

La modificación de los contratos de asociación público privada en Latinoamérica y su posible terminación unilateral

La contratación pública es parte de un escenario muy amplio y diverso, con diferentes modalidades en las que los Estados buscan satisfacer intereses de la comunidad. Dentro de este abanico, los contratos de asociación público privada (APP) y dentro de estos, los de concesión, y aquellos por los cuales la Administración pública adquiere bienes y servicios en el mercado o contrata la ejecución de obras, son los que sin dudas reciben más interés por su impacto económico y social. En esta publicación, destacamos la regulación aplicable en Colombia, Perú, Chile y México.

México

Haz clic sobre cada país para conocer su postura



Colombia

Perú

Chile

A través de estos contratos la Administración pública busca satisfacer un interés público, para lo que selecciona a un privado, quien se convierte en un colaborador suyo y quien, en todo caso, busca para sí mismo un beneficio sobre su inversión.

Esta vinculación de los contratos al interés público ha justificado que, en ciertos casos, se le reconozcan a la Administración pública ciertas potestades excepcionales durante la ejecución del contrato, como puede ser la interpretación, modificación o incluso terminación unilateral. Además, explica también que se admitan excepciones al principio de riesgo y ventura, elemento de la esencia de los contratos en general y de las concesiones en particular, como ocurre en los escenarios de aplicación de la teoría de la imprevisión: se acepta la posibilidad de adecuar los términos contractuales, si se presenta una situación imprevista y ajena al control de quien alega su ocurrencia. La idea es evitar que una situación de incumplimiento perjudique la satisfacción del interés público, que justifica la contratación.

En el caso específico de los contratos de APP, dado que tienen generalmente prevista una duración por periodos extensos, la posibilidad de que sea necesario introducir cambios o modificaciones es mayor, al punto que se les ha llegado a llamar contratos incompletos o imperfectos. Normalmente, estas modificaciones se traducían en manifestaciones producto del acuerdo de voluntades, tales como el cambio de algunas condiciones del contrato, asociadas a la ejecución de trabajos adicionales, variaciones en la remuneración o a la extensión del plazo contractual.

Si bien resulta legítimo ajustar ciertos elementos no esenciales del contrato durante su ejecución, en los últimos años se ha cuestionado el ejercicio de dicha alternativa por posibles cuestionamientos en el curso de la tramitación de ciertas adendas. Por ello, se ha venido prefiriendo que el juez del contrato se pronuncie de forma anticipada, antes de que se proceda con algún ajuste contractual, existiendo además una corriente que incluso considera que las referidas modificaciones pueden implicar una afectación a la competencia realizada para la adjudicación.

Por tanto, resulta de interés comentar el régimen existente en Latinoamérica respecto de las posibles modificaciones en los contratos de APP, tanto aquellas que pueden afectar el elemento subjetivo del contrato (el contratista) como al elemento objetivo del contrato (las prestaciones y plazo), requiriendo la configuración de unos supuestos de hecho que es necesario explicar.

Asimismo, y en línea con lo que hemos mencionado anteriormente, una de las típicas prerrogativas de la contratación administrativa es la posibilidad de terminar la relación contractual por interés público, lo que generalmente implica un pago a cargo de la entidad contratante. Se trata de un supuesto en donde no hay un incumplimiento de ninguna de las partes, pero razones de interés público llevan a la Administración a resolver el contrato. En la medida en que el plazo del contrato resulta de especial interés en los contratos de APP, resulta de vital importancia conocer si esta prerrogativa ha sido reconocida en los diferentes ordenamientos y, de ser el caso, cuáles son los límites aplicables.



Perú

La modificación de los contratos de APP en el derecho peruano y su posible terminación unilateral

En el caso peruano, existen dos regulaciones diferentes. Por un lado, la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, regula los contratos de procura, mediante los cuales la Administración pública adquiere bienes, servicios o encarga la ejecución de obras. Por otro lado, el Decreto Legislativo 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante APP y proyectos en activos y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 240-2018-EF, regulan los contratos de APP.

