

MARCO JURIDICO PARA EL FINANCIAMIENTO DE INVERSIONES EN INFRAESTRUCTURA

Carmen Paz Alvarado Meléndez.

Sebastián Ignacio Quijada F

PROFESOR GUIA: DR. ROBERTO MAYORGA LORCA

La presente Memoria de Prueba se presenta a efectos de dar cumplimiento a los requisitos para la obtención del Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Santiago, Abril 2005.

ABSTRACT .	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPÍTULO PRIMERO. NECESIDAD DEL ESTADO DE PROVEER INFRAESTRUCTURA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL PAÍS .	7
1.1. Bien común como una finalidad del Estado .	7
1.2. El Orden Público Económico .	8
1.3. La Infraestructura y el Desarrollo Social . .	9
1.4. Programa de Concesiones de Infraestructura .	10
1.5. La Contratación Administrativa .	11
CAPÍTULO SEGUNDO INCORPORACIÓN DE CAPITALS PRIVADOS AL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO- PRIVADA .	13
2.1. Reseña histórica .	13
2.2. Incorporación de Capitales Privados a la Provisión de Infraestructura, ventajas y desventajas del Sistema . .	17
CAPÍTULO TERCERO LA CONCESIÓN COMO UN MECANISMO DE INCORPORACIÓN DE CAPITALS PRIVADOS .	31
3.1. Introducción .	31
3.2. La Gestión Indirecta de Servicios. La Concesión. Ideas Generales . .	32
3.3. Naturaleza Jurídica de las Concesiones .	34
3.3.1. Doctrina Contractualista o Clásica .	34
3.3.2. Doctrina Unilateralista o de la Concesión como Acto de Poder Público .	35
3.3.3. Doctrina del Acto Mixto o de Doble Configuración Jurídica . .	36
3.4. Características Generales de la Concesión .	36
3.5. Clasificación de las Concesiones .	38
3.5.1. Clasificación según el Origen de los Derechos del Concesionario .	38
3.5.2. Clasificación según el Contenido de la Concesión .	39
3.6. Eficacia Contractual de los Contratos Administrativos . .	40
3.7. De la Interpretación de los Contratos Administrativos en General y de la Concesión en Particular . .	43

3.8. Relación del Contrato de Concesión con Otras Figuras Jurídicas . .	45
3.9. Causales Generales de la Extinción de las Concesiones .	46
3.10. La Concesión de Obra Pública . .	47
3.10.1. Desarrollo Histórico de las Concesiones de Obras Públicas .	48
3.10.2. Naturaleza Jurídica del Contrato de Concesión de Obra Pública . .	49
3.10.3. Características Específicas de la Concesión de Obra Pública . .	50
3.10.4. Obligaciones que Contrae el Concesionario de una Obra Pública . .	52
3.10.5. Cesión de la Concesión de Obra Pública .	53
CAPÍTULO CUARTO LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS. ANÁLISIS DEL MARCO REGULATORIO ESTABLECIDO EN LA LEY DE CONCESIONES .	55
4.1. Introducción. Marco Legal Regulatorio .	55
4.2. Procedimiento Licitatorio en los Contratos de Concesión .	58
4.2.1. Introducción al Procedimiento Licitatorio. Principios Generales . .	58
4.2.2. Iniciativa del Contrato. Iniciativas de Privados .	60
4.3. Etapa Precontractual de la Licitación .	63
4.4. La Precalificación . .	64
4.4.1. Precalificación de licitantes en el proceso de concesión .	64
4.4.2. Precalificación Nacional o Internacional . .	65
4.4.3. El Ministerio de Obras Públicas y la Precalificación .	65
4.4.4. Las Bases de Precalificación .	66
4.5. La Licitación de la Concesión . .	67
4.5.1. El Prospecto de Inversión .	67
4.5.2. Las Bases de Licitación .	68
4.5.2.3. Contenido de las Bases de Licitación .	70
4.5.2.4. Consultas y Aclaraciones .	71
4.5.3. Llamado a Licitación . .	71
4.6. Los Licitantes . .	72
4.7. La Oferta .	74
4.7.1. Concepto y Requisitos .	74

4.7.2. Confección de la Oferta .	76
4.7.3. Presentación de las Ofertas .	77
4.7.4. Recepción de las Ofertas .	77
4.7.5. Apertura de las Ofertas . .	78
4.7.6. Evaluación de las Ofertas Técnicas . .	78
4.7.7. Aclaraciones, Rectificaciones y Complemento de Antecedentes .	78
4.7.8. Validez de la Oferta .	79
4.7.9. Apertura de las Ofertas Económicas . .	79
4.8. Adjudicación del Contrato de Concesión .	79
4.9. Suscripción y Protocolización del Contrato de Concesión . .	82
4.10. Relaciones entre el MOP, el Concesionario y los Particulares. Derechos y Deberes de las Partes y Terceros. . .	83
4.10.1. Introducción . .	83
4.10.2. Prerrogativas que se reserva el MOP como ente Mandante .	83
4.10.3 Derechos que se le confieren a los Particulares Contratantes .	93
4.10.3.3. Derecho al Aseguramiento de la Gestión . .	97
4.11. Resolución de las Controversias que surjan en el Contrato de Concesión de Obra Pública. . .	98
4.11.1. Introducción . .	99
4.11.2. Composición de la Comisión Conciliadora . .	100
4.11.3. Facultades de la Comisión Conciliadora . .	102
4.11.4. Constitución de la Comisión Conciliadora en Comisión Arbitral . .	104
4.11.5. Facultad de la Comisión Conciliadora de resolver como Árbitro Arbitrador . .	105
4.11.6. Jurisprudencia de la Comisión Arbitral . .	110
4.11.6.2. Sentencia de la Comisión Arbitral Concesión Aeropuerto Arturo Merino Benítez .	112
CAPITULO QUINTO MARCO JURÍDICO- FINANCIERO QUE HA PERMITIDO LA INCORPORACIÓN DE CAPITALES PRIVADOS EN LA FINANCIACIÓN DE INVERSIONES EN INFRAESTRUCTURA .	113
5.1. Introducción .	113
5.2. El concepto de <i>Project Finance</i> y su importancia como vehículo para el	114

financiamiento de Proyectos de Inversión en Infraestructura Pública . . .	
5.2.1. Concepto . . .	114
5.2.2. Condiciones para el éxito del Financiamiento de Proyectos . . .	116
5. 3. La Sociedad que recibe los Recursos. La Sociedad Concesionaria . . .	118
5.4. Financiamiento de Inversiones en Proyectos de Infraestructura a través de la Ley de Concesiones de Obras Públicas . . .	119
5.4.1. Situación Particular del Financista de un Proyecto de Inversión de infraestructura ¹⁴⁸ . . .	119
5.4.2. Normas especiales que establece la Ley de Concesiones y otros Cuerpos Legales para otorgar mayor libertad y atribuciones a los Financistas de Obras Públicas ¹⁴⁹ . . .	121
5.4.3. Régimen Legal que rige las relaciones contractuales entre la Sociedad Concesionaria y la Entidad Financista . . .	123
5.5. Instrumentos para el financiamiento de las Inversiones en Obras de Infraestructura en Chile . . .	123
5.5.1. Financiamiento Bancario de Inversiones en Concesiones de Infraestructura . . .	124
5.5.2. Financiamiento de Inversiones en Concesiones de Infraestructura de largo plazo mediante la Emisión de Títulos de Deuda . . .	128
5.6. Garantías para el financiamiento de Inversiones en Concesiones de Obras Públicas . . .	134
5.6.1. Introducción . . .	134
5.6.2. Garantías otorgadas por la Sociedad Concesionaria . . .	135
5.6.3. Garantías constituidas por los Accionistas de la Sociedad Concesionaria . . .	139
5.6.4. Garantías otorgadas por el Estado . . .	141
5.6.5. Garantías otorgadas por Aseguradoras Internacionales a los Bonos emitidos por la Sociedad Concesionaria para el financiamiento de Inversiones en Concesiones de Infraestructura . . .	153
CONCLUSIONES . . .	161
ALGUNAS PROPUESTAS FUTURAS . . .	161
BIBLIOGRAFÍA . . .	169

¹⁴⁸ *Credits Agreements and Collateral Agreements in International Infrastructure Projects. E. Waide Warner Jr, Emily Altman.*

¹⁴⁹ Rufián Lizana, Dolores. "Manual de Concesiones de Obras Públicas". Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999.

AUTORES y DOCUMENTOS CONSULTADOS . .	169
LEYES CONSULTADAS . .	173
Códigos de la República .	174
Leyes . .	174
Decretos Leyes (DL) .	174
Decretos con Fuerza de Ley (DFL) .	174
Reglamentos .	175
Otras Normas .	175
PAGINAS WEB VISITADAS . .	175

ABSTRACT

El desarrollo de infraestructura siempre ha sido considerado una piedra angular en el desarrollo y crecimiento económico de un país. Chile para suplir una enorme carencia de infraestructura que experimentaba a comienzos de los años noventa, la cual podría haberse constituido en una barrera para el crecimiento económico, adoptó la decisión de incorporar capitales privados a la provisión, financiación y operación de infraestructura. Para el cumplimiento de tal fin, se dictó la Ley de Concesiones de Obras Públicas cuyo texto original estaba contenido en el DFL 164, la cual ha cumplido dos grandes funciones, por un lado establece la regulación de un sector naturalmente monopólico y por la otra establece expresamente o permite implícitamente la celebración de una serie de transacciones y garantías que han hecho posible la materialización de estas inversiones. Así transcurrida más de una década de vigencia de la Ley de Concesiones, ésta se ha transformado en un interesante cuerpo legal que ha permitido la materialización de grandes inversiones en esta materia, no obstante su aplicación reciente y futura en otros sectores de la economía u otras áreas de la infraestructura.

INTRODUCCIÓN

Desde antaño el desarrollo de infraestructura ha sido asumido como un deber fundamental del Estado por primaria que haya sido su forma de organización, lo anterior obedece a la creencia que la infraestructura de un país constituye una plataforma básica para el desarrollo de cualquier otra actividad económica, y por lo tanto, para el desarrollo de la actividad económica del país, con los consiguientes beneficios que este crecimiento trae aparejado, en especial en los países en desarrollo.

En efecto, existen numerosos estudios de economistas e instituciones internacionales que han demostrado la relación existente entre el desarrollo de la infraestructura y el crecimiento económico, muchos de los cuales han servido de base para el desarrollo de ambiciosos proyectos de infraestructura, como fue el caso de nuestro país a comienzos de la década de los noventa.

Tomando como punto de partida la premisa antes indicada, la presente memoria de prueba comenzará analizando los diferentes aspectos relacionados con la obligación del Estado de proveer infraestructura ¹, entendiendo dicha obligación en el marco del

¹ Denominaremos genéricamente “Infraestructura” a proyectos de gran escala que prestan servicios básicos a una gran cantidad de usuarios, directa o indirectamente,. Dentro de esta categoría, la doctrina comúnmente incluye proyectos de generación y transmisión de energía, proyectos de comunicaciones; proyectos de carreteras y caminos; proyectos ferroviarios, etc. Asimismo en este último tiempo se han estado incorporando nuevos proyectos de infraestructura como recintos penitenciarios, colectores de aguas lluvias, embalses, con lo cual podemos concluir que el concepto de Infraestructura puede ser entendido en términos sumamente amplios.

concepto de las funciones económicas del Estado recibiendo amparo dicha obligación en diversas fuentes del derecho administrativo. Una vez analizado los motivos jurídicos por los cuales podríamos afirmar existe dicha obligación del Estado, analizaremos las formas por las cuales el Estado puede materializar su obligación de provisión de infraestructura, en especial veremos la forma en que el Estado, sin dejar de lado su obligación de provisión antedicha, ha incorporado paulatinamente a los agentes privados a la provisión de infraestructura.

En efecto, para los efectos de la presente investigación se efectuará una breve descripción del esquema de inversión basado en la incorporación de capitales privados al desarrollo, financiación y operación de proyectos de infraestructura. En el entendido que este esquema, basado en el modelo "*Project Finance*", constituye un mecanismo sumamente eficiente en la consecución de estos objetivos. Adicionalmente se analizarán las ventajas que presenta este modelo de Integración a través de los denominados contratos PPP (*Private Public Partnership*) o Contratos de Asociación Público Privada, desarrollando de manera pormenorizada el Contrato de Concesión como una forma de Contrato PPP.

En el caso de nuestro país, durante la década de los noventa se asumió el desafío de responder a las enormes necesidades de infraestructura que aquejaba a Chile por medio de la incorporación de capitales privados para la construcción², operación y financiación de grandes proyectos de infraestructura. Para la materialización de dicha iniciativa se dictó en el año 1993 el DFL 164 denominada Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuerpo legal que regula la forma de incorporación de capitales al desarrollo de la infraestructura en Chile por medio del otorgamiento por parte de la entidad pertinente, el Ministerio de Obras Públicas, de una Concesión de Obra Pública, la cual establece para el Concesionario ciertas obligaciones que deberá cumplir, principalmente relacionadas con la construcción y operación de obras de infraestructura dentro de un determinado plazo; y por la otra, derechos relacionados esencialmente con la posibilidad de percibir pagos por ya sea por parte de los usuarios de las obras o bien por el Estado, dichos pagos le permitirán al concesionario reeditar en el largo plazo y durante la vigencia de la concesión la inversión efectuada.

Entendiendo que la Ley de Concesiones de Obras Públicas constituyó un paso fundamental en el desarrollo del concepto de contratos de Asociación Público-Privada es que la presente investigación efectuará un análisis de la regulación legal establecida en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, marco general que regula la inversión, desarrollo y operación de las obras de infraestructura.

