², que en arbitrajes internacionales un aumento en los costos de 13%, 30%, 44% o 50%, no calificaban como “imposibilidad”.

2. En suma, de acuerdo a los principios establecidos en UNIDROIT, el análisis de sus trabajos preparativos y en base a la evidencia empírica, se señala que es muy probable que una alteración en los costos o en el valor de la explotación, menor al 50% del total inicial no sea considerada como fundamental.⁴³
3. Por último, las razones en contra de un criterio numérico pueden reducirse a una: la arbitrariedad del umbral definido y de su aplicación general, pues cada obligación en su desarrollo tiene su especialidad y sus propias circunstancias, que no harían conveniente la aplicación estricta de un criterio numérico fijo. Ello, pues deben, a juicio de los detractores, considerarse por ejemplo cuestiones como la situación financiera de la empresa, lo cual afirma la interdependencia de los criterios aquí señalados.

e) La actitud de la parte dañada como criterio de limitación

A veces, lo que el concesionario expone desde una lógica de equilibrio contractual, en muchos casos lleva subyacente el propósito de aplicar un sistema de responsabilidad objetiva⁴⁴. Es por esta razón que el principio de precaución se vuelve importante para el tema que nos convoca: “sirve para restringir la expansión de la responsabilidad sin falta”⁴⁵, de la compensación sin daño real. Por tanto, para analizar la actitud de la parte dañada es

⁴¹ Girgsberger y Zapolskis (2012) p. 7

⁴² Girgsberger y Zapolskis (2012) p. 7

⁴³ Girgsberger y Zapolskis (2012) p. 7

⁴⁴ Cousy (2006) p. 17

⁴⁵ Cousy (2006) p. 19

importante, primero, considerar si ella demuestra haber utilizado o no los medios que la ley franquea para afrontar los excesos de costos. No podemos inhibirnos de juzgar el comportamiento de las partes para evitar el comportamiento que las daña, pues la imprevisión es un caso a caso.

El Art. 36 bis de la Ley de concesiones señala que “los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido *sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico*.” Es decir, aquí la pregunta es: la parte que reclama daño ¿sometió la controversia a conocimiento y recomendación del panel técnico?

A continuación, el siguiente paso es someterla la actitud de la parte dañada a un segundo examen, mediante la fórmula de Hand.

Bajo esta óptica, lo importante es definir cuándo las faltas que provocan daños son imputables a sólo una de las partes, lo que a propósito del caso *U.S v. Carroll Towing*, el juez Hand expresara bajo lo que luego sería la fórmula homónima, que busca calcular la negligencia de una parte, considerando los costos que significaba tomar precauciones. Así, es responsable del daño por negligencia aquella parte que no tomó las precauciones necesarias, atendiendo además que las precauciones le resultaban menos costosas que el daño que podía provocarse (y no era otro si no él quien podía tomarlas).

Lo anterior se expresa en la siguiente fórmula que fuera condensada por Posner⁴⁶

$$C < PD$$

Donde el Costo (C) de tomar las medidas debe ser mucho menor que la Probabilidad (P) de que se produzca el Daño (D). Si el producto de $P \times D$ es mayor que C, existe un deber de cuidado para aquel que demanda el daño pues podía evitarlo (y era más barato que el costo que ahora sufre). La probabilidad del daño puede ser calculada mirando casos similares.

Por lo tanto, sólo no se toman medidas de precaución, y el daño es imputable a quien lo provoca y no a la conducta de la víctima, cuando sea económicamente más eficiente pagar o hacerse cargo de dicho daño, lo que deberá ser evaluado en el caso a caso, cuando se reclamen daños de parte del Estado. Se trata, en suma, de quién puede evitar el daño al menor costo.

f) El valor del consentimiento y la buena fe de los demás postulantes como criterios de limitación

⁴⁶ Posner (2011) p. 169

Dado que las Bases de Licitación son aceptadas por los licitantes, luego de un largo análisis que importa además vincularse con una serie de instituciones aseguradoras, bancarias y fondos que respaldan la inversión, una condena puede llevar a restarle valor al consentimiento como fuente de derechos y obligaciones. Esto se ha sostenido más arriba, señalando por una parte que existen fuertes razones para no modificar los contratos pues su fuerza obligatoria y su rigidez es una de las razones por las cuales las partes deciden obligarse bajo una estructura contractual de ese tipo. Por otra parte, las partes tienen tiempo para diseñar sus propuestas luego de tener en mano las bases de la licitación y los anteproyectos referenciales.