Esta distinción es relevante porque no aplican las mismas reglas y límites en ambos casos: mientras que la primera admite la modificación unilateral con unos límites porcentuales muy estrictos y restringe los cambios subjetivos, la segunda únicamente contempla la modificación bilateral, sin las mismas restricciones para la sustitución del concesionario (o su socio o inversionista estratégico). Además, solo esta última alude expresamente a la terminación unilateral por interés general.

La modificación de los contratos de APP

En primer lugar, es importante anotar que en cuanto a cambios que puedan darse en el elemento subjetivo de los contratos, la normativa no contempla regulación alguna. Sin embargo, se trata de un aspecto generalmente muy desarrollado en los contratos en particular. Por un lado, es preciso recordar que normalmente el concesionario es una SPV, constituida específicamente para celebrar y ejecutar el contrato. Por tanto, lo que generalmente se limita es la transferencia de la participación accionaria en la SPV, durante un periodo de tiempo que varía de contrato en contrato. Esta limitación puede ser absoluta (de modo que no se permite la sustitución) o requerir la autorización o aprobación del concedente, el cual verifica que el nuevo titular cumpla con las condiciones

exigidas por el contrato. Finalmente, es necesario indicar que estas limitaciones suelen estar especialmente previstas para la participación del socio o inversionista estratégico del proyecto.

Ahora bien, en cuanto a los cambios que pueden darse en el elemento objetivo, a diferencia de lo que ocurre en la Ley 30225, la legislación de APP no establece limitaciones rígidas para la modificación contractual, la cual se produce necesariamente como consecuencia de un acuerdo entre las partes, no pudiendo ser resultado de un mandato de la Administración. Tómese en cuenta que la Constitución peruana establece la santidad del contrato, que no puede ser modificado unilateralmente por la Administración. Además, los concesionarios suelen suscribir convenios de seguridades y garantías con las entidades, que excluyen la posibilidad de que se ejerzan potestades, como el *ius o potestas variandi*.

En relación con este punto, resulta de interés lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 359/2020 de 25 de agosto de 2020, recaída en el Expediente 0006-2020-PI/TC, referida a la Ley 31018, que suspendió el cobro de peajes en la red vial nacional, indicando además que esta medida no causaría ni generaría ningún derecho compensatorio. Según el Tribunal Constitucional, esta norma implicaría una modificación de los términos de los contratos de concesión, que además tendrían la condición de contratos-ley, lo que vulneraría doblemente lo dispuesto por la Constitución.

En relación con las modificaciones pactadas entre las partes, se establecen como límites generales el equilibrio económico del contrato y las condiciones de competencia del proceso de adjudicación inicial. Al respecto, el Reglamento del Decreto Legislativo 1362 concreta estas restricciones, y establece que al modificar el contrato se debe procurar no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto. Además, si la eventual modificación propuesta desvirtuara el objeto del proyecto original o involucrara un monto adicional que supere el quince por ciento



Perú

(15%) del costo total del proyecto, la entidad pública titular de éste debe evaluar la posibilidad y conveniencia de realizar un nuevo proceso de selección, como alternativa a negociar una modificación al contrato de APP.

En función del contenido de los cambios (si, por ejemplo, afectan al financiamiento o las garantías), se requiere una opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, sin la cual dichos acuerdos son nulos de pleno derecho. Además, participan en la evaluación de la adenda, en función de sus competencias, la entidad concedente, la Contraloría General de la República y el regulador correspondiente, de existir.

La normativa peruana no contiene ninguna referencia a la teoría de la imprevisión como fundamento para las modificaciones contractuales. Únicamente menciona la fuerza mayor, cuyas consecuencias se prevén contractualmente y pueden justificar la ampliación del plazo contractual, y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuando éste se vea significativamente afectado (en un porcentaje que se establece en cada caso) por un cambio legal.

Además de las limitaciones materiales a los cambios en los contratos de APP, la normativa establece también una importante limitación temporal, pues se establece que durante los primeros tres años, contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate de (i) la corrección de errores materiales; (ii) hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto; (iii) la precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato; y (iv) el restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del contrato suscrito.