No obstante, por el solo hecho de conceder una Concesión de Obras Públicas de largo plazo, no se asegura la materialización efectiva en tiempo y forma del proyecto, por cuanto se requiere la incorporación de un nuevo actor que permitirá la concreción del proyecto, nos referimos a los financistas del proyecto, quienes aportarán los recursos

² Seminario Internacional "Las Concesiones de Obras Públicas: Una Nueva Opción de Inversión para el Sector Privado (1993. Santiago de Chile) Compendio de exposiciones : Seminario Internacional "Las Concesiones de Obras Públicas : una Nueva Opción de Inversión para el Sector Privado" [organizado por] Ministerio de Obras Públicas, Departamento de Concesiones, (realizado en Santiago de Chile, los días 12 y 13 de enero, 1993)

necesarios para la materialización de la inversión con la expectativa de que sus créditos sean solventados con los flujos futuros que el propio proyecto genere. Así será necesario analizar los mecanismos jurídicos financieros contemplados en la Ley de Concesiones y en sus sucesivas modificaciones que han permitido el ingreso de capitales para el desarrollo de estas obras, dándose un especial tratamiento al mecanismo de garantía establecido en la Ley de Concesiones, la prenda especial de obra pública. En este mismo sentido, dado que se trata de inversiones con altos niveles de capital en donde intervienen diversos agentes financieros tales como Bancos, AFPs, Compañías de Seguro, Sociedades Securitizadoras, etc, deberá considerarse la normativa de Bancos, Mercado de valores y especialmente el estatuto de Inversión Extranjera.

Finalmente la investigación presentará algunas conclusiones relativas a la forma en que se han materializado estas inversiones indicando las virtudes y defectos del sistema normativo, como asimismo esbozando lo que debería ser una aplicación de este tipo de normativa pro inversión a otras áreas de infraestructura distintas de las obras públicas y viales, como sería la infraestructura penitenciaria y hospitalaria.

CAPÍTULO PRIMERO. NECESIDAD DEL ESTADO DE PROVEER INFRAESTRUCTURA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DEL PAÍS

1.1. Bien común como una finalidad del Estado

El concepto constitucional de bien común, alude al “conjunto de condiciones sociales que permita a cada uno de los integrantes de la comunidad su plena realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece”³, es decir, se impone al Estado en general y a la Administración en particular, la necesidad de conducir su organización, actividad y esfuerzos de acuerdo a esta

³ Inciso cuarto, artículo 4°, Constitución Política de la República: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permita a cada uno de los integrantes de la comunidad su plena realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece”.

dirección.⁴

Todos los actos de autoridad deben estar presididos y determinados por el concepto superior de bien común, ya que éste constituye la verdadera razón de ser gobernante, llamado a lograr el bienestar espiritual y material del pueblo. En consecuencia, el Estado ¿de qué forma cumple con esta finalidad del bien común? ¿Podríamos decir que el sistema de concesiones es una de las maneras en que el Estado cumple con su objetivo?.

Dentro de lo anterior, debemos comprender la tarea de elaboración de planes, programas y políticas públicas de carácter territorial y sectorial que aseguren el progreso social, económico y cultural del país. Pero esta tarea no pertenece tan sólo al Estado, entendido como el poder ejecutivo o la Administración, ya que de acuerdo al texto y espíritu del constituyente, corresponde a todos los integrantes de la comunidad nacional, es decir, cualquier persona natural o grupo intermedio debe procurar encaminar su actividad hacia la búsqueda del bien común.

En este sentido, resulta importante establecer de qué manera cada uno de los individuos pertenecientes a nuestra sociedad se ve beneficiado mediante la implementación de estas políticas, planes y programas. Es decir, ¿la celebración de un contrato de concesión de obra pública entre el Estado Administrador y el ente concesionario beneficia o no a los integrantes de la sociedad?, y si la respuesta es afirmativa, ¿de qué manera es posible apreciar este beneficio?.

A nuestro juicio la respuesta es afirmativa, es decir, mediante la celebración de un contrato de concesión, todos los integrantes de nuestra sociedad se ven beneficiados. Ahora bien, debemos señalar además que dicho beneficio puede no ser apreciado directamente en cada uno de los sujetos, de tal manera que sólo a través del tiempo y mediante el análisis de cada una de las situaciones en particular es posible establecer dicho beneficio. Resulta necesario dejar claramente establecido que las instituciones estatales sólo pueden actuar y justificar su actividad en la medida que ésta sea realizada en beneficio de todos los sujetos que conforman un país.

1.2. El Orden Público Económico

Es precisamente en este punto que surge un concepto fundamental, nos referimos al Orden Público Económico, éste ha sido identificado con una situación social y también económica determinada, dejando de lado su asociación con un conjunto de principios. En palabras de Avilés Hernández, esto implicaría que: "...la Constitución Política de la República chilena no contempla normas de orden público económico, en el sentido que le hemos conferido, en perjuicio de sentar las bases para que fuentes normativas de inferior jerarquía contengan esta clase de disposiciones. Lo que realmente desarrolla extensamente nuestra carta fundamental es un catálogo de derechos y de libertades individuales, además de ciertos principios básicos sobre la Administración, tendientes a

⁴ Ver artículos 1°, 5, 6, 7, 19, 24, 38, 100, 101, 102, Constitución Política de la República.

limitar la acción e injerencia del Estado en materias económicas. Vemos en definitiva, que existe la finalidad del bien común en su aspecto material, la que se logra por una situación de orden público económico, gracias a la efectiva vigencia de los principios del orden público económico fundamental garantizada por la existencia de una serie de normas funcionales, incluso penales, o de orden económico instrumental. Una vez entendido este trabalenguas, se capta todo el marco del orden público económico y se puede entrar a analizar substantivamente el problema del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal Económico”.⁵

1.3. La Infraestructura y el Desarrollo Social

Fue en la década de los ochenta, en que mundialmente se acepta en forma generalizada que el mercado y el desarrollo de la iniciativa privada son los pilares fundamentales de toda estrategia que tenga por objetivo mejorar el nivel y calidad de vida de la población. De esta manera se permite a los particulares y también a los cuerpos intermedios una mayor participación en el desarrollo económico del país. Es así que el Estado incentiva a los particulares a participar en el desarrollo de tareas que anteriormente cumplía. Esto trae como consecuencia el que el Estado por una parte destine mayores recursos para cubrir áreas a las cuales anteriormente le era imposible abarcar, satisfaciendo así un mayor número de necesidades, y por la otra, el que los particulares ingresen a actividades en las cuales anteriormente por diversas razones, falta de incentivos por parte del Estado, existencia de la concepción de que determinadas funciones eran privativas del Estado, no habían participado.

Ahora bien, el desarrollo de una infraestructura adecuada para el desarrollo económico podríamos afirmar ¿constituye una obligación estatal?. Teniendo presente lo antes señalado consideramos que es posible sostener tal afirmación, asimismo también es relevante tener presente la obligación constitucional del Estado de propender al bien común, es un mecanismo que contribuye a que los sectores más pobres del país se beneficien al elevar su calidad de vida. El Banco Mundial ha sido categórico al poner de manifiesto que la infraestructura de un país favorece el crecimiento económico, reduce la pobreza y además lleva a un desarrollo ambientalmente sostenible. En nuestro país es posible observar la existencia de una íntima relación entre el crecimiento de la infraestructura y el PIB per cápita. Así, para estimular el crecimiento económico es imprescindible que las inversiones en infraestructura aumenten cada vez más, sólo en la medida que esto suceda, va a ser posible un aumento del desarrollo del país y por ende un aumento también de la calidad de vida de sus habitantes. Lo anterior queda graficado en el siguiente cuadro que determina una relación entre el desarrollo de la infraestructura y el crecimiento del PIB.

⁵ Áviles Hernández, Víctor. “Orden Público Económico y Derecho Penal”. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Chile.1998. p. 259.

Table 1.1 Effect on GDP Growth of a 1 Percent Increase in Infrastructure Assets (percent)

<i>Type of asset</i>	<i>Direct effect</i>	<i>Indirect effect (via K)</i>	<i>Total effect</i>
Power generation capacity per worker	0.07	0.02	0.09
Paved roads per worker	0.05	0.02	0.07
Telephone lines per worker	0.14	0.05	0.19

*Note: The K effect refers to the impact via capital accumulation.
Source: Calderon and Servén (2003).*

Cuadro N°1: Relación entre crecimiento del PIB como consecuencia de un incremento en la Infraestructura ⁶

1.4. Programa de Concesiones de Infraestructura

Sabemos que la economía chilena ha experimentado importante tasas de crecimiento en los últimos 20 años, sin embargo es probable que este crecimiento se concentre mayormente en las zonas urbanas, y si sumamos a lo anterior, el aumento de la población, nos encontraremos con un panorama en que la infraestructura existente no alcanzará a cubrir las necesidades públicas.

Al acontecer lo anterior, la economía nacional se verá seriamente afectada, ya que carecerá del elemento competitivo. Esta falta de infraestructura se producirá porque el crecimiento de la demanda va a superar ampliamente el crecimiento de la oferta. Cuando la oferta de infraestructura no alcanza a cubrir las necesidades de la población, se produce la ya conocida congestión, que acarrea una serie de consecuencias. Esto debido a que es la punta de iceberg que concluirá con el aumento de precios en los insumos debido a los mayores costos que deberán pagarse. ⁷

Por otra parte, son estos factores los que influyen en la imagen de la economía de un país mundialmente. Así es, puesto que los inversionistas extranjeros necesarios para hacer crecer económicamente nuestro país, no realizarán negocios en un lugar que no tenga las condiciones mínimas para invertir en él, y la infraestructura claramente lo es.

⁶ Calderon, Cesar; William Easterly and Luis Servén. "Infrastructure Compression and Public Sector Solvency in Latin America" Princeton, N.J.: Princeton University Press. 2003.

⁷ Al disminuir la velocidad, los costos de transporte se duplican, ya que consumirá más bencina. Podría haber una falta de seguridad en el transporte que obligará a los productores a aumentar los pedidos, tomar seguros más altos, etc.

1.5. La Contratación Administrativa

Comúnmente se ha dicho que en virtud del pacto de juridicidad, la Administración del Estado no tiene libertad para contratar, sino en los casos y bajo las formas claramente dispuestas por la ley.⁸ Tal afirmación requiere algunas reflexiones.

Primero, debiera reconocerse que el poder de autoorganización de la Administración del Estado le permite a ésta celebrar contratos y convenios para obtener recursos, bienes y servicios de los privados, necesarios para el adecuado funcionamiento de sus servicios públicos, bastando al efecto que el órgano administrativo que actúe tenga capacidad de contratación en el caso de contratos sujetos principalmente al derecho privado, o que cuente con la competencia legal necesaria en caso de tratarse de contratos regulados principalmente por el derecho público. En seguida, si se reconoce la vigencia general de un Principio de Libertad de Pactos, entonces, habrá que entender que los contratos y pactos que puede celebrar la Administración no constituyen un *numerus clausus* y que la Administración del Estado está habilitada para concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

Es así que nos referimos al contrato administrativo como aquel que tiene como parte a la Administración y en que se vincula directamente y de manera inmediata a la ejecución misma de un servicio público, o en que se asocia estrechamente al contratante particular en su ejecución, aun cuando no contenga cláusulas exorbitantes al régimen de derecho privado, o cuando el contrato se celebra para la satisfacción de las necesidades propias del servicio público y en el cual se contienen cláusulas de un régimen exorbitante. En definitiva, el “fin público” inherente al contrato administrativo significa que por su intermedio se pretende proveer al funcionamiento de un servicio público o dar satisfacción a una necesidad pública. Por lo mismo, se ha dicho que en todo contrato administrativo, la Administración del Estado, más que buscar una contraparte, busca a un agente colaborador en la consecución de ese fin público.

En Chile, entre los principales contratos administrativos se cuenta el Contrato de Trabajos de Consultoría o Prestación de Servicios Profesionales Calificados, el Contrato de Concesión de Servicio Público, el Contrato de Aprovisionamiento o Suministro, el Contrato de Obras Públicas y el Contrato de Concesión de Obra Pública.

No obstante, debemos enfatizar que el Contrato de Suministro y la Concesión merecen una mención especial, en cuanto se les reconoce como las figuras contractuales más utilizadas por la Administración en todos los tiempos y lugares.

⁸ Mensaje del Presidente de la República al proyecto de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.

CAPÍTULO SEGUNDO INCORPORACIÓN DE CAPITALS PRIVADOS AL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA. LA ASOCIACIÓN PÚBLICO- PRIVADA

2.1. Reseña histórica

Históricamente, la provisión de la mayor parte de los servicios de infraestructura ha estado en manos del Estado. Esto se debe, en gran medida, a las características económicas de estos activos. Así, ante una situación de monopolio natural resulta difícil y por ende, poco deseable mantener un mercado competitivo.⁹ Por ejemplo, duplicar la red de alcantarillado o de transmisión de electricidad no sería socialmente eficiente. También

⁹ Gómez-Lobo, Andrés y Jiles, Juan. "Participación Privada en Obras de Infraestructura: La Experiencia Mundial". Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997 .pag. 12.

ante la presencia de economías de escala, la dinámica propia de un mercado competitivo llevaría a que finalmente sólo sobreviva una empresa. Para aprovechar las economías de escala, y al mismo tiempo evitar los posibles costos que conllevaría tener un monopolio privado en áreas tan claves de la economía, con frecuencia el Estado optó por proveer estos servicios directamente.

