



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

La concesión de obra pública

Aspectos jurídicos y económicos

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

JAIME ARANCIBIA MATTAR
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
EDITORES



2018

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 31



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

La concesión de obra pública

Aspectos jurídicos y económicos

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

Jaime Arancibia Mattar
Alejandro Romero Seguel
Editores

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

CIP- Universidad de los Andes

La concesión de obra pública

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

Jaime Arancibia, Alejandro Romero, editores.

p. (Cuaderno de extensión jurídica N° 31)

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

CDD22

346.013

2018

RCA2

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

Director: Alejandro Romero Seguel

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

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-389-010-5

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° A-299072

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

© 2018 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

JAIME ARANCIBIA MATTAR

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

ALICIA DE LA CRUZ MILLAR

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

GINÉS DE RUS

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

EDUARDO ENGEL

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

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

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

RONALD FISCHER

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

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

Doctor en Derecho, Universidad de los Andes

Profesor de Derecho Administrativo

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

ALEXANDER GALETOVIC

Ph.D, Economics, Princeton University, Estados Unidos

Profesor de Economía

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Universidad de los Andes, Chile

Visiting Fellow, Hoover Institution, Universidad de Stanford

MARÍA ELISA ILLANES SOTTA

Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ

Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España

Profesor Titular de Derecho Comercial

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho, Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Procesal

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

EDUARDO SAAVEDRA PARRA

Ph.D. en Economía, Cornell University

Profesor Asociado del Departamento de Economía,

Universidad Alberto Hurtado

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

ÍNDICE

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

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

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

Eduardo Saavedra P.

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

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

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

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

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

Eduardo Jequier Lehuedé

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

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

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

Alicia De la Cruz Millar

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

EL ARBITRAJE EN LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Alejandro Romero Seguel

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

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ANTE EL CIADI

Jaime Arancibia Mattar

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

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