Con relación a las prórrogas o ampliaciones de plazo, estas normalmente están permitidas por los contratos de concesión, sin que se pueda

exceder el plazo máximo de 60 años previsto en la normativa. Es posible que se produzcan debido a incumplimientos del concedente o razones de fuerza mayor, caso en el cual deberá aplicarse lo dispuesto en el contrato. Además, podría también plantearse la opción de ampliar el plazo del contrato, lo que habitualmente también se regula en su clausulado. Es habitual también que esta extensión no opere automáticamente ni tampoco a solo requerimiento del concesionario, sino que esté supeditada a una nueva evaluación a cargo de la entidad concedente.

Al respecto, el Reglamento del Decreto Legislativo 1362 establece que, para efectos de otorgar una ampliación del plazo contractual, la entidad pública debe considerar “cualquier cambio en las condiciones materiales, tecnológicas y económicas, bajo las cuales se lleva a cabo la prestación de los servicios”, a fin de determinar si resulta pertinente: (i) el otorgamiento del plazo adicional, o (ii) en su caso, la convocatoria a un nuevo procedimiento de selección, considerando los principios de valor por dinero y competencia, así como otras condiciones previstas en los contratos respectivos o normas sectoriales que resulten aplicables.

Al igual que en los contratos regulados en la Ley 30225, en tiempos recientes el evento que ha puesto sobre el tapete la necesidad de introducir cambios en los contratos ha sido la pandemia del COVID-19 y las normas dictadas para enfrentarlas. Como hemos indicado [en otro artículo](#), el Ministerio de Economía y Finanzas indicó que las medidas dictadas para enfrentar la pandemia no constituían un supuesto de fuerza mayor, sino que podrían justificar la aplicación de las cláusulas de equilibrio económico por cambios normativos.

Más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse a dicha interpretación, ésta dejaría la solución a las consecuencias derivadas de la pandemia a la negociación en cada caso concreto, siguiendo unas pautas generales establecidas por el mismo Ministerio de Economía y Finanzas, que remiten a la



Perú

aplicación de las cláusulas contractuales en primer lugar, correspondiendo acudir a la aprobación de una adenda conforme a la normativa general si estas no fueran suficientes.

La terminación unilateral de los contratos de APP

Inicialmente, la normativa sobre contratos de APP no contemplaba la terminación unilateral por razones de interés público. Sin embargo, contractualmente se preveía la figura del “rescate” de la concesión, la cual se aplicaba según lo establecido en cada contrato. Por tanto, una eventual terminación unilateral se entendía como una ejecución del contrato y no como el ejercicio de una potestad. Sin embargo, más adelante, se reguló como un supuesto de terminación del contrato la resolución por parte del Estado por razones de interés público. Esta regla fue primero introducida por el Decreto Supremo 410-2015-EF, que reglamentó el Decreto Legislativo 1224; y en la actualidad se encuentra en el Decreto Supremo 240-2018-EF, que reglamenta el Decreto Legislativo 1362.

Sin embargo, el hecho de que esta posibilidad esté ahora contemplada en una norma no implica que no siga regulándose la forma en que se ejerce en los contratos de concesión. Al respecto, los lineamientos para el diseño de contratos de APP establecen que se puede resolver el contrato por razones de interés general, debidamente fundadas, las cuales deben ser individualizadas, justificadas y desarrolladas en una comunicación oficial, dirigida al concesionario y a los acreedores permitidos. Además, establece que la indemnización a pagar en este caso no deberá exceder el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, además del pago del valor contable de los archivos. En la actualidad, esta regla – que resulta ciertamente cuestionable – no se encuentra incorporada a los contratos de concesión suscritos con anterioridad, que permiten mayores pagos.

En la práctica, la figura de la terminación del contrato por razones de interés público fue poco utilizada en el derecho peruano, al menos hasta tiempos recientes. Así, se empleó para justificar la terminación del contrato de concesión de Conviaa Callao, la cual lo cuestionó en un arbitraje de inversiones. Es interesante señalar que, en ese caso, el tribunal entendió que se trataba de una resolución en virtud del contrato, por lo que debía ser discutida conforme a las reglas contractuales y no utilizando un mecanismo de protección de inversiones.