En efecto, en nuestro país tradicionalmente las obras de infraestructura habían sido financiadas principalmente por los contribuyentes y no por los usuarios. Además hasta principios del decenio de 1970, el Ministerio de Obras Públicas, al igual que los demás ministerios, tenían sus propias unidades de construcción y muchos trabajadores de dicha área eran empleados estatales, más aún, sólo se podía contratar una empresa privada para construir obras públicas mediante una ley especial.¹⁰

Sólo a partir de mediados de la década de los setenta, valiéndose de unas tantas reformas introducidas en el sector público, el gobierno decidió subcontratar la construcción y el mantenimiento de las obras públicas. La selección de los contratistas se comenzó a hacer mediante licitaciones competitivas, pero el diseño y la administración de los proyectos seguían en manos del Estado. En términos generales, los costos de la construcción recaían en los contribuyentes, así en algunas carreteras se pagaba peaje, cuyo valor era muy superior a los costos marginales y los ingresos se utilizaban para financiar todo el sistema de infraestructura. En este sentido cabe mencionar que Chile es uno de los pocos países con una larga tradición, más de treinta años, en el cobro de peajes en carreteras estatales.¹¹ Al mismo tiempo, se introdujo un esquema integral de evaluación social de proyectos públicos, administrado en forma centralizada, con el objeto de seleccionar, entre todos los proyectos públicos concebibles, aquellos que tuvieran la mayor rentabilidad social.¹² Por este motivo, los proyectos de infraestructura debían competir con todos los demás proyectos públicos para obtener fondos a través de un sistema integrado, el Sistema Nacional de Inversiones, establecido en el DL 1.263 sobre Administración Financiera del Estado.

En términos generales podemos señalar que la evaluación de proyectos¹³, o

¹⁰ Oportus Durán, Carlos. "Repertorio Jurídico de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transportes : Legislación, Reglamentación y Jurisprudencia de la Ley N° 15.840 de 9 de Noviembre de 1964, y Normas Legales Posteriores". Chile 1973.

¹¹ Para mayor información sobre el particular, véase Gómez-Lobo, Andrés e Hinojosa, Sergio. "*Broad Roads in a Thin Country: Infrastructure Concessions in Chile*". Mineo. 1999.

¹² Cuando la evaluación de un proyecto se hace desde el punto de vista de un inversionista en particular, se estará haciendo una evaluación privada del proyecto, en el sentido que los costos y beneficios que se deben identificar, medir y valorar son aquellos que resulten relevantes desde el punto de vista del inversionista privado. Cuando la identificación, medición y valoración se hace desde el punto de vista de todos los agentes económicos que conforman la comunidad nacional, se estará efectuando una evaluación social del proyecto. Así podemos definir los siguientes conceptos: Evaluación Social. Es el proceso de identificación, medición, y valorización de los beneficios y costos de un proyecto, desde el punto de vista del Bienestar Social (desde el punto de vista de todo el país). Evaluación Privada. Es la valorización de los costos y beneficios privados de un proyecto cuyos flujos se actualizan a la tasa de descuento privada. La sumatoria de esos flujos actualizados resulta en un indicador llamado Valor Actual Neto (VAN), el que si es positivo, resulta conveniente para el inversionista en caso contrario no es un proyecto rentable.

evaluación de inversiones consiste en comparar los costos de inversión y operación de un determinado proyecto con los beneficios que se espera éste genere en el futuro, con el objeto de decidir sobre la conveniencia de su realización. Para poder llegar a comparar los costos con los beneficios, previamente es necesario identificarlos, medirlos y valorarlos. La identificación de costos y beneficios, consiste en determinar, en forma cualitativa, los impactos positivos y negativos que genera el proyecto. La medición de beneficios y costos se refiere a su cuantificación en unidades físicas. La valoración de beneficios y costos, consiste en transformar las unidades físicas en indicadores económicos, mediante los precios de los bienes producidos y los recursos utilizados. Esta comparación de costos y beneficios en distintos instantes del tiempo finalmente se traduce en indicadores de rentabilidad, el más común de estos indicadores es el VAN (Valor Actual Neto, también conocido como Valor Presente Neto o VPN).

Cuadro N° 2: El Sistema Nacional de Inversiones

El Sistema Nacional de Inversiones¹⁴

El Estado de Chile ha desarrollado un conjunto de normas, técnicas y procedimientos que ordenan el proceso inversionista del sector público. En ello consiste el Sistema Nacional de Inversiones (SNI), cuyo gran objetivo es mejorar la calidad de la inversión pública nacional, asignando recursos a iniciativas de mayor rentabilidad social y económica, de acuerdo con los lineamientos del gobierno.

Administrado en forma conjunta por el Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN) y el Ministerio de Hacienda, el SNI tiene una organización institucional descentralizada y desconcentrada territorialmente, en la cual interactúan un gran número de instituciones públicas desde su respectivo rol y funciones.

Para cumplir su misión, el SNI utiliza cuatro herramientas:

(i) Metodologías de Preparación y Evaluación de Proyectos. Permiten uniformar criterios de decisión relativos a la conveniencia de financiar proyectos específicos, priorizando y seleccionando iniciativas de inversión desde una perspectiva económica y social.

(ii) Capacitación. Permite disponer de recurso humano en el sector público en los distintos niveles territoriales, en condiciones que aseguren la eficiencia en la asignación de los recursos públicos. Para ello, cuenta con cursos de capacitación con diferentes niveles de complejidad en el tratamiento de cada una de sus materias.

(iii) Banco Integrado de Proyectos (BIP). Permite disponer de un sistema de información que apoya la gestión de inversión, proporcionando información sistematizada y oportuna para la toma de decisiones y operando en sí como un mecanismo de coordinación institucional.

¹³ La evaluación tiene el propósito de aplicar métodos y técnicas de las ciencias sociales para levantar juicios relativos a la utilidad y eficacia de las acciones implementadas, así como a la responsabilidad de las agencias gubernamentales (Conseil Scientifique de l'Evaluation. 1997).

¹⁴ Información disponible en la página Web del Ministerio de Planificación y Cooperación www.mideplan.cl/publico/categoria.php?catid=23&secid=5 (última visita 21 de Abril de 2005).

(iv) Precios Sociales. Permiten medir, a través de la evaluación de los proyectos, la verdadera contribución de estos al crecimiento y desarrollo económico.

Si bien las reformas antes indicadas mejoraron de manera sustancial la eficiencia de las obras públicas aprobadas, crónicas limitaciones presupuestarias motivaron que las obras de infraestructura no pudieran dar respuesta al crecimiento de la demanda. Algunos autores explican esta limitación como consecuencia directa de la denominada “Crisis de la Deuda Externa” que sufrieron la gran mayoría de los países de América Latina durante parte importante de la década de los ochenta, la cual obligó a los países de la región a mantener con mayor rigurosidad una disciplina fiscal orientada a la consecución de los objetivos macroeconómicos, lo cual derivó en una limitación de los presupuestos de los gobiernos para el desarrollo de infraestructura.¹⁵

Como consecuencia de lo anterior, a comienzos de la década de los noventa nuestro país observaba un enorme déficit de infraestructura producido por un lado, por la insuficiente inversión por las razones antes señaladas y, por un aumento de la demanda de estos servicios por el otro. En efecto, la experiencia en países desarrollados indica que la inversión en infraestructura debe ser entre un 3 a 5 por ciento del producto interno del país, lo que para el Chile de comienzos de los noventa equivalía a 1.800 millones de dólares anuales, cifra mucho mayor al presupuesto anual total del Ministerio de Obras Públicas, el cual ascendía a 800 millones de dólares.¹⁶ De este modo para financiar estas inversiones, el Ministerio de Obras Públicas debería haber triplicado su presupuesto anual, situación que el gobierno de la época consideró políticamente inviable, es por este motivo que el gobierno puso en marcha un ambicioso programa de concesiones de obras públicas, que inicialmente se centró en contratos del tipo BOT para concesionar aeropuertos y carreteras que fueran rentables para el sector privado, incorporando al sector privado a la provisión, mantenimiento, operación y financiación de proyectos de infraestructura.

Con el sistema de Concesiones de Obras Públicas se buscó que el sector privado financiara obras, que siendo social y privadamente rentables¹⁷, permitan recuperar la inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios. De esta forma el Estado, será capaz de liberar recursos públicos para destinarlos a otras áreas necesitadas de recursos, pero que por el momento no cuentan con la demanda suficiente para justificarse privadamente.¹⁸ En síntesis, podemos señalar que el Programa de Concesiones iniciado en los noventa buscaba concretar tres grandes objetivos, en primer

¹⁵ Cohen Remy and Percoco. Working Paper “The Fiscal Implications of Infrastructure Development”. Sustainable Development Department. Inter-American Development Bank. Washington D.C. pag. 2.

¹⁶ Engel, Eduardo, Fischer, Ronald y Galetovic, Alexander. “Licitación de Carreteras en Chile”. Revista Estudios Públicos N° 61. Centro de Estudios Públicos. Chile. 1996, pag. 10.

¹⁷ Para determinar la rentabilidad social y privada de un proyecto se utiliza el procedimiento antes descrito regulado en el DL 1263.

¹⁸ Cruz, Carlos e Hinojosa, Sergio. “Experiencias Internacionales en Concesión de Carreteras”. Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997 pag. 116.

término disminuir el déficit de infraestructura pública en Chile; segundo, fomentar la inversión privada en la producción y gestión de la infraestructura pública y; finalmente, liberar recursos del Estado para apoyar, principalmente, proyectos de inversión pública con alta rentabilidad y urgencia social, destinados principalmente a la reducción de la pobreza en Chile.

2.2. Incorporación de Capitales Privados a la Provisión de Infraestructura, ventajas y desventajas del Sistema

La participación privada en la provisión de infraestructura puede llegar a ser una forma eficiente que empleen los gobiernos para cumplir con sus obligaciones en relación con la infraestructura. No obstante, esta forma de participación privada debe estar contenida en una política pública que tenga claros los objetivos, desafíos y problemas que traerá la misma. De este modo los gobiernos deben tener objetivos específicos para la incorporación de capitales privados, en este sentido la existencia de alguno de los problemas propios de la administración fiscal de bienes públicos puede constituir un motivo más que suficiente. Dentro de estos problemas podemos mencionar los siguientes:

Ineficiencia en la Administración. No se trata de definir a priori a las empresas o agencias estatales como ineficientes, no obstante existen numerosos ejemplos de empresas que al incorporarse capitales privados en su gestión mejoraron de manera ostensible la calidad del servicio prestado a los consumidores.

Mala calidad en la prestación de los servicios. Desafortunadamente en muchos países, en especial en países en desarrollo, la prestación de servicios públicos cuando es realizada por entidades gubernamentales en condiciones monopólicas es de un nivel deficiente, lo cual genera cierto rechazo y desconfianza por parte de los ciudadanos del verdadero nivel de administración de los recursos públicos.¹⁹

Pérdidas y deudas. No siempre se espera que las empresas de Estado generen utilidades, muchas de ellas tienen otras formas de rentabilidad, como una gran rentabilidad social. Sin embargo, las empresas deficitarias y generadoras de deuda pública tienden para ser la regla. La razón subyacente de esta situación es la carencia de la responsabilidad financiera verdadera. Es decir, las agencias estatales están pocas veces sujetas a apremios obligatorios de su presupuesto por cuanto pueden generar bastante presión política para obtener más subsidios. Entre los ejemplos que podrían ser citados están los sistemas propiedad del gobierno de la línea aérea y del ferrocarril de Argentina, que perdían uno y cinco millones de dólares por día, respectivamente, antes que fueran privatizados.

¹⁹ Savas, Emmanuel S. "Privatization and Public-Private Partnership". Seven Bridges Press, LLC. New York. EEUU 2000 pag. 112.

Carencia de habilidades directivas. La carencia común de habilidades directivas en el gobierno resulta cuando la gente ocupa cargos directivos y sus únicas calificaciones son de índole política. Lo anterior, debemos sumarlo a la persistencia de sueldos relativamente bajos para la gerencia superior comparada al sector privado. Pero incluso restricciones tales como reglas de la función pública y acuerdos de trabajo unilaterales obstaculizan a los buenos encargados a que desarrollen eficazmente sus funciones. Este problema es de enorme gravedad, pues genera un gran desincentivo a que profesionales altamente preparados participen en la función pública.

Bajo mantenimiento y escasa inversión de capitales. Este problema se genera porque resulta normal que el mantenimiento de los activos sea contabilizado como gasto, en cambio, la adquisición de nuevos activos se materializa por medio de aportes de capital directos. De tal forma que es más fácil comprar una máquina nueva que mantener la antigua. A tal nivel puede llegar esto, que en la Ciudad de Nueva York el año 1998, el cuarenta por ciento de los camiones de basura estaban fuera de funcionamiento. Esto significa que se estaban adquiriendo muchos más camiones de los necesarios para realizar el trabajo.²⁰

Integración vertical excesiva. El problema de la integración vertical, es que además de ser un monopolio potencial, no asigna a las actividades económicas a aquellos que están mejor capacitados para desarrollarlas, sino que se centra toda la actividad bajo una superestructura que tal como lo mencionamos anteriormente, muchas veces no está dirigida por las personas más idóneas. Si bien esto puede desarrollarse tanto en compañías privadas como públicas, muchas veces se arguyen razones estratégicas o incluso políticas, como el temor al despido de muchos trabajadores, para mantener integraciones muchas veces ineficientes.