De ser admitida, la compensación no sólo distorsiona la mayor parte de las veces a la licitación como mecanismo de maximización de beneficios, sino que defrauda a los demás postulantes que sí contemplaban dichos riesgos, con ofertas tal vez más caras, pero que no serían renegociadas luego.

En efecto, basados en datos de Guasch, Engel *et al.* señala que “la celeridad con que se renegocia da a entender que los concesionarios hacen ofertas que incorporan la expectativa de renegociar en forma bilateral, y así mejorar las condiciones ofrecidas casi tan pronto se adjudican el contrato”⁴⁷

g) Deberes legales de una de las partes como límite

Existen casos como la causa rol 3950-2009, por la concesión del tramo Temuco-Río Bueno, en la cual el supuesto daño que la empresa alegaba se había producido por el ejercicio de un deber legal que obliga al MOP a mantener en buen estado los caminos públicos. Aquí lo pedido era una compensación por lo que se dejaría de ganar de mejorarse la vía lateral. En efecto, la concesionaria señalaba que luego de que el ministerio arreglara una “caletera” que estaba en mal estado, se provocaba una frustración en las ganancias de la empresa por que los conductores iban a preferir esa vía ahora repavimentada antes que la autopista concesionada, evitando pagar peaje.

En este caso, el contratista no sólo está obligado a conocer y aceptar las facultades que asisten al ministerio con respecto a las vías públicas a su cargo, sino que aún más, lo solicitado por la empresa implicaba que el ministerio incumpliera sus deberes legales, en abierta contraposición al orden jurídico y en directo perjuicio de sí mismo, pues el mal estado de la vía lateral podría traer consecuencias para transeúntes de los cuales luego el órgano estatal sería responsable.

⁴⁷ Engel *et al.* (2009) p. 26

Este criterio no sólo busca anteponer el respeto al ordenamiento jurídico que rodea la concesión, sino además evitar enriquecer al contratista desmejorando la posición del Estado y de los habitantes del país.

h) Impuestos y cargas que pesen sobre una transferencia

Si es que una compensación procede, cuando se hagan por sumas globales deben siempre descontarse los impuestos que sea necesario⁴⁸, esto es, por ejemplo, si se trata de sumas a compensar por hechos que pueden importar pago de IVA es necesario descontarlo de la suma bruta a compensar para entregar un monto depurado de obligaciones, todo esto con el fin de evitar enriquecimientos a costa de las compensaciones, y satisfacer así el óptimo de Pareto.

i) Existencia de sistemas pre-compensatorios

En muchos casos el Estado asegura una rentabilidad mínima del proyecto, mediante subsidios y otras acciones que disminuyen el riesgo de la inversión (lo que incluso ha llevado a autores como Engel *et al.* a señalar que en Chile, el sistema de regulación aplicado bajo las reglas propuestas por Demsetz, se parecería en algunos casos más a una regulación por tasa de retorno, donde, si “alguna causa reduce la rentabilidad del proyecto, el concesionario puede pedir una revisión de las condiciones.”). Así, al evaluar la procedencia de compensaciones no puede dejarse de lado los subsidios directos e indirectos que el Estado esté entregando al contratista, los cuales pueden ya en sí mismos absorber parte riesgo provocado por algún imprevisto.

j) Razonabilidad de los costos totales y compensaciones

Estos criterios limitan las compensaciones mediante un cálculo paralelo de los costos en que un ente señala haber incurrido.

1. Como ha sido señalado por Kirat y Vidal a propósito del procedimiento de equilibrio en Estados Unidos, los sobre costos compensables deben reunir ciertas características. Así, pesa sobre el demandante la obligación de rendir prueba que demuestre que los costos en que se incurrió son “razonables”, esto es “que en su naturaleza y monto, no excedan aquel en que habría incurrido una persona prudente al conducir con diligencia sus negocios”. Se agrega que la razonabilidad debe considerar entre otras cosas: 1) si el tipo de costo es generalmente reconocido como ordinario y necesario para que el contratista

⁴⁸ Véase Owen (2000) p. 173

- desarrolle su negocio o el contrato; b) cualquier desviación que se aleje significativamente de las prácticas normales del contratista⁴⁹.
2. El cálculo de los costos efectivos en que el contratista demanda haber incurrido, o en los que demanda que incurrirá, debido a que es probable que no revele toda la información, debe hacerse paralelamente mediante una comparación basada en los costos estimados, costos pasados⁵⁰, y costos comparados en que normalmente se incurre al llevar a cabo tales actividades, y a esto añadir un elemento de utilidad⁵¹.
 3. Existen otros dos métodos señalados por Kirat y Vidal en su trabajo, ellos son i) Costo total y ii) Costo total modificado
 - i. El costo total para dimensionar una compensación se calcula “comparando el costo total del nuevo trabajo desarrollado, menos el trabajo estimado original”⁵².
 - ii. El método “costo total modificado” excluye, de la comparación del costo total, montos atribuibles a subestimación en la oferta hecha por el contratista, ineficiencia y costos de contratistas no relacionados⁵³.