Mucho tiempo después, se acudió nuevamente a esta causa de terminación en el caso de la concesión del aeropuerto de Chinchero, el cual resulta interesante porque se encuentra actualmente controvertido, discutiéndose si se cumplieron las reglas contractuales, pues de no ser el caso, no aplicarían las limitaciones para la indemnización que se prevén. Luego, se utilizó esta figura para ponerle fin al contrato de la red dorsal de fibra óptica con Azteca. Finalmente, el último caso de terminación de un contrato de concesión por alegadas razones de interés general ha sido el de la concesión de Rutas de Lima, otorgada por la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Como colofón, es importante señalar que, en el caso peruano, los contratos de concesión normalmente tienen cláusulas arbitrales, que permiten resolver las controversias surgidas en su ejecución, incluyendo las derivadas de la resolución. En estos casos, es posible que dicha cláusula remita el arbitraje al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Además, para controversias no contractuales, el Perú ha suscrito distintos tratados de protección de inversiones, que permiten llevar a CIADI las decisiones públicas que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Por tanto, estas decisiones de terminación unilateral terminarán sometidas, de un modo u otro, a arbitraje.



Colombia

La modificación de los contratos de APP en el derecho colombiano y su posible terminación unilateral

El régimen de APP en Colombia se encuentra consagrado en la Ley 1508 de 2012 y, en lo no regulado en esta ley, se encuentra sujeto a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, previsto en la Ley 80 de 1993. Así, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2 de la mencionada Ley 1508, el marco normativo de las APP le es aplicable a los contratos de concesión consagrados en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80, siendo estos aquellos en los que se otorga al concesionario “la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público.”

Como contrato estatal a largo plazo el contratista tiene el derecho, como en otras jurisdicciones, a que el equilibrio económico del contrato le sea restituido, frente a eventos imprevistos y no imputables, que puedan cambiar las condiciones presentes al momento de la suscripción del contrato correspondiente. Si bien es un derecho del contratista, obtener su reconocimiento se hace cada vez más complejo, al exigirse en no pocos casos, un daño de tal magnitud que no puede reducirse a la pérdida del contratista.

Si bien resulta posible y es común que un contrato de esta naturaleza sea objeto de modificación por mutuo acuerdo, para lo que se suscribe un modificatorio mediante el cual no pueden cambiarse las condiciones esenciales del negocio jurídico, lo cierto es que la Administración, frente a ciertas situaciones, puede interpretar, modificar y hasta terminar de forma unilateral el vínculo contractual.

En efecto, la Ley 80 consagra una serie de facultades excepcionales a cargo de la Administración que, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 14, podrán ser ejercidas para evitar “la paralización o la afectación grave de

los servicios públicos, así como asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación”. Dentro de estas facultades se encuentran la modificación y la terminación unilateral del contrato de APP, las cuales, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 1508, se entienden incorporadas a los contratos APP, así no sean pactadas expresamente en el texto contractual.

La modificación de los contratos de APP

Antes de revisar la facultad excepcional de modificación unilateral en los contratos APP, es del caso indicar que las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden pactar modificaciones al referido contrato para garantizar el cumplimiento del objeto, debiendo, en algunos casos, considerar ciertas limitaciones contenidas en la normatividad aplicable.

En esa medida, si lo que se pretende es una modificación de elementos que no impliquen obra adicional, pueden pactarse procurando no alterar el esquema de riesgos acordado, existiendo límites en caso de que lo que se pretenda sea adicionar el respectivo contrato de APP. En conjunto con lo anterior, las modificaciones que se introduzcan por acuerdo entre las partes deberán salvaguardar el equilibrio económico propio del contrato y los principios que orientan la contratación estatal.

Ahora bien, si de lo que se trata es de una modificación o interpretación unilateral en ejercicio de facultades excepcionales, debe para el efecto, agotarse ciertos requisitos previstos en la Ley 80 de 1993. La facultad de modificación se encuentra consagrada en el artículo 16 de la mencionada ley y contempla, además de un sustento para evitar la paralización o afectación grave del servicio, un paso previo de intento de acuerdo en las variaciones a introducir, que podrán consistir en la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. En caso de no lograrse acuerdo entre la entidad contratante y el contratista, la entidad, de considerar necesaria la modificación, tendrá que hacerlo mediante un acto administrativo debidamente



Colombia

motivado, en el cual se indique de manera precisa los fundamentos de hecho y de derecho que permiten configurar los supuestos que habilitan a la entidad para realizar la modificación unilateral de las condiciones contractuales.