Productos obsoletos y poca capacidad de la comercialización. Existe la equivocada creencia que la ciudadanía en general y los consumidores en particular, van a preferir los servicios e incluso proteger a las empresas y agencias estatales por el sólo hecho que la propiedad de las mismas está en poder del Estado y por lo tanto, así lo dice la teoría al menos, en poder de todos los nacionales del país. De tal forma que no es necesario hacer campañas de difusión y promoción de los servicios, lo cual además de ser una premisa sumamente errada es tremendamente riesgosa, pues cuando se produzca un hecho de conmoción pública, del cual ninguna empresa o agencia, sea pública o privada, está libre, la empresa no tendrá forma de reacción o bien se reacción no será por bien acogida por los consumidores dado su lejanía de estos. Un ejemplo de ello pueden ser los diversos accidentes, incluso con víctimas fatales, en los cruces ferroviarios, en donde cada vez que estos salen a la luz pública se ve una empresa que no es capaz de dar las respuestas que la ciudadanía legítimamente exige.

Metas múltiples en conflicto. A las empresas estatales comúnmente se les encargan misiones que van más allá de la producción o prestación de servicios propios de su giro. Un ejemplo de esto es lo que le sucedió a una empresa de agricultura de propiedad del gobierno en Hungría, que fue cargada con la realización de objetivos claramente contrapuestos. Por un lado debía iniciar una producción nueva de carne de cerdo en la

²⁰ Savas, Emmanuel S. *Privatization and Public-Private Partnership*. Seven Bridges Press, LLC. New York. EEUU 2000.

parte este del país para promover el desarrollo económico regional, pero como el alimento de cerdo no se podía producir localmente tuvo que importarse con un costo considerablemente alto para la parte occidental del país a la cual la carne de cerdo fue finalmente enviada, porque aquí era donde estaban los principales mercados. Asimismo debía emplear a muchos trabajadores para reducir el desempleo local; y por último, generar utilidades. Resulta claro que para el Estado en su conjunto puede parecer algo bastante razonable, pues al final las pérdidas de empresas de este tipo pueden ser pequeñas. No obstante, esto no justifica la existencia de subsidios cruzados con la pérdida de recursos que estos siempre traen aparejados.

Si bien la sola existencia de los problemas recientemente señalados constituyen por sí mismos un motivo suficiente para aplicar una política de privatización, es menester que los Gobiernos vayan más allá de solucionar un problema concreto, más bien estos deben plantear políticas públicas de largo plazo que persigan fines y objetivos armónicos, acompañadas, de un adecuado marco regulatorio y de protección a la inversión privada.

La implementación de este tipo de políticas es aún más relevante en el caso de países en vías de desarrollo, los cuales en la mayoría de los casos carecen de los recursos y el *know-how* necesario para desarrollar este tipo de inversiones. Ésta es la razón por la cual la política de incorporación de capitales privados debe además incentivar la participación de capitales y empresas extranjeras. Así los gobiernos de los países en desarrollo deben, como una forma de dar una señal real de la voluntad de promoción y protección de inversiones, alejar tanto a inversionistas nacionales, pero especialmente a extranjeros, los temores de eventuales expropiaciones, ya sean directas o indirectas. Si bien existen mecanismos internacionales que tienden a la protección de inversiones, dentro de los cuales podemos mencionar los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI); la Convención de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); e incluso en este último tiempo como consecuencia de la política de apertura comercial desarrollada por Chile, han surgido nuevos mecanismos de protección de inversiones en los propios Tratados de Libre Comercio suscritos entre nuestro país y diversas naciones²¹. Lo anterior no obsta a que el Estado en el desarrollo y concreción de políticas de este tipo tenga en especial consideración este tipo de problemas, tomándolo como un objetivo a cumplir. En consecuencia, dentro de los objetivos que deben perseguirse con la implementación de una política de este tipo diversos autores e instituciones destacan los siguientes²²:

Reducción los costos gubernamentales.

²¹ Para una explicación detallada de cada uno de estos mecanismos internacionales véase: Mayorga, Roberto; Morales, Joaquín y Polanco, Rodrigo. "Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias". Editorial Lexis Nexis. Primera Edición. Chile. 2005 pag. 173 y ss.

²² Véase: Savas, Emmanuel S. *Privatization and Public-Private Partnership*. Seven Bridges Press, LLC. New York 2000; World Bank. "Infrastructure for Development: World Development Report". Oxford University Press, New York 1994; Calderon, Cesar; William Easterly and Luis Servén. "Infrastructure Compression and Public Sector Solvency in Latin America" Princeton, N.J.: Princeton University Press. EEUU 2003.

Generación de nuevos ingresos al Fisco, ya sea por la venta de activos como asimismo por futuros ingresos tributarios.

Mejorar el estado resultado contable de las finanzas públicas al disminuir la relación deuda capital.

Proveer Infraestructura y otras facilidades que de otra forma el gobierno no podría proveer.

Responder de mejor manera a la necesidad de incorporar activos de tecnología avanzada. Como asimismo hace frente a los continuos cambios en las tecnologías, en especial los bienes de capital.

Menos interferencia y presencia por parte del Gobierno en la economía.

Aceleración de desarrollo económico.

Descentralización de la economía e incorporación de nuevos actores.

Es una clara muestra de las relaciones de confianza entre el sector público y los privados.

Promoción del desarrollo de los mercados de capital creando y vendiendo nuevas acciones.

Atraer nuevas inversiones tanto nacionales como extranjeras.

Cumplimiento de estándares internacionales establecidos por acreedores internacionales, como son los mandatos del FMI o el Banco Mundial por denominar algunos.

Ahora bien, tal como señalásemos anteriormente, la participación privada puede adoptar diversas formas, dependiendo de las obligaciones y derechos que la política implantada por el gobierno asigne a los agentes privados. Una clasificación que podría cubrir los diversos mecanismos de participación privada, no obstante ser éste un sistema en constante innovación en donde permanentemente se crean nuevos y cada más eficientes mecanismos de participación privada, es el siguiente, partiendo desde aquellos mecanismos en los cuales prácticamente no hay participación privada hasta aquellos en donde los agentes privados asumen en propiedad los activos de la infraestructura (privatización)²³ :

Departamento gubernamental. El método tradicional de proporcionar servicios e infraestructura basados directamente con departamentos gubernamentales. El gobierno, que es dueño de la Obra de Infraestructura es responsable de diseñarla, de financiar, de construir, y de operarla. Un ejemplo común de esto son los caminos troncales no concesionados, los cuales obviamente están incorporados al balance del Estado de Chile, son mantenidos y operados por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) a través de una Departamento especial para tal efecto, la Dirección de Vialidad.

La autoridad pública. Tanto en los países desarrollados como los en vías de desarrollo es común que los servicios públicos de energía, agua, transporte, y los

²³ Gómez-Lobo, Andrés y Jiles, Juan. "Participación Privada en Obras de Infraestructura: La Experiencia Mundial". Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997 pag. 13.

servicios de telecomunicaciones sean desarrollados por la propia autoridad pública. No obstante, estos servicios, en muchas partes del mundo, están siendo reformados para alcanzar un grado mayor de autonomía, desde dos perspectivas. En primer lugar, autonomía financiera, por medio de la comercialización, estableciendo presupuestos separados basados en los ingresos por los pagos de los usuarios y autonomía directiva, el estado legal de la compañía con la separación de la propiedad (directorio) y de la gestión (gerencia). Las intenciones de tales cambios son alcanzar eficacia y responsabilidad y que por tanto la entidad actúe como actor económico, más que como un cuerpo político. Esta forma de enfrentar la prestación de los servicios públicos puede ser una alternativa atractiva para el Estado, lo cual deja aún más de manifiesto que la privatización no es necesariamente la mejor solución.

Contrato de servicio. Ciertos servicios públicos específicos asociados a infraestructura se pueden externalizar hacia las firmas privadas vía contratos. Podemos ilustrar con ejemplos como empresas de aseo, el “*catering*” en los ferrocarriles entre otros, la venta de ticket o, en países donde se requiere, la limpieza y retiro de la nieve de las carreteras públicas. En todos estos ejemplos la agencia pública conserva la responsabilidad total de la operación y del mantenimiento del sistema, a excepción de los servicios contraídos particulares, y lleva todo el riesgo comercial, debe financiar activos fijos y proporcionar el fondo de operaciones. La remuneración al contratista puede estar ser base al tiempo (precios unitarios) o en base a un parámetro físico (el número de ticket vendidos). Los contratos de servicios son generalmente por períodos de menos de cinco años.

Operación y Mantenimiento (O&M). Una empresa privada opera y mantiene una determinada infraestructura pública bajo contrato de *management* con el gobierno, el dueño de los activos. Este arreglo es similar a un contrato de servicio, pero en este caso el agente privado tiene la responsabilidad total de funcionar y de mantener el sistema, tomando las decisiones del día a día; empero no asume riesgos capitales. El objetivo es obtener mayores niveles de eficacia y eficiencia en la prestación y desarrollo del servicio. Esta modalidad de contratación se utiliza muchas veces en obras de infraestructura ya construidas en donde se contrata a un privado para mantener el estándar ya alcanzado. Incluso podría darse el caso que las obras se podrían arrendar a algún privado, el cual paga una renta y recupera dichos desembolsos por medio de los pagos por el servicio que efectúan los usuarios, Comúnmente bajo un contrato O&M el contratista provee el staff técnico especializado como asimismo generalmente se compromete a desarrollar ciertos niveles de capacitación al personal del mandante.²⁴

Cooperativa. Una asociación no lucrativa, voluntaria, cooperativa asume la responsabilidad del servicio. Resulta muy frecuente la existencia de cooperativas rurales para la prestación de servicios eléctricos o sanitarios. Usando sus propias contribuciones de trabajo y monetarias, estas asociaciones tienen éxito a menudo en mantener la red de necesaria para la prestación del servicio por medio de sistemas locales de distribución.²⁵

Arrendar-Construir-Operar. *Lease-Build-Operate (LBO)*²⁶. Se entrega a una empresa privada un contrato de arrendamiento de largo plazo para que ésta con recursos propios,

²⁴ Yescombe E. “*Principles of Project Finance*”. Academic Press. Primera Edición. 2002. pag. 115.

desarrolle, rehabilite u opere obras de infraestructura. El agente privado recupera su inversión más un margen razonable utilidad como retorno del proyecto, sobre la base de los pagos por las rentas. Probablemente la gran ventaja de este mecanismo es que evita problemas legales asociados a ciertas prohibiciones de transferir o gravar activos de propiedad pública, pero que requieren ser mejorados y cuya inversión será proporcionada por agentes privados. Un buen ejemplo de bienes que podrían ser mejorados por esta modalidad de asociación público privada sería la rehabilitación de la infraestructura ferroviaria, pues el inciso 4° del artículo 2° de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado (EFE) establece: “La Empresa (EFE), en caso alguno, podrá celebrar actos o contratos que, legalmente o de hecho, impliquen enajenación de la faja de terreno, puentes y obras de arte que constituyan el trazado de la vía ferroviaria.”²⁷. Por tanto, salvo que la entrega en arrendamiento de la infraestructura sea vista como una enajenación de hecho, resulta una forma concreta de desarrollo de un sistema de transporte con bastantes carencias en nuestro país.

Construir-Transferir-Operar. *Build-Transfer and Operate. (BTO)*. Un agente privado financia y construye una obra de infraestructura y una vez terminada la construcción transfiere la propiedad legal de la misma a la agencia estatal que patrocinó el proyecto. La agencia entonces, arrienda la obra de infraestructura al agente privado bajo la modalidad de un arriendo a largo plazo, durante el cual el privado opera la facilidad²⁸ y tiene la oportunidad de recuperar su inversión y de obtener un margen de utilidad razonable en base a los pagos de los usuarios por el uso de la infraestructura, sin perjuicio de obtener ingresos adicionales por el desarrollo de otras actividades comerciales, como sería la construcción de estaciones de servicio. En esta modalidad de contratación, los activos que el agente privado construya o rehabilite pasarán a propiedad del Estado una vez recepcionadas dichas obras.²⁹

Construir-Operar y Transferir. *Build- Operate and Transfer (BOT)*. Bajo esta modalidad de contratación se le concede a un agente privado una licencia o concesión, como se denomina en nuestro país, para financiar, construir y operar una obra de

²⁵ En efecto la propia ley eléctrica chilena, permite la formación de cooperativas para la distribución eléctrica, otorgándole determinados derechos y obligaciones a los mismos.

²⁶ Para mejor entendimiento desarrollaremos esta modalidad de contratación al igual que las restantes por sus siglas en inglés.

²⁷ Inciso 4° artículo 2° DFL N° 1 de 1993.

²⁸ Utilizaremos el concepto de “facilidad” como sinónimo de obra de infraestructura.