Es importante considerar que para evaluar la compensación se requiere en todos los casos calcular cuánto vale para el concesionario pasar de una “situación en que asumía la mayor parte del riesgo [...], a otra en que deja de asumir dicho riesgo”⁵⁴. Esto puede hacerse utilizando el método “costo total modificado” y mirando además el VAN o Valor Actual Neto definido en el contrato inicial.

Por último en general al comparar la Rentabilidad inicial del proyecto vs. Rentabilidad luego de compensaciones, las compensaciones deben tener un valor tal que no modifique la utilidad estimada previa a la negociación de los acuerdos complementarios, lo que concuerda con criterios más arriba expuestos, y satisface el óptimo de Pareto.

IV. REFLEXIONES FINALES

Hemos hecho una revisión de la teoría del equilibrio económico en los contratos con la finalidad de aportar al debate conceptual en la materia y delimitar los supuestos que hacen posible entrar a discutir el equilibrio

⁴⁹ Kirat y Vidal (2008) p. 36

⁵⁰ Kirat y Vidal (2008) p. 37 véase “Prospective Pricing”

⁵¹ Kirat y Vidal (2008) p. 36

⁵² Kirat y Vidal (2008) p. 36

⁵³ Kirat y Vidal (2008) p. 36

⁵⁴ Véase Engel *et al.* (2009) p. 40.

económico en un contrato, para evitar que bajo su alero se trasladen riesgos de manera injusta de una parte a otra.

Lo anterior puede hacerse mediante la test de imprevisión que se presenta aquí. Se ha sostenido la opinión de que en general es importante respetar el valor de la licitación y su dilatado proceso previo de ofertas, evaluación y selección de contratistas como un buen mecanismo que permite maximizar los beneficios de los usuarios y los contratistas.

Esto considera también que es imposible no encontrarnos circunstancias sobrevenidas que alteran la economía del contrato, y con mayor razón en contratos de tan larga duración. Pero tal como ha sido demostrado, y en virtud de la capacidad económica del Estado, usualmente se sobrevaloran dichas alteraciones y ello desemboca en renegociaciones bilaterales que ni son convenientes, ni aseguran una utilización óptima de recursos, y que al ser frecuentes, además, incentivan la celebración de contratos incompletos.

Tal como los teóricos del comportamiento han demostrado⁵⁵, las partes en una negociación tienen un sesgo egoísta que las lleva a sobrevalorar sus juicios acerca de lo que es justo, por lo que no es raro que las compensaciones sean excesivas y no tengan relación con los precios de mercado. De hecho Sunstein señala que “los juicios de las personas sobre la justicia, son egoístas o auto-deferentes. Normalmente piensan que ellas merecen más que lo que otras personas piensan que merecen. Esto, afecta ambas partes durante una negociación y hace los acuerdos muy difíciles”⁵⁶.

La idea sobre el equilibrio económico contractual está contaminada, además, con las expectativas de ganancias futuras y las tasas de retorno esperadas de la inversión. Los reclamos sobre ganancias futuras son conjeturas sobre conjeturas, son algo incierto y no delimitado. Como dijo Lord Scarman “a la humanidad, el conocimiento sobre el futuro le es negado, por tanto, gran parte de una compensación atribuida a pérdidas futuras y sufrimiento es casi seguro que sea errónea. Sólo existe una cosa cierta: el futuro probará si la compensación fue excesiva, o por el contrario, si fue demasiado baja.”⁵⁷

Pese a que la ley fue reformada en el año 2010, no hay garantías ciertas sobre su cumplimiento, pues si bien hay nuevos órganos consultivos que han sido creados, nada asegura que no vuelvan a violarse los límites a las nuevas inversiones, tal como se hacía previo a la nueva ley, como de hecho fue demostrado por el trabajo de Engel, *et al.*

⁵⁵ Sunstein (1997) p. 9

⁵⁶ Sunstein (1997) p. 9

⁵⁷ *Lim Poh Choo v. Camden and Islington AHA* (1980)

El contrato y sistema de concesiones públicas no sólo es una vía para que el Estado optimice los recursos delegados por la sociedad y las empresas logren utilidades normales. Es también, como se ha dicho, una forma de proteger a los consumidores⁵⁸ y habitantes del país.