Ahora bien, considerando que el ejercicio de la facultad de modificación unilateral podrá generar afectaciones sobre el contrato APP, el referido artículo dispone que, en caso de que el valor se modifique en un veinte por ciento (20%) o más, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato. En este caso, la entidad estatal estará encargada de tomar las medidas que sean necesarias para garantizar que el objeto del contrato se lleve a cabo y, especialmente, que no se comprometa la continuidad en la prestación del servicio público.

Es del caso referir que resulta posible igualmente cambiar las condiciones contractuales sin necesariamente ajustar el texto contractual a través de una modificación unilateral, como por ejemplo, mediante la adopción de medidas de política que puedan llegar a variar los acuerdos válidamente celebrados. Es el caso de decisiones que puedan crear tarifas diferenciales, o que prohíban ajustes pactados contractualmente, caso en el cual deberán activarse mecanismos de compensación, para evitar afectaciones por la variación de lo válidamente acordado.

La terminación unilateral de los contratos de APP

Además de la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos, otra de las facultades excepcionales con las que cuenta la entidad estatal, cuando se presenten circunstancias que amenazan con la paralización o afectación grave del servicio, es la terminación unilateral.

Esta facultad se encuentra regulada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y deberá ejercerse mediante acto administrativo motivado. En conjunto con los requisitos generales para el ejercicio de las facultades excepcionales, la

terminación unilateral solo será procedente “(i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, (ii) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista, (iii) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista, o (iv) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.” Sin perjuicio de lo anterior, el referido artículo establece que en los casos (ii) y (iii) el contrato podrá ser ejecutado por el garante de este, no siendo necesario en ese caso, proceder con la terminación unilateral referida.

Al ejercerse la facultad de terminación unilateral, toda vez que esta obedecerá a causas involuntarias y ajenas al contratista, se procederá con la liquidación del contrato, se ordenará el pago de las compensaciones e indemnizaciones a las que haya lugar, y se deberán tomar las medidas necesarias para evitar la paralización de la prestación del servicio objeto del respectivo proyecto. Sin embargo, es necesario destacar que, de acuerdo con el Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 2012, antes de hacer ejercicio de la facultad de terminación unilateral, aun cuando se configuren las causales requeridas, la entidad estatal tendrá la obligación de buscar la mejor alternativa de solución que permita la satisfacción y garantía del interés general.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual fue modificado por el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 y declarado exequible por medio de la sentencia C-207 de 2019 de la Corte Constitucional, en los contratos de APP se deberá incluir una cláusula que permita determinar, mediante una fórmula, las prestaciones recíprocas a las que pueda haber lugar con ocasión de la terminación anticipada de un contrato de APP. Dentro de los valores que pueden llegar a ser reconocidos se encuentran los costos, inversiones y gastos ejecutados por el contratista para la satisfacción



[Volver al mapa](#)

Colombia

del interés público. Adicionalmente, para que estos puedan ser reconocidos, deberán estar relacionados con el objeto del contrato, corresponder a precios o condiciones propios del mercado al momento de su causación, y no podrán corresponder a costos o penalidades que terceros hayan impuesto al contratista con ocasión de la terminación anticipada. Por su parte, en los casos en los cuales el contrato se haya terminado de manera anticipada con ocasión de actos ilícitos, los reconocimientos podrán ser recibidos por los inversionistas, prestamistas y terceros de buena fe.

Finalmente, es del caso mencionar, como otro mecanismo de terminación unilateral, la denominada caducidad, que tiene por objeto

terminar de manera anticipada el contrato, pero con ocasión del incumplimiento grave del contratista, lo que amenaza la paralización del servicio público. Dicha alternativa está regulada en el artículo 18 de la Ley 80. En caso de presentarse tal situación, la entidad estatal podrá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará la liquidación respectiva. Adicionalmente, a diferencia de cuando el contrato se da por terminado por medio de la facultad excepcional previamente señalada, al terminarse por incumplimiento del contratista, no habrá lugar a indemnización alguna para el contratista, y a este se le impondrán las sanciones e inhabilidades a que haya lugar.



Chile

La modificación de los contratos de APP en el derecho chileno y su posible terminación unilateral

Para el caso de Chile, las principales regulaciones recaen en compras públicas y en APP (que en nuestro medio se arropan prácticamente todas como “concesiones de obras públicas”).