²⁹ Un ejemplo de esto es el contrato de provisión de infraestructura ferroviaria suscrito entre la empresa de ferrocarriles del Estado y la sociedad de propósito exclusivo COMSA Proyecto Zona Norte S.A. el cual en su artículo 10 Propiedad de los Bienes y Activos incorporados al Área del Contrato establece: “La propiedad de la infraestructura ferroviaria que el Contratista construya o rehabilite, o los nuevos elementos que incorpore para su mantención, pasarán a la propiedad de EFE de pleno derecho, en el momento en que se produzca la recepción de las obras en el caso de las obras y nuevos elementos incorporados durante la Etapa de Construcción y Rehabilitación”. Dicho contrato suscrito el 18 de Noviembre de 2004 y que fue incorporado al protocolo del Notario Público Don Cosme Gomila Gatica bajo el repertorio N° 16.808-2004.

infraestructura. La particularidad que se presenta en este caso es que el agente privado tiene un derecho autónomo, el derecho de concesión, el cual nace ya sea del contrato de concesión o bien del decreto de adjudicación de la concesión otorgado por el Estado u otra entidad pública concedente. Por tanto, es en virtud del derecho de explotación de la concesión, el cual en algunas legislaciones tiene la naturaleza jurídica de derecho real.³⁰

En términos generales debemos mencionar que este tipo de modalidad es el adoptado por Chile en las concesiones de obras públicas, el cual se considera tiene como principal virtud el hecho que la propiedad de los activos nunca deja de estar en manos del Estado, otorgándose al privado un derecho de concesión, por el cual el concesionario, como titular del derecho de Concesión de Obras Públicas, está facultado para percibir los honorarios de los usuarios o incluso aportes directos del Estado por un período de tiempo. Una vez transcurrido dicho plazo, caduca la concesión volviendo a consolidarse plenamente la propiedad en el Estado, no obstante el artículo 25 de la ley de concesiones establece la obligación del Estado, una vez caducada una concesión de obra de pública, de iniciar un nuevo proceso de licitación conducente a entregar dichos activos nuevamente en concesión.³¹

Esta modalidad de contratación es similar a un BTO, pero existen diferencias importantes en aspectos legales, reguladores, y de la responsabilidad que se presentan durante el largo período de la propiedad privada antes de la transferencia. Sin embargo, los contratos BOT son quizás, la forma más común de sociedad publico-privada para el desarrollo de nueva infraestructura. En contraste con una venta o una concesión permanente, el gobierno conserva el control estratégico sobre el proyecto, el cual a menudo no sólo es un negocio financiero para el gobierno, sino que además cumple otras funciones. Por esta razón daremos un tratamiento más específico a esta forma de incorporación de capitales a la provisión de infraestructura.

En relación con los roles y funciones de los contratos BOT, debemos señalar que estos son diseñados para aportar inversión privada en la construcción de nueva infraestructura en diversas áreas, pero especialmente en infraestructura vial, aeropuertos, puertos, túneles, etc.³² Bajo un BOT, el período de operaciones es lo suficientemente largo como para permitir que la compañía privada cubra los costos de construcción y obtenga utilidades, generalmente 10 a 20 años. El gobierno mantiene la propiedad de las

³⁰ Este es el caso de la legislación del Perú, ya que concede al privado, titular del Derecho de Concesión un derecho real de naturaleza especial según lo previsto por el Artículo 22° de la Ley N° 27156.

³¹ Artículo 25 DS N° 900: "Las concesiones a que se refiere el presente decreto con fuerza de ley tendrán el plazo de duración que determine el decreto de adjudicación, sin que en ningún caso pueda ser superior a cincuenta años. El plazo se computará de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. En ningún caso su inicio podrá ser anterior a la fecha de publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial. Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista solución de continuidad entre ambas concesiones".

³² Yescombe E. "Principles of Project Finance". Academic Press. Primera Edición. 2002, pag. 11.

instalaciones de infraestructura y se convierte en cliente y regulador del servicio. Los BOT tienden a funcionar bien en el caso de nueva infraestructura que requiera financiamiento substancial. En relación con la *estructura financiera* bajo un contrato BOT, la que explicaremos en detalle en el Capítulo V de la presente memoria de prueba, diremos por el momento que el sector privado proporciona el capital para construir la nueva instalación. En retribución, el Estado o bien: (i) le concede el derecho de cobrar una tarifa previamente acordada y reajutable de acuerdo a un procedimiento previamente establecido, o (ii) acepta comprar un nivel mínimo de producción a precios específicos para asegurarse que el operador privado recupere sus costos, en lo que algunos autores denominan "*Offtake Agreement*".³³ Esto requiere que la demanda de producción de los consumidores finales se calcule de antemano y que el gobierno garantice las proyecciones. Esto puede causar problemas para el gobierno, ya que si se sobrestima la demanda y los ingresos provenientes de los clientes son inferiores a lo esperado, él debe responder a los compromisos acordados.³⁴

A efectos de una mejor comprensión de este tipo de contratación, dada la importancia de los BOT en el desarrollo de la infraestructura, mostraremos dos casos cuyo resumen se obtuvo del Programa Asociación Público-Privada del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PUND).

Cuadro N° 3 Casos Prácticos Incorporación de Capitales privados a través de Contratos BOT

Caso N °1

Izmit, Turquía

BOT para la construcción y manejo de una nueva planta de agua potable

Luego de siete años de negociación, en 1995, se logró la firma de un contrato BOT de US\$ 933 millones para la construcción de una nueva planta de agua potable para atender a 1,2 millones de residentes de Izmit, un pueblo ubicado en la costa sureste de Estambul. *Thames Water of Britain* es el principal inversionista del consorcio a cargo de la construcción y manejo de la planta, que desean que vuelva a estar a cargo del Estado 15 años después del inicio de las operaciones. Izmit, el proyecto de abastecimiento de agua más grande del mundo financiado por el sector privado, tiene una estructura financiera innovadora. En primer lugar, hay una importante participación local. *Thames* ha acordado trabajar con dos contratistas turcos locales que comparten 70% de la participación. La municipalidad también es accionista del proyecto (15%). En segundo lugar y quizás el aspecto más importante de la financiación de Izmit, el gobierno turco central está

³³ Warner, Waide Jr and Altman Emily. "*Credit Agreement and Collateral Agreements in International Infrastructure Projects*". *Commercial Law and Practice Course Handbook Series N° A4-4494, Practising Law Institute USA 1996 pag. 5.*

³⁴ El problema del otorgamiento de garantías estatales en contratos de concesión será analizado en el capítulo V de la presente investigación. Más información sobre el tema, ver: Engel, Eduardo; Fischer, Ronald y Galetovic, Alexander. "*Infrastructure Franchising and Government Guarantees*". *Capítulo IV de la publicación "Dealing with Public Risk in Private Infrastructure". World Bank Latin American and Caribbean Studies, The International Bank for Reconstruction and Development. Washington D.C. USA 1997. pag. 89-106.*

garantizando 85% del reembolso de los costos de construcción. Esta garantía abre las puertas al financiamiento internacional frente a las preocupaciones de "riesgos políticos" en Turquía. Dos japoneses tomaron otro 15% del capital social y acordaron US\$ 180 millones de deuda. Los arreglos de financiamiento también recibieron apoyo de agencias de crédito de exportación en Gran Bretaña, Francia y Japón que cubrieron el riesgo comercial y político y dividieron el financiamiento de la deuda. El acuerdo de Izmit es del tipo "toma o paga," obligando a la ciudad a pagar los montos mínimos y máximos de agua proveída por la compañía que asume el proyecto, sin considerar la demanda de agua del consumidor final. Si la municipalidad incumple estas obligaciones de pago, los prestamistas pueden responsabilizar al gobierno nacional de Turquía por ellos.

Cuadro N° 4

Caso N° 2

Hong Kong, China.

BOT para la construcción y manejo de instalaciones de transferencia de residuos sólidos

Hong Kong ha firmado un BOT para la construcción y manejo de su estación de transferencia de residuos sólidos y su flota de camiones de recolección. El gobierno precalificó a varias firmas de acuerdo a su experiencia en el diseño y manejo de estaciones de transferencia y luego mantuvo un proceso de licitación competitiva para seleccionar a la firma ganadora. Los documentos de licitación planteaban los requerimientos de rendimiento técnico y medioambiental, de mantenimiento y los cronogramas de reemplazo de equipos. La estación ha sido construida y actualmente se encuentra en funcionamiento. El gobierno realiza inspecciones regulares de las instalaciones de transferencia para verificar que los requerimientos especificados se estén cumpliendo.

Obras nuevas asociadas con infraestructura existente. (*Wraparound Addition*). El agente privado financia y construye una adición o tramo nuevo a una facilidad pública existente, posteriormente la nueva obra que surgió de la suma de la facilidad antigua con la nueva obra accesoria es operada por este agente privado. Para la obtención de los retornos necesarios que justifiquen la inversión, existen dos mecanismos, el primero consisten en darle una concesión sobre toda la obra por un período fijo o bien, como segunda alternativa, hasta que el privado recupera lo invertido más un margen razonable de retorno del capital invertido. En estricto rigor la gran mayoría de las concesiones viales desarrolladas al amparo de la ley de concesiones estarían dentro de esta categoría. Así sería el caso de las concesiones sobre la Ruta 5, la cual en el tramo de aproximadamente 1.500 kilómetros fue dividida en ocho tramos de 300 kilómetros cada una, en dichos contratos el concesionario debía construir en ciertos sectores, pero esencialmente debía rehabilitar y mejorar la infraestructura existente para luego, una vez recepcionadas total o parcialmente las obras, esté facultado para cobrar peajes a los usuarios de la misma.

Comprar-Construir-Operar. *Buy-Build and Operate (BBO)*. Una obra de infraestructura pública existente se vende a un socio privado para que éste dentro de un determinado lapso de tiempo la renueve, rehabilite o amplíe. Posteriormente el privado la podrá operar a perpetuidad bajo el modelo de una concesión. Esto es equivalente al proceso de

privatización de una compañía estatal, que entonces funciona bajo un contrato de concesión. El dueño puede utilizar el contrato de concesión, ejercitar control público sobre la tasación, el acceso, el ruido, la seguridad, la calidad, y la extensión futura de la capacidad, por ejemplo.

Construir-Hacerse dueño y Operar. *Build-Own and Operate.(BOO)* En este caso el agente privado financia, construye, se hace dueño y opera una obra de infraestructura a perpetuidad bajo el otorgamiento por parte del Estado de una concesión para tal efecto. La gran virtud de este tipo de incorporación de capitales privados es que proporciona gran estabilidad financiera al ser un contrato a largo plazo en donde están claros los derechos de propiedad y de concesión que tiene el agente privado. Resulta un incentivo financiero enorme, en especial para la inversión de capitales en la obra de infraestructura. Son muchísimos ejemplos de obras de infraestructura con enormes montos de inversión, que se han desarrollado por este modelo, así podemos destacar las autopistas de alta velocidad en Virginia y California, la vía de alta velocidad que en China que conecta Hong-Kong y Macao con Guangzhou, el nuevo terminal en el aeropuerto Nueva York JFK, y el Eurotúnel que une el Puerto de Dover en Gran Bretaña con Francia y por ende con todo el continente europeo.

A modo de síntesis el siguiente cuadro viene a graficar las principales diferencias y semejanzas entre los diferentes mecanismos jurídicos de incorporación de capitales privados a la provisión de infraestructura.

Cuadro N° 5 : Principales diferencias entre los diversos esquemas de incorporación de capitales privados a la provisión de infraestructura

	Autoridad pública	Contrato de servicio	BOT	BOO	Privatización
Propiedad de activos	Público	Público	Público	En un principio son del Estado pasando al privado una vez transcurrido un plazo o verificada una condición.	Privados
Fuente de inversión	Basado en la partida asignada en el presupuesto fiscal.	Basada generalmente en los presupuestos propios de la agencia mandante.	Privado, aporte de capital (<i>equity</i>) y endeudamiento de largo plazo.	Privado, existiendo aportes de capital y deuda, pero influenciado fuertemente por el hecho de la transferencia de propiedad de los activos.	Privado, a través de diversos esquemas de financiamiento y en algunas casos incluso existen garantías estatales.
Intensidad regulatoria	Integración vertical	Moderado	Alto	Moderado	Alta, generalmente a través de una agencia independiente y especializada.
Autonomía de los agentes privados involucrados.	En la práctica no hay agentes privados involucrados.	Moderada, dependiendo de la forma en que estén determinados los servicios a prestarse ³⁵ .	Moderado, limitada por la naturaleza del contrato y la regulación legal aplicable.	Moderado, limitada por la naturaleza del contrato y la regulación legal aplicable.	Alta, sólo limitada por la regulación legal.
Duración del contrato.	La duración de sus funciones dependerá directamente	Corto plazo, generalmente no superiores a 5 años.	Largo plazo, un período no inferior a 10 años.	Alto a moderado, transcurrido el contrato el	Transferidos los activos el dominio de los mismos es

³⁵ Dentro de los contratos de prestación servicios podemos hacer una distinción entre los contratos tradicionales basados principalmente en precios unitarios previamente acordados por los servicios prestados, de modo tal que es el mandante (el Estado) quien fija los servicios y actividades a desarrollar por un lado y, los contratos en los cuales el Estado más que contratar servicios específicos, contrata un determinado estándar de modo que el agente privado se obliga cumplir un determinado estándar teniendo un mayor grado de autonomía en los servicios a prestar.

	de lo que establezca la autoridad central.		Transcurrido el plazo del contrato caduca la concesión o derechos del agente privado de operar la facilidad.	privado se hace dueño de los activos.	perpetuo.
Riesgos transferidos al sector privado.	Todos los riesgos quedan en manos del Estado.	Los riesgos relacionados con la operación y mantenimiento se transfieren al privado.	Se transfieren los riesgos de construcción, operación, mantenimiento y riesgo de demanda.	Se transfieren los riesgos de construcción, operación, mantenimiento y riesgo de demanda.	Al transferirse la propiedad de los activos se transfieren todos los riesgos asociados al negocio.

Finalmente en relación con los beneficios y eventuales desventajas de los mecanismos de incorporación de capitales privados, en particular los contratos BOT, modalidad utilizada en la gran mayoría de las concesiones en Chile, podemos mencionar los siguientes beneficios en comparación con la forma tradicional de provisión de infraestructura.

En primer lugar los contratos que incorporan agentes privados desde el punto de vista financiero, son una manera efectiva de conseguir nuevas fuentes de financiamiento por parte del sector privado para la construcción de nueva infraestructura o la renovación substancial de las ya existentes.