De la misma forma, contar con herramientas que en el desarrollo de una relación contractual nos permitan distribuir el riesgo entre ambas partes cuando han cambiado las circunstancias iniciales, es fundamental.

Lo vago de la noción de equilibrio contractual y en definitiva las trampas que impone el uso del lenguaje deben obstaculizar lo menos posible la búsqueda de la justicia y la eficiencia económica.

Por ello, en caso de ser inevitables las compensaciones por el hecho de que realmente estamos frente a hechos imprevistos y sobrevinientes, utilizando los diez criterios que han sido desarrollados en este trabajo, es crucial considerar todos aquellos elementos que nos dirijan siempre en la senda de la justicia y la utilización más óptima del dinero de los contribuyentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Arimany, Esteban (2011). El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: A propósito de la sentencia del tribunal supremo «Autopista Madrid-Toledo (AP-41)» 93-100. Fecha consulta 12 marzo 2014] Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3196/documento/art12.pdf>
- Baldwin, Robert; Cave, Martin; Lodge, Martin (2012): *Understanding Regulation* (Inglaterra, OUP, 2a Ed.) 568 pp.
- Bobbio, Norberto (1993): *Igualdad y libertad* (Barcelona, Ed. Paidós) 160 pp.
- Cousy, Herman (2006): “Risks and Uncertainties in the Law of Tort”, en: *Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law*, pp. 2-26
- De la Maza, Íñigo (2010): “Las consecuencias de la Alteración Sobrevenida de las Circunstancias”, en: *Estudios de Derecho civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, pp. 297-320
- Demsetz, Harold (1968): “Why regulate utilities?” *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1, pp. 55-65
- Engel, Eduardo; Fischer, Ronald; Galetovic, Alexander.; Hermosilla, Manuel (2009): “Renegociación de concesiones en Chile”, *Revista Estudios Públicos*, vol. 113, pp. 151-205

⁵⁸ Kirat y Vidal (2008) p. 36

- Girgsberger, Daniel.; Zapolskis, Paulius. (2012): “Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium under Hardship Exemption”, *Jurisprudencija*, pp. 121-141.
- Kirat, Thierry; Vidal, Laurent (2008): “Litigation on public contract performance: A comparative study of the treatment of Additional costs and Contract Equilibrium by Administrative Judges in the United States and France”, en: *Public Contract Law Journal*, Vol. 38, No. 1, pp. 153-185
- Long, Marceau; Weil, Prosper y Braibant, Guy (2000): *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa* (Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1º Ed) 662 pp.
- Meléndez, Inocencio (2007). *La ruptura del equilibrio económico y financiero en los contratos estatales y el deber de restablecimiento* [en línea]: Memorando de instrucción jurídica interna, Alcaldía mayor de Bogotá. [Fecha consulta 14 marzo 2014] disponible en <http://app.idu.gov.co/fileresol/DTL-6000-25625.pdf>
- Owen, Richard (2000): *Essential Tort Law* (Londres, Cavendish Publishing Limited, 3a Ed) 201 pp.
- Posner, Richard (2011): *Economic Analysis of Law* (Nueva York, Aspen Publishers, 8a Ed.) pp. 1009
- Sunstein, Cass (1997): “Behavioral Analysis of Law”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 4, pp. 1175-1195.
- Yáñez, Rodrigo (2008): “Cambios a la ley de concesiones: Una exposición de su estado”, *Informe Especial*, Vol. XIX N° 187, Instituto Libertad, pp. 45

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- Comisión Arbitral, Concesionaria Autopista Vespucio Sur, S.A. con MOP [2011]
- Comisión Arbitral, Sociedad Concesionaria Aerotas con MOP [2013]
- CASantiago, Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas y Dirección de Obras Públicas con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal [2012]
- UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, *Lim Poh Choo v. Camden and Islington AHA* [1980] [1980] AC 174, [1979] UKHL 1]
- UNITED STATES COURT OF APPEAL, NINTH CIRCUIT, *Pacific Architects and Engineers Inc. v. United States* [1990] [906 F.2d 1345]