Los contratos de suministro y de prestación de servicios (compras públicas) regulados por la Ley 19886 de 2003, pueden ser modificados o terminados anticipadamente en los términos que establece el artículo 13 de la ley y artículo 77 de su reglamento (Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda 250 de 2004). Las causales que los permiten son: a) la resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes, b) el incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por los contratantes, c) el estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato, d) el interés público o la seguridad nacional, e) registrar el concesionario saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus trabajadores, y f) otras causales que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Las regulaciones de detalle no se contienen en cuerpos legales ni reglamentarios, sino que ellos deben ser dispuestos en las respectivas bases de licitación y contrato.

Tratándose de APP, los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto Supremo MOP 900, de 1996) y 69 de su reglamento (Decreto Supremo MOP 956, de 1997) disponen acerca de la modificación de las obras y servicios contratados. Por su parte, los artículos 27, 28 y 28 ter de la Ley de Concesiones regulan la terminación de las APP.

La modificación de los contratos de APP

Los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones permiten modificar las características de las obras y servicios contratados con el objetivo de incrementar los niveles de servicio y estándares

técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público. No está permitido a las partes introducir otras modificaciones en el contrato, en materias distintas a las recién señaladas, que no se contemplen en las bases de licitación y contrato respectivo. Así, por ejemplo, no es procedente una modificación que cambie alguno de los factores o parámetros del régimen económico de la APP, por una causal que no esté expresamente contemplada con anticipación.

El mecanismo establecido en el artículo 19 es el de uso más habitual. Allí se consagra el *ius variandi* a favor del Estado, de momento que, con su sola declaración expresada a través de un decreto supremo, queda obligado el concesionario a ejecutar las modificaciones que se le ordenan siempre que ellas no excedan el monto máximo establecido en las bases de licitación o, en su defecto, del 15% del presupuesto oficial de la obra. El artículo 69 N° 4 del reglamento complementa lo anterior porque permite a la Dirección General de Concesiones, con previo visto bueno de los ministros de Obras Públicas y de Hacienda, desde el momento que lo estime conveniente e invocando razones de urgencia, exigir del concesionario la ejecución de las obras y servicios adicionales, aun cuando esté pendiente la determinación de la indemnización. La determinación de esta indemnización y la forma y plazo de pago se acuerdan entre el director general de concesiones y el concesionario a través de un convenio ad-referéndum, que luego es aprobado por un decreto supremo del presidente de la República.

El artículo 20, por su parte, está reservado para los casos en que la modificación del contrato (obras y servicios contratados) se realiza por el común acuerdo de las partes. Se perfecciona con la firma de un “convenio complementario” que suscriben el director general de concesiones y el concesionario, y que se aprueba por decreto supremo del presidente de la República. Este mecanismo también se sujeta a un límite económico, ya que las modificaciones no pueden exceder del 25% del presupuesto de la obra.



Chile

La terminación unilateral de los contratos de APP

El artículo 27 de la Ley de Concesiones dispone las causales de terminación de los contratos de APP en general, a saber, el cumplimiento del plazo por el que se otorgó la APP, el mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y el concesionario, el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, y las que se estipulen en las bases de licitación.

Son interesantes de analizar la declaración de incumplimiento grave, así como la terminación unilateral por un cambio de circunstancias, regulada esta última por el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones.

El incumplimiento grave del concesionario solamente puede fundarse en alguna causal expresamente contenida en las bases de licitación. Provocada la causal, y declarado el incumplimiento por parte de la respectiva comisión arbitral, se designa un interventor con facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato. Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el MOP, previa aprobación del Ministerio de Hacienda determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste. El monto que se recaude en tal licitación será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio del derecho del acreedor prendario.

Si el MOP determinare no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, aquél deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago. El monto del pago será fijado por acuerdo entre el MOP y el concesionario, previa aprobación del Ministerio de Hacienda. A falta de acuerdo, la determinación del monto controvertido del pago será llevado a la recomendación del Panel Técnico de Concesiones que emitirá una recomendación. Si esta última no fuese acogida por las partes, el monto será fijado por la Comisión Arbitral.