Por otra parte los contratos BOT tienden a minimizar los riesgos de mercado para el sector privado porque el gobierno es el único cliente; reduciendo los riesgos asociados a la insuficiente demanda y capacidad de pago. Los socios del sector privado evitarán los acuerdos BOT en los que el gobierno se muestre reacio a proporcionar garantías de reembolso al sector privado. Asimismo la incorporación de capitales privados a la provisión de infraestructura permiten obtener mayores y mejores niveles de eficiencia dinámica, esto es que dependiendo de los incentivos establecidos en los respectivos contratos, se motiva a los agentes privados a invertir y mantener el equipo necesario para expandirse e introducir mejoras tecnológicas.³⁶

En relación con los usuarios de los servicios concesionados estos mecanismos de asociación público privada, generan un mayor grado de responsabilidad de los agentes privados frente a los usuarios, toda vez que la principal fuente de ingresos de estos proyectos provendrá precisamente de ellos, razón por la cual se aumenta la motivación y flexibilidad para adaptar la producción a los cambios del mercado³⁷. En otro sentido los contribuyentes se verán beneficiados al no sufrir un incremento sustancial en los

³⁶ Cordero Vargas, Ricardo. "El Rol Regulador del Estado en Obras Viales Concesionadas". Tesis para la obtención del grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. Chile. 1999 pag. 4.

impuestos como mecanismo de generar nuevos recursos destinados a financiar estas inversiones, las cuales asimismo serán vistas por la opinión pública como “políticamente viables” al plantearse que serán sólo los usuarios de la infraestructura quienes la financiarán y no todos los contribuyentes y ciudadanos del país.³⁸

Aunque potencialmente beneficiosa, la incorporación de capitales privados mediante contratos de Asociación Público-Privada presenta ciertos obstáculos y problemas propios de inversiones de esta naturaleza, dentro de los cuales algunos autores señalan los siguientes³⁹ :

Credibilidad y transferencia de riesgos. En efecto la participación privada requiere que los inversionistas perciban el proyecto como rentable, dado el nivel de riesgo que debe asumir. Así además de los riesgos comerciales naturales e inherentes a todo proyecto, inversiones de esta naturaleza tienen riesgos propios basados en la relación especial que se establece con el sector público, y en la característica de costos hundidos de las inversiones. Razón por la cual se entiende que una vez hecha la inversión, el inversionista está sujeto a importantes riesgos de tipo regulatorio o político, sin poder retirar la inversión en caso que los acontecimientos se tornen desfavorables. En este sentido la credibilidad de la política gubernamental, su popularidad en la población, un sistema de solución de controversias independiente, informado e imparcial y por últimos garantías y cláusulas regulatorias que busquen un trato justo y equitativo, pueden ayudar a disminuir y mitigar de manera considerable este riesgo.

Costos de capital. Si pensamos, tal como lo señalásemos anteriormente, que son los agentes privados quienes financian este tipo de obras por un lado y consideramos también que por lo general los gobiernos tienen acceso a créditos más baratos que los privados, tendremos como consecuencia que el costo final de estas inversiones será más alto del que lo serían si fueran financiadas por el gobierno, por lo tanto, los beneficios adicionales, en relación con la gestión, manejo, capacidad constructiva entre otros, deben ser adecuadamente valorados a efectos de compensar este “sobre costo” del financiamiento privado de las inversiones.

Poder Monopólico y regulación. En su gran mayoría, los proyectos de infraestructura requieren una regulación específica por parte del Estado. Cuando es factible o deseable tener sólo una empresa ofreciendo el servicio, se requiere de un marco regulador que evite abusos monopólicos. En este sentido si bien, los BOT proporcionan algunos incentivos para la eficiencia, ya que las compañías privadas deben competir para ganar los contratos; la extensión y complejidad de los contratos puede reducir los efectos

³⁷ Daniels Ronald and Trebilcock Michael. “An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure”. El presente artículo es el Capítulo VI del libro: “Public-Private Policy Partnership”. MIT Press EEUU 2000 pag. 95 y ss.

³⁸ Sydney Levy. “Build Operate Transfer, Paving the Way for Tomorrow’s Infrastructure” John Wiley & Sons, INC Canada. 1996. pag. 24.

³⁹ Gómez-Lobo, Andrés y Jiles, Juan. “Participación Privada en Obras de Infraestructura: La Experiencia Mundial”. Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997 pag. 15.

positivos de la competencia inicial. Por ejemplo, muchos BOT son renegociados una vez que están en proceso y esas negociaciones son básicamente dirigidas sin competencia.

Por lo anteriormente señalado, podemos concluir que los mecanismos de incorporación de capitales privados a la provisión, operación y financiación de infraestructura han sido mecanismos de reciente implementación en diversos países, con realidades diferentes. Esta forma de provisión de infraestructura se ha mostrado como un mecanismo eficiente a un costo razonable para el Estado, los usuarios y contribuyentes en general, para la resolución del problema de la falta de infraestructura que afecta a parte importante de los países en desarrollo.

No obstante lo anterior existen ciertas materias y problemas que esta forma de contratación no resuelve satisfactoriamente, los cuales la gran mayoría de las veces requerirán la participación y regulación del Estado para una adecuada resolución, lo cual se ve reflejado en el caso chileno en la dictación de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuerpo legal que no sólo promueve la participación privada en inversiones de infraestructura sino que además da un marco regulador de las actividades de los concesionarios, de las atribuciones del Estado en el marco de las concesiones de obras públicas, de los derechos de terceras partes interesadas como son los financistas y por último de los derechos de los usuarios de los servicios. Es precisamente por esta razón que la presente investigación en sus próximos capítulos analizará los diferentes aspectos contemplados en la ley de concesiones que han permitido el desarrollo de estas inversiones, enfatizando aspectos regulatorios y de financiación, considerando precisamente a las concesiones de obras públicas como el mecanismo por el cual el Estado de Chile ha incorporado capitales privados para la provisión de infraestructura en forma de procesos de licitación competitivos y contratos de inversión de largo plazo.

CAPÍTULO TERCERO LA CONCESIÓN COMO UN MECANISMO DE INCORPORACIÓN DE CAPITALS PRIVADOS

3.1. Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad primordial, otorgar al lector una idea acerca de lo que son las concesiones en general, y el contrato de concesión de obra pública en especial. Es así, que trataremos de abordar todas las ideas que más a menudo surgen al abordar este tema y establecer claramente además, que las concesiones constituyen una forma de contratación administrativa. Debido a esto es que también explicaremos brevemente la eficacia contractual de las concesiones, pero desde el punto de vista de la contratación administrativa y su relación con otras figuras jurídicas.

Este capítulo es fundamental para poder entender la Concesión de Obra Pública que será el punto central del capítulo cuarto.

3.2. La Gestión Indirecta de Servicios. La Concesión. Ideas Generales

El tema de la concesión está ligado a la provisión indirecta de bienes o servicios públicos.

La gestión indirecta ha sido una de las figuras claves de la administración de servicios porque, partiendo del prejuicio liberal contra la capacidad mercantil e industrial del Estado, venía a resolver el problema de la gestión de servicios públicos cuya explotación requería de una técnica empresarial, interponiendo para ello una empresa privada. Se produce en consecuencia, un desdoblamiento, por una parte la titularidad del servicio, que retiene en todo caso el Estado concedente, y por otra, la gestión de un servicio de naturaleza predominantemente económica, el cual se entrega a un concesionario privado que es, por tanto, el que asume los riesgos económicos de la explotación, resarcándose con las tarifas que se le autoriza a percibir de los usuarios.⁴⁰

Los procedimientos de gestión indirecta se caracterizan en todo caso porque el Estado sigue siendo el titular del servicio y, por lo tanto, podrá: regular, aunque compensando adecuadamente al privado en lo no previsto en el contrato de gestión; fiscalizar el servicio; asumir la gestión directa ante determinadas circunstancias; imponer sanciones y rescatar el servicio en algún momento de las manos del gestor. Se diferenciarían entre sí por los riesgos que asume el gestor y por la forma de percibir la contraprestación económica del contrato.

Actualmente resulta de cierta forma pacífico que la concesión es jurídicamente un contrato y, específicamente, un contrato administrativo. En una primera aproximación, se trató a la concesión como un contrato de derecho privado. Como se aprecia, esta posición doctrinaria se funda en el reconocimiento de la ya caduca teoría de la doble personalidad del Estado. Una segunda aproximación doctrinaria señala que la concesión es un acto unilateral del Estado tesis sustentada por los alemanes principalmente.⁴¹ Su fundamento no es otro que la subordinación total y absoluta del individuo al interés general que personifica el Estado. Finalmente, la tercera aproximación doctrinaria explica que la concesión es un acto mixto o de doble configuración jurídica⁴². La concesión admitiría esta doble configuración si se atiende al hecho de las normas de vigilancia o policía a que se somete, y es contrato administrativo en lo relativo a los derechos y deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario.

Como una primera aproximación al concepto de concesión, resulta útil y necesaria la

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo. y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Civitas. Madrid. 1984, pág. 667.

⁴¹ V.gr.: Mayer, O. "Derecho Administrativo Alemán". Buenos Aires. Ediciones Depalma.1982.

⁴² Ver Jeze, Gastón. " Los principios generales del derecho administrativo" traducción. de Carlos García Oviedo. Editorial Reus Madrid. España 1928. Aylwin Azócar, Patricio. "Derecho Administrativo". Editorial Universitaria Santiago, Chile 1961.

definición dada por Vargas ⁴³, quien define la concesión como “todo acto de la autoridad que otorgue a favor de los particulares derechos como el uso, goce o disposición sobre cosas o servicios del dominio público”.

Por otra parte, la definición otorgada por el profesor Silva Cimma, a partir de lo que es un acto administrativo, resulta también muy acertada. Para él, un acto administrativo es “la declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitida en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstas”. ⁴⁴

Uno de los criterios de clasificación del acto administrativo de la doctrina contemporánea, es aquel que los agrupa a partir de los efectos jurídicos que provocan, entre los que se encuentran los actos de concesión, cuyo efecto es otorgar a una persona natural o jurídica un derecho nuevo que pasa a titularse en el concesionario y que le amplía su esfera subjetiva. Con todo, es de la esencia de este tipo de actos administrativos el que esta titularidad que confiere la Administración, sea de índole enteramente discrecional, sin perjuicio que sus efectos sean arreglados.

Para Rufián ⁴⁵, la concesión es un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona natural o jurídica (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y, en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios (derechos de explotación).

Como podemos apreciar, la concesión, por ser una institución de matices complejos, ha sido definida en diferentes términos y perspectivas, pero todas con mayor o menor intensidad la asocian a los actos administrativos que pertenecen a la categoría de actos favorables, al ampliar la esfera jurídica de los particulares.

La definición que más se acerca a la línea investigativa del presente trabajo es la otorgada por le Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Ésta ha definido la concesión como “el contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente”. ⁴⁶

⁴³ Vargas Fritz, José Fernando. “La Concesión de Obras Públicas”. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago. Chile 1997.

⁴⁴ Silva Cimma, Enrique. “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile 1995. Pag. 26.

⁴⁵ Rufián Lizana, Dolores M. “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile 1999.

⁴⁶ Revista Derecho y Jurisprudencia. Segunda parte. Sección 1°. Santiago. 1966. Pag. 277. Considerando sexto del fallo de casación en el fondo. Corte Suprema. 22 de Julio de 1966.

3.3. Naturaleza Jurídica de las Concesiones

La concesión -específicamente en su modalidad traslativa- tiene una naturaleza contractual, y en lo esencial, es de carácter administrativa. Sin embargo, no siempre se entendió de esta manera. En una primera aproximación, se trató a la concesión como un contrato de derecho privado. En efecto, fundado en la ya caduca teoría de la doble personalidad del Estado, tradicionalmente se estimó que era un contrato sometido al derecho común, partiendo del supuesto que si el Estado realizaba actos de gestión privada y actos de autoridad, la concesión sólo podía tener cabida dentro de los primeros.

Una segunda aproximación doctrinaria considera que la concesión es un acto unilateral del Estado. Esta posición asevera que toda institución, derechos y deberes del concesionario nacen de la determinación espontánea y voluntaria del Estado. Su fundamento no es otro que la subordinación total y absoluta del individuo al interés general que aquel personifica.

Finalmente, la tercera aproximación doctrinaria explica que la concesión es un acto mixto o de doble configuración jurídica. La concesión admitiría esta doble configuración si se atiende al hecho que a un mismo tiempo es un acto de poder público en cuanto a su otorgamiento por el Estado y normas de vigilancia o policía a que se somete (aspecto reglamentario), y es contrato administrativo en lo relativo a los derechos y deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario (aspecto convencional).

Otros autores dirán ⁴⁷, a mayor abundamiento, que la concesión reviste un doble carácter: es un servicio público, cuya gestión ha de hacerse buscando el predominio del interés general; y es una empresa industrial, que entraña la compensación económica al concesionario por las onerosas cargas que la concesión le impone.

3.3.1. Doctrina Contractualista o Clásica

Ésta es la teoría predominante durante gran parte del siglo XIX. Sostenía que independientemente del tipo de concesión administrativa ante la cual nos encontráramos, ésta debía ser considerada para todos los efectos como un contrato de derecho privado, y consecuentemente, regulado íntegramente por la legislación civil. ⁴⁸

Su fundamento podemos encontrarlo en la teoría de la doble personalidad del Estado. Esta teoría hacía distinción entre el Estado propiamente tal, reconocido como poder público, dada su condición de ente responsable de la conducción ejecutiva de la

⁴⁷ Jeze, Gastón, "Los principios generales del derecho administrativo" trad. de Carlos García Oviedo. Editorial Reus Madrid 1928. Aylwin Azócar, Patricio, "Derecho Administrativo" Editorial Universitaria Santiago 1961.

⁴⁸ Vargas Fritz, José Fernando. "La Concesión de Obras Públicas". Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago. Chile. 1997. Pag. 55 y ss.

nación, ejerciendo soberanía; y por otra parte, el Fisco, entendido como la persona jurídica privada responsable de ejecutar y de celebrar todas las actuaciones ordinarias de derecho común.

A partir de esta distinción, se entiende, que en la concesión administrativa el Estado actúa y se relaciona con terceros como una persona privada más, es decir nos encontramos ante la situación que el Estado se sitúa en un plano de igualdad con el particular concesionario.

Las críticas a esta teoría nacen de los mismos argumentos que la sustentan. Es así, que se sostiene que de aceptar la teoría de la doble personalidad del Estado, por una parte pública y por otra privada (que se considera además arbitraria y dentro del sistema jurídico, ilógico), existiría potencialmente el riesgo de producirse el injusto que el Estado en cuanto poder público, podría de igual modo en definitiva, reputarse como irresponsable de determinados procedimientos o actuaciones del mismo Estado actuando como persona jurídica de derecho privado, es decir, como Fisco.

Por otra parte, y en relación a la apariencia contractual de la Concesión considerándola un verdadero contrato privado, se ha sostenido reiteradamente que aquella no puede ni debe ser analizada en último término por sus características formales. Consecuencialmente, debe ser analizada por su objeto o contenido, de tal forma que esto permitiría advertir la trascendencia de la esfera contractual por parte de la concesión; aspirando a la adecuada y oportuna satisfacción de un interés público.

3.3.2. Doctrina Unilateralista o de la Concesión como Acto de Poder Público

Esta teoría surge mayoritariamente a partir de juristas alemanes y en el derecho administrativo chileno ha sido desarrollada por don Enrique Silva Cimma⁴⁹. Nace producto de la reacción a la doctrina contractualista, entendiéndose de esta forma a la concesión administrativa como un acto exclusivamente de derecho público, donde su fundamento se radica en la subordinación exclusiva y total del particular al interés público y general, representado por el Estado.

La doctrina unilateralista o también llamada de la concesión como acto de poder público, rechaza la posibilidad que la concesión pueda ser considerada un contrato de derecho público. Esto debido básicamente a la desigualdad jurídica que existe entre las partes, en la determinación anticipada y unilateral por parte de la Administración de los derechos y obligaciones del concesionario, en la inexistencia de libertad contractual dado el monopolio de la Administración en el otorgamiento de la concesión, y finalmente, debido a la inobservancia del principio general de respeto a la ley del contrato, dada la existencia de potestades y prerrogativas a favor de la Administración que exceden y son consideradas exorbitantes para el mero ámbito contractual privado.

En resumen, ante la pregunta de si la concesión podría tener como naturaleza

⁴⁹ Silva Cimma, Enrique. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes". Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1995.

jurídica la de un contrato de derecho público, la respuesta de los defensores de esta teoría es no, ya que recordando los principios contractuales, nos encontramos que estos no se cumplirían en las concesiones.

La concesión sería entendida como la homologación a un acto de poder público, unilateral y soberano, en donde la Administración se sitúa en un plano de desigualdad y superioridad tal respecto del concesionario particular, que éste llega a desempeñar un rol secundario y accesorio.

3.3.3. Doctrina del Acto Mixto o de Doble Configuración Jurídica

Esta teoría es la que defienden destacados autores⁵⁰, para los cuales la concesión se expresa por un parte como un acto de poder público. Sería así un acto de ese tipo en cuanto a su otorgamiento por el Estado, es decir, se refiere al aspecto reglamentario o legal de la misma, en virtud del cual el Estado prescinde o deja de lado la gestión directa de una determinada actividad entregándola a un particular para su desarrollo, pero manteniendo ciertos poderes o facultades de vigilancia y control de la misma en base al interés público.

Por otro lado, la concesión tendría además un carácter contractual. En este sentido, sería contrato administrativo en todo lo relativo a los derechos y obligaciones que recíprocamente se establecen entre la Administración, que actúa como ente concedente y por otra parte, entre el particular concesionario.

Uno de los pilares en el desarrollo que ha tenido esta teoría es la noción de servicio público. Esto permitió que se comenzaran a estructurar instituciones como el dominio público, la expropiación por causa de utilidad pública y la concesión administrativa.

En este punto es necesario mencionar un antiguo informe del Consejo de Defensa Fiscal Chileno, del año 1936, en que se ratificaba que, como postula esta teoría, la concesión sería un acto mixto: "...la concesión crea dos situaciones jurídicas: una legal o reglamentaria, que es de derecho público, sin duda la más importante, y otra contractual, que según algunos, no es de derecho civil sino administrativo, la cual junto con atribuir derechos impone obligaciones al concesionario. La concesión considerada así, resulta un acto mixto de imperio y de gestión. La parte que existe en este acto mixto rige en lo que respecta a la existencia misma de la concesión; la contractual tiene aplicación sólo en lo que dice relación con la parte económica de la concesión"⁵¹.

3.4. Características Generales de la Concesión

⁵⁰ V.gr.: Duguit, León. "Las transformaciones del Derecho Público". Traducción de Francisco Beltrán. Madrid. 1915.; Jeze, Gastón. "Los principios generales del derecho administrativo" trad. de Carlos García Oviedo. Editorial Reus Madrid España 1928.; Aylwin Azócar, Patricio. "Derecho Administrativo". Editorial Universitaria Santiago. 1961, entre otros.

⁵¹ Citado por Vargas C., Guillermo. "Derecho Administrativo". Editorial Nacimiento. Santiago. Chile 1948.

Entendida la concesión como “un acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo o que le transfiere un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía absolutamente”⁵², podemos concluir que ésta participa en mayor o en menor medida de las características de los contratos administrativos, dependiendo del tipo de concesión que se trate.

La causade la concesión la encontramos en la existencia de un interés público, de carácter predominantemente económico que debe ser satisfecho por el Estado o por un particular, por “encargo” de aquel. Cabe destacar y dejar en claro que de manera esencial, en la concesión prevalece el interés colectivo. Es aquí donde encontramos la manera en que se justifica que la Administración conserve ciertas potestades y derechos, y no exista igualdad entre las partes contratantes, criterio que no compartimos. De esta forma, el Estado debe velar por la adecuada satisfacción del bien común.

Desde nuestro punto de vista y como se ha manejado en la actualidad, los contratos de concesión deben tener como base la igualdad de las partes, en decir, la igualdad de los contratantes. El Estado no tiene porqué abandonar su tarea de satisfacer el bien común, al actuar en un plano igualitario con el particular concesionario. ¿Es justificable el hecho que la Administración use sus prerrogativas para modificar el régimen y organización de la concesión en pro de la colectividad?. Las prerrogativas de las cuales goza la Administración son el control, la intervención económica del servicio, el poder de reglamentación y de modificar el contrato, además del poder sancionatorio y el de sustitución entre otros. No obstante, sabemos que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por mutuo consentimiento o por causa legales (*pacta sunt servanda*)⁵³. Al perfeccionarse el contrato de concesión, tanto la Administración como el contratante particular asumen de manera inmediata la obligación de ejecutar de buena fe el contrato y cumplir además con las obligaciones que allí se le imponen.⁵⁴ Si la Administración durante el cumplimiento del contrato de concesión, modifica de alguna forma alguna de sus cláusulas en pro de la colectividad, ¿no estaría violando el *pacta sunt servanda*?. Si la respuesta es afirmativa, ¿de qué forma se le asegura al particular contratante que no existirían condiciones o cláusulas que la Administración modificaría aduciendo que se tiene como objetivo lograr el bien común, y que finalmente resultaría no ser así?.

La concesión administrativa, dentro de sus características, resalta en que se trata de una institución que amplía de manera notoria la capacidad jurídica de los individuos. Es este el elemento que ayuda a singularizar la concesión, además de permitir calificarla y tipificarla jurídicamente.

⁵² Vargas Fritz, José Fernando. “La Concesión de Obras Públicas”. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago. Chile. 1997. Pag. 22.

⁵³ Artículo 1545 Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales”

⁵⁴ Artículo 1546 Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Por otra parte, la concesión es un contrato que tiene una duración temporal, además de ser un contrato de tipo *intuitu personae*, que sería la regla general dentro de las concesiones translativas, pero no así en las constitutivas.⁵⁵

En la concesión se reconoce su origen en una facultad discrecional de la Administración, la que por intermedio de una manifestación de voluntad exteriorizada mediante un acto de autoridad y en ejercicio de su potestad administrativa, decide ejercer su poder de otorgamiento de una determinada concesión a favor de un particular apreciando su conveniencia y oportunidad.

Como lo señaláramos anteriormente, la Administración siempre conservará ciertas potestades y derechos, que se fundamenta en el deber del Estado de velar por la adecuada satisfacción del bien común.

3.5. Clasificación de las Concesiones

Existen diversos criterios de clasificación de las concesiones, sin embargo, en nuestro trabajo, nos abocaremos al análisis de dos de ellos. Así, analizaremos su clasificación de acuerdo al origen de los derechos del concesionario y de acuerdo al contenido de la concesión.

3.5.1. Clasificación según el Origen de los Derechos del Concesionario

La concesión según este criterio se clasifica en constitutivas y traslaticias.

3.5.1.1. Concesiones Traslaticias

Este tipo de concesiones ha sido definido como aquellas en que se transfieren derechos o poderes propios del ente administrativo a los particulares, de tal forma que la Administración operaría como cedente y los particulares como cesionarios. Es así que se transfieren funciones, facultades o bien derechos que son exclusivos de la Administración, a los particulares. De acuerdo a lo expresado por Guido Zanobini⁵⁶, este tipo de concesiones se fundamenta en una división entre la titularidad pública y el ejercicio privado de funciones, actividades o bienes considerados esencialmente públicos.

Consecuencialmente, podríamos decir que a través de las concesiones traslaticias, se transfiere al concesionario, derechos o poderes de titularidad pública, que son propios de la Administración, y que amplían la capacidad o esfera jurídica del particular. Esta

⁵⁵ Tanto las concesiones traslaticias como las concesiones constitutivas se tratarán dentro de la clasificación de las concesiones.

⁵⁶ Zabonini, Guido. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina. 1954. Pag. 134-135.

ampliación surge como consecuencia de la relación de cesión en la que la Administración se autoimpone una limitación en el ejercicio de potestades cuya titularidad ostenta. Sin embargo, la Administración se reserva los derechos, ventajas o facultades esenciales sobre el objeto de la concesión (un bien, el ejercicio de una potestad), reserva que permite sostener que dicha concesión no es total ni menos se traduce en una transferencia definitiva de derechos en beneficio del concesionario.

Manifestaciones de las concesiones traslaticias lo constituyen aquellas que recaen sobre un servicio público, un bien nacional o la concesión de obra pública, ya que en todas ellas la Administración concedente renuncia a parte de los derechos de gestión, administración o ejecución directa que respectivamente le corresponden o bien autolimita su actividad en dichos planos en beneficio de un particular concesionario, que asumirá correlativamente el derecho o facultad para la prestación del servicio, la Administración del bien o la ejecución de una obra pública.

3.5.1.2. Concesiones Constitutivas

Las Concesiones constitutivas tienen como característica principal el hecho que el concesionario adquiere un derecho nuevo, es decir, un derecho que anteriormente no tenía existencia, pero que deriva del ordenamiento jurídico, aunque creado de manera particular y específica en su beneficio. Lo anterior, no implicaría una transferencia o una delegación de las facultades o poderes que son propios de la Administración⁵⁷. De esta manera, el derecho nuevo o la capacidad es creado para el beneficiario, es decir, el derecho del concesionario deriva del propio ordenamiento jurídico, formándose *ex novo* en el particular. Así, el poder del ente administrativo se manifiesta concretamente en la creación del respectivo derecho según la ley y sus deberes se limitan a la carga de respetar los derechos así surgidos.

Dentro de este tipo de concesiones, encontramos las concesiones de personalidad jurídica o de nacionalidad, en donde el derecho del concesionario o beneficiario no surge producto de una transferencia de facultades propias del ente administrativo que actúa como concedente, sino que nace de la creación de derechos *ex novo*, de carácter administrativo. Esta característica es lo que permite explicar que este tipo de concesiones constitutivas no constituyan una limitación o una pérdida de derechos para la Administración. Ella no se desprende de los derechos, facultades o capacidades que en virtud de la concesión se radican en el particular concesionario, por lo que la ampliación de la esfera jurídica de éste no sería el resultado de la disminución de las potestades de la Administración.

3.5.2. Clasificación según el Contenido de la Concesión

Si tomamos en cuenta el contenido de la concesión o su objeto, podemos clasificarlas entre aquellas que confieren al particular una situación jurídica de carácter general y preexistente al acto de concesión; y por otra parte, aquellas que le otorgan al

⁵⁷ Morillo-Velaverde Pérez, José Ignacio. "Dominio Público". Editorial Trivium. Madrid. España. 1992. Pag. 132-133.

concesionario la facultad exclusiva de prestar un determinado servicio público, administrar un bien determinado o ejecutar una obra pública, dotándolos en todos estos ámbitos de un derecho subjetivo de carácter particular.

3.5.2.1. Concesiones que establecen una Situación Jurídica de Carácter General y Preexistente

Este tipo de concesiones otorga a su titular un status jurídico de carácter general, que deriva del ordenamiento jurídico y que es preexistente al acto concesional. Además, cabe señalar, que esta nueva situación jurídica será oponible a toda la comunidad. Dentro de este tipo de concesiones, es posible encontrar a las concesiones de nacionalidad por gracia y la concesión de personalidad jurídica, toda vez que una vez otorgadas en forma legal, sus efectos son vinculantes respecto de toda la comunidad y no de una manera restrictiva para la Administración concedente y el particular concesionario.

3.5.2.2. Concesiones que atribuyen al Particular un Derecho Subjetivo de Carácter Individual

Estas concesiones otorgan al beneficiario una importante facultad, cual es la de prestar en forma exclusiva un servicio público determinado, administrar un determinado bien o ejecutar una determinada obra pública. Aquí el particular que ha sido beneficiado, interviene como un colaborador interesado de la Administración en la función pública de satisfacer de una adecuada forma y de manera oportuna una necesidad de carácter general o colectivo. Ejemplo de este tipo de concesiones lo encontramos en las concesiones de servicios públicos, las concesiones que recaen sobre un bien nacional y las concesiones de obra pública.

Resulta importante desde el punto de vista didáctico, determinar de qué manera el contrato de concesión obtiene su eficacia, es decir, cual es el fundamento que tanto el ente concedente como el concesionario se encuentren obligados jurídicamente. Para poder explicar esto, a continuación se analizará la eficacia contractual, pero lo trataremos desde un punto de vista muchísimo más extenso, por lo que nos referiremos a la eficacia contractual de los contratos administrativos.

3.6. Eficacia Contractual de los Contratos Administrativos

Todo contrato administrativo que ha sido celebrado o bien perfeccionado previo procedimiento de formación de la voluntad contractual, constituye una ley para los contratantes. Dicho contrato, quedará regido, a su turno, por las normas legales y reglamentarias aplicables que lo tipifican o regulan. Asimismo si la suscripción y adjudicación de dicho contrato administrativo fue producto de un proceso de licitación, ya sea pública o privada, por lo general adicionalmente de las normas legales aplicables,

dichos contratos –entre los cuales se encuentran los contratos de Concesión de Obras Públicas- se regirán por las normas de las bases de licitación, por la oferta adjudicada y por todas las demás concernientes prescripciones técnicas, generales y particulares.⁵⁸

Una vez que el contrato se encuentra perfeccionado, ambas partes -Administración y contratante particular- asumen la obligación de ejecutar de buena fe el contrato y de esta forma, cumplir las obligaciones que se imponen para cada una de ellas. En este sentido, el artículo 1546 del Código Civil, prescribe “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

De acuerdo a lo anterior, cada parte debe cumplir sus obligaciones en la forma contraída y deberá estarse a lo pactado, sin que le sea posible eximirse de dicho cumplimiento, salvo en las circunstancias especialmente previstas en el mismo contrato o en la ley.

Existen autores que sostienen⁵⁹, que las obligaciones asumidas por el concesionario de un servicio público llegarían a tal extremo que carecería de la acción resolutoria para la eventualidad que la Administración no cumpliera con las obligaciones pactadas, ya que únicamente podría impetrar la correspondiente indemnización de perjuicios, excepto en aquellos casos particulares en que es la propia ley la que dispone la sanción de resolución del vínculo contractual por incumplimiento de la Administración.

Regularmente la ejecución del contrato se realizará a riesgo del contratista y siempre se deberá hacer primar el criterio de la continuidad de la relación jurídica contractual, cuyo fundamento es que el interés público exige que la ejecución del contrato sea ininterrumpida o continuada, excepto casos fortuitos o de fuerza mayor cuyos efectos no hayan sido asumidos expresamente por el propio contratante particular. De esta manera, la ejecución del contrato a cuenta y riesgo del contratista es una regla que explica lo sostenido en cuanto a que los eventos que empeoren su situación no deben constituirse en un obstáculo que excuse al mismo en su obligación en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

⁵⁸ En efecto en el Reglamento de Concesiones de Obras Públicas en su Artículo 2 “Del Contrato y las Normas que lo rigen” se establece: “1.- Los contratos de concesión a que se refiere el artículo anterior, se regirán por: a) El DS MOP No. 294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley No. 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL No. 206, de 1960; b) El DFL MOP No. 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y sus modificaciones contenidas en la Ley 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el DS MOP No. 900, de 1996; c) El presente Reglamento de Concesiones; d) Las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias; e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP; f) El decreto de adjudicación respectivo. 2.- En caso de discrepancia en la interpretación del contrato, primará lo dispuesto en las bases de licitación y sus circulares aclaratorias, por sobre lo establecido en la oferta presentada por el adjudicatario de la concesión, salvo el caso en que ésta contenga aspectos superiores a lo exigido en las bases de licitación y sus circulares aclaratorias, lo que será calificado por el DGOP.”

⁵⁹ V.gr.: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. España. 1999. Pags. 657 a 706.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo 22, numeral 2°, primera parte de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que prescribe: “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.”

No obstante lo antes señalado, tomando en cuenta que estamos en presencia de inversiones de largo plazo basadas en esquemas de asociación público privada es que resulta necesario conciliar la aplicación práctica de esta norma legal con el necesario equilibrio de prestaciones contractuales que se contiene en todo contrato de concesión de obra pública de tal forma que la responsabilidad libremente asumida por el concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no transforme en excesivamente gravosas las obligaciones del concesionario. Más aún, existen ciertas causas en que los mayores gravámenes constructivos o de prestación de servicios que asumen los privados surgen debido a eventos de carácter imprevisibles que exigen al privado un trabajo extremadamente gravoso para él si lo comparamos con la estimación que se pudieron hacer ambas partes. Esto podría justificar una compensación a favor del concesionario, destinada a mantener el equilibrio económico y financiero del contrato, fundado en los principios generales de la contratación que perseguirían preservar el equilibrio racional entre las prestaciones que recíprocamente se han prometido dar las partes. De esta manera, dentro de los fundamentos para esta compensación, es posible encontrar:

el enriquecimiento sin causa, por el cual nadie puede enriquecerse sin una causa real y justa;

la buena fe, en cuanto supone que el cumplimiento de las prestaciones conmutativas asumidas por una de las partes no puede significar para la otra una ventaja o ganancia meramente circunstancial o fortuita que es la contra cara de un perjuicio sufrido por el otro contratante;

la causa(teleológica), que en cuanto elemento necesario de existencia de un acto jurídico, explica que la obligación de un contratante tiene como causa la obligación que recíprocamente contrae el otro contratante, las que se miran como equivalentes a juicio de quien se obliga;

la conmutatividad del contrato de concesión que, en cuanto contrato oneroso, se celebra en beneficio de ambas partes; y

la teoría del abuso del derecho, que pretende explicar que el derecho subjetivo es un interés que merece protección jurídica. Es por esto que el acreedor no puede exceder la satisfacción de ese interés: más allá de ese interés no hay derecho que se pueda invocar válidamente, ni tampoco es posible obtener defensa jurídica. Por otra parte, desde hace siglos se ha entendido que no sería correcto pretender aplicar el derecho de una forma tan estricta, formal y rigurosa que configure una situación de extrema injusticia⁶⁰. En determinado tipo de contratos, por ejemplo, aquellos de larga duración o de tracto sucesivo, las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar pueden ser

⁶⁰ *Summun jus summa injuria.*

alteradas de manera tan relevante que finalmente haga desproporcionadamente gravosa la obligación del deudor, hasta llegar a la iniquidad que se trata de evitar. De tal forma, que si el señalado contrato de tracto sucesivo o de larga duración tiene la calidad o naturaleza de un contrato de adhesión, será muy probable que contenga cláusulas y estipulaciones que hayan sido impuestas unilateralmente por una de las partes –normalmente aquella que se encuentra en una posición de superioridad o supraordenadora- habiéndole cabido a la otra parte sólo la posibilidad de aceptarlos o rechazarlos, mas no de entrar a negociar sobre su extensión y sentido. Pero el abuso de interés no se manifestará sólo en la manera como se han formulado las disposiciones de un contrato, sino que también en una alteración del escenario fáctico posterior que rompe objetivamente un equilibrio económico de las partes. La posición de abuso circunstancial se manifestará en la exigencia de una de las partes para que la otra asuma el riesgo de esas alteraciones de hecho, desnaturalizando así el contrato que, de oneroso y conmutativo (porque las prestaciones se miraban inicialmente como equivalentes), pasaría a ser aleatorio, esto es, aquel cuya equivalencia consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida⁶¹, asimilándose absurda e indebidamente, por tanto, un contrato de concesión de obra pública a tipos contractuales tan variados como lo sería el contrato de seguro, el préstamo a la gruesa ventura, el juego, la apuesta, la constitución de renta vitalicia, y la constitución de censo vitalicio⁶². Por lo anterior, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico público-administrativo no acepta una injustificada y desequilibrada distribución de riesgos entre el privado y la Administración.

3.7. De la Interpretación de los Contratos Administrativos en General y de la Concesión en Particular

La propia doctrina está conteste en la forma de interpretar un contrato administrativo y para ello ha elaborado el siguiente orden:

no deben desvirtuar el contrato, por ejemplo, haciendo decir a las partes algo que jamás pensaron;

para interpretar se requiere acudir en primer lugar al texto del contrato y a los preceptos que lo integran y complementan;

si aplicando lo anterior, aún fuese dudosa la interpretación que se le puede dar al

⁶¹ Artículo 1441 del Código Civil: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

⁶² Artículo 2258 del Código Civil: “ Los principales contratos aleatorios son: 1° El contrato de seguros; 2° El préstamo a la gruesa ventura; 3° El juego; 4° La apuesta; 5° La constitución; 6° La constitución del censo vitalicio. Los dos primeros pertenecen al Código de Comercio”.

contrato, se debe recurrir a los antecedentes de la contratación, tales como los hechos y actos preliminares y también posteriores a la celebración del acto, de manera que puedan ilustrar la intención de las partes⁶³, y

por regla general, la interpretación del contrato deberá efectuarse conforme al principio pro concesión, es decir, de la interpretación que mejor favorezca la continuación del servicio, obra o suministro debido por el contratante a la Administración en el interés general de los usuarios.

De acuerdo a lo ya visto, todo contrato de concesión debe interpretarse de buena fe. En principio, puede hacerse uso de los elementos interpretativos que nos entrega el derecho privado⁶⁴. La Contraloría General de la República en este sentido ha manifestado que a falta de reglas propias de interpretación que se contengan en el contrato administrativo, sus estipulaciones pueden ser interpretadas acudiendo a la ley común⁶⁵. Sin embargo, esta interpretación dependerá principalmente de los términos de las bases de licitación, documento al cual deberá acudirse siempre como primera y a veces, como única instancia de resolución de problemas interpretativos. El autor argentino, Roberto Dromi⁶⁶, hace ver que las disposiciones de las bases de licitación deben interpretarse de manera armónica con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. Además, el autor precisa que los términos o expresiones de los pliegos o bases son de interpretación estricta o restringida, precisamente para salvar el principio de igualdad de todos quienes participaron en el proceso licitatorio.

Además cabe señalar que toda interpretación de un contrato de concesión debe conducir a un resultado armónico, útil, claro y razonable. El artículo 1561 del Código Civil se refiere a la “necesaria utilidad” que debe provocar todo proceso interpretativo de normas contractuales, prescribiendo que: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Además el artículo 1564 del cuerpo legal anteriormente citado, exige que la interpretación de normas contractuales produzca un resultado armonioso, para tales efectos, prescribe: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.” También destaca el artículo 1565 del Código Civil, que sanciona a la parte que ha redactado el contrato de un modo poco claro, indeterminado o ambiguo, puesto que la interpretación deberá hacerse a favor del deudor, esto es, del contratante privado de la Administración.

De lo anterior, concluimos que no sería legítimo, por faltar la utilidad necesaria, la interpretación que haga concluir que debe privarse de todo valor a una norma del contrato. De igual modo, no sería conforme a derecho, que una de las partes sostuviera en virtud de la interpretación contractual, que está en posesión de un título jurídico que le

⁶³ Sarmiento G., Jorge. “Concesión de Servicios Públicos”. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. Argentina 1999.

⁶⁴ Título XIII del Libro IV, artículos 1560 a 1566 del Código Civil.

⁶⁵ Dictamen N° 26.889 de la Contraloría General de la República de 1982.

⁶⁶ Ver Dromi, Roberto. “La licitación pública”. Editorial Ciudad Argentina. Argentina. 2° Edición. 1999.

habilitaría para percibir una ventaja contractual que nunca estuvo en su intención obtener, y menos aún, si ello supone correlativamente un gravamen o perjuicio no previsto por la contraparte. Tampoco, podría atribuirse al contratista los efectos de los “riesgos de redacción del contrato”, esto debido a que usualmente cualquier contratista de la Administración queda en la legítima posición de alegar en su defensa que él ha podido y debido interpretar las normas del contrato administrativo de la forma más beneficiosa para él, en especial de todas las cláusulas, que, por ejemplo, supongan una imposición unilateral y exagerada de riesgos asociados a la contratación.

Por último, nuestra propia Carta Fundamental, en su artículo 20 establece: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19...podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, al que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado...”. De esta forma, fundándonos en la norma recién indicada, no sería razonable convalidar una forma o método interpretativo que se aparte de las reglas generales de hermeneútica. Este llamado “principio de la razonabilidad” obligaría a considerarlo como un nuevo requisito material que se impone dentro de las exigencias que deben cumplir los órganos del Estado –actos interpretativos, resolutivos, fiscalizadores, etc.- para poder considerarlos como conformes a Derecho.

3.8. Relación del Contrato de Concesión con Otras