Por otro lado, el presidente de la República puede disponer la terminación anticipada de la APP,

cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el 25% del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción.

El decreto supremo que declare el término anticipado señalará el plazo y condiciones en que el concesionario deberá hacer entrega de la obra al MOP. Como seguridad al concesionario, se dispone que tiene derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, excluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que se acuerde el pago. A ello se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado.

Para la determinación del valor futuro de las inversiones realizadas se considerará como tasa de descuento, la tasa de costo de capital ponderado relevante para el negocio de acuerdo con los criterios definidos al efecto en las bases de licitación. Para la determinación del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado se utilizará la tasa de descuento ajustada, de tal forma que considere el riesgo en los flujos futuros inherentes a la concesión y su distribución en el tiempo. El procedimiento por aplicar y la correspondiente fórmula de cálculo se establecerán en las bases de licitación.

El monto de la indemnización será fijado por acuerdo. A falta de acuerdo, total o parcial, sobre el monto de la indemnización o de cualquiera de sus factores de cálculo, la controversia será llevada a la recomendación del Panel Técnico de Concesiones. Si la recomendación de este último no fuese acogida por las partes, la controversia será resuelta por la Comisión Arbitral.



México

La modificación de los contratos de APP en el derecho mexicano y su posible terminación unilateral

En México, la contratación para la construcción y operación de infraestructura pública se sujeta a (i) las disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, a nivel federal, así como leyes análogas a nivel estatal; (ii) a los lineamientos de contratación de las empresas productivas del Estado y la legislación de APP aplicable, Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP), para proyectos contratados con entidades federales o realizados con recursos federales; o (iii) a la legislación aplicable de cada estado para proyectos celebrados con entidades estatales o municipales que no involucren recursos federales. Asimismo, la explotación de infraestructura para la prestación de servicios públicos (i.e., caminos, aeropuertos, puertos, ferrocarriles, etc.) se encuentra regulada en leyes especiales a la materia que corresponda.

Al igual que en otras jurisdicciones de Latinoamérica, la distinción entre las disposiciones aplicables es relevante, por ejemplo, para determinar los supuestos en que procede o no la modificación de un contrato para lograr el reequilibrio económico del proyecto. Mientras que bajo la legislación de obras públicas, como regla general, los contratos a precio alzado sólo pueden ser modificados en caso de que se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido consideradas en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente, bajo la legislación de APP, como regla general, el desarrollador tendrá derecho a la revisión del contrato cuando, derivado de un acto administrativo, legislativo o jurisdiccional, de autoridad competente, aumente sustancialmente el costo de ejecución del proyecto o se reduzcan, también sustancialmente, los beneficios a su favor. Por otra parte, para el caso de concesiones carreteras, los títulos de concesión suelen incorporar supuestos acotados en los que procedería la modificación de las condiciones del

título de concesión para restablecer el equilibrio económico, como en los casos de cambio de ley, actos de autoridades gubernamentales o caso fortuito y fuerza mayor.

Lo anterior muestra la diferencia en la distribución de riesgos en cada esquema. Conforme a la literalidad de la norma, en los proyectos bajo la legislación de APP los supuestos de ajuste contractual con base en un reequilibrio económico son más acotados que en el caso de los proyectos bajo la legislación de obras públicas. Esto obedece a que en el esquema de APP el desarrollador del proyecto asume mayormente los riesgos de operación, prestación de los servicios y, en su caso, de construcción de la infraestructura y financiamiento del proyecto, salvo por cualquier incremento derivado de un acto administrativo, legislativo o jurisdiccional, de autoridad competente.

La modificación de los contratos de APP

Respecto de los cambios en el elemento subjetivo, al igual que en otras jurisdicciones de Latinoamérica, la LAPP no contempla regulación alguna. Sin embargo, para dar certeza a la entidad contratante de la capacidad técnica y financiera de la empresa o consorcio contratado, generalmente se establecen limitantes en los contratos para prohibir el cambio de control en cierto periodo de tiempo y permitir el cambio de control a partir de dicho periodo sólo mediante autorización por parte de la entidad contratante y una vez que esta pueda comprobar que la capacidad técnica y financiera de la nueva empresa es equiparable a la de la empresa que ganó el contrato.

Por otro lado, respecto de la modificaciones en los elementos objetivos, el artículo 117 de la Ley APP especifica las modificaciones permitidas que se pueden realizar a un contrato de APP: (i) mejoras a las características de infraestructura que podrían incluir obras adicionales, (ii) incremento de los servicios o su nivel de desempeño, (iii) atención a aspectos relacionados con la protección del medio ambiente, así como



México

la preservación y conservación de los recursos naturales; (iv) ajustes en el alcance de los proyectos por causas no previsibles al realizarse la preparación y adjudicación del proyecto; y (v) restablecimiento del equilibrio económico del proyecto derivado de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales que aumenten sustancialmente el costo de ejecución o reduzcan sustancialmente los beneficios a favor del contratista privado. Estas modificaciones deberán constar en el convenio modificatorio respectivo, así como en las correspondientes autorizaciones para el desarrollo del proyecto. Salvo para modificaciones relacionadas con la atención a aspectos ambientales y el restablecimiento económico del proyecto por actos gubernamentales, las modificaciones que impliquen compensación adicional o disminución de obligaciones para los contratistas privados se deberán acompañar de dictámenes de expertos independientes.

Adicionalmente, durante los dos primeros años siguientes a la adjudicación del proyecto, el importe de las modificaciones no podrá exceder el 20% del costo pactado de la infraestructura ni el valor de la contraprestación por los servicios durante el primer año de su prestación.

La terminación unilateral de los contratos de APP

Una de las facultades excepcionales con las que cuenta la entidad contratante es la terminación del contrato APP, ya sea mediante la terminación anticipada o rescisión administrativa de conformidad con la legislación federal. El reglamento de la Ley APP define la “rescisión” como la finalización de un contrato APP por incumplimiento de una de las partes, mientras que la “terminación anticipada” se entiende como la finalización de un contrato APP por motivos convenidos en dicho contrato y distintos al incumplimiento de alguna de las partes.

La rescisión administrativa se encuentra regulada en el artículo 122 de LAPP que contempla las siguientes causales, además de las previstas en cada contrato APP: (i) cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra, (ii) no prestación de los servicios contratados, su prestación en términos distintos a los pactados, o la suspensión de éstos por más de siete días naturales seguidos sin causa justificada; y (iii) por revocación de autorizaciones cuando el proyecto las requiera. Los incumplimientos que deriven en una rescisión administrativa se sujetarán además a lo dispuesto en el contrato APP y en caso de desacuerdo entre las partes, al mecanismo de solución de controversias convenido o a la jurisdicción de tribunales federales.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 123 del reglamento de la LAPP, la dependencia o entidad federal contratante cuenta con la facultad para dar por terminado el contrato de manera unilateral y anticipada “cuando concurren razones de interés general o cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado”. La terminación anticipada unilateral deberá sustentarse mediante dictamen de la dependencia o entidad contratante que precise las razones y causas justificadas que le den origen.

Cuando la causa de la terminación anticipada sea ajena al contratista, éste tendrá derecho a recibir el reembolso de gastos e inversiones que demuestre haber realizado, no recuperables, pendientes de amortización. El reembolso se limitará además a los gastos e inversiones indispensables, directamente relacionados con el proyecto APP y dentro de mercado.



[Volver al mapa](#)

Contacto

Perú



Victor Baca
Of counsel
victor.baca@garrigues.com

[Ver perfil completo](#)

Colombia



Jose Miguel de la Calle
Socio
jose.miguel.delacalle@garrigues.com

[Ver perfil completo](#)



Adriana Espinosa
Socia
adriana.espinosa@garrigues.com

[Ver perfil completo](#)

Chile



Claudio Moraga
Of counsel
claudio.moraga@garrigues.com

[Ver perfil completo](#)

México



David Jimenez
Socio
david.jimenez.romero@garrigues.com

[Ver perfil completo](#)

GARRIGUES

garrigues.com

J&A Garrigues, S.L.P. Reg. Merc. Madrid: Tomo 17.456, Folio 186, Sección 8ª, Hoja M-190538. NIF: B81709081
Hermosilla, 3 – 28001 Madrid, España. +34 91 514 52 00, info@garrigues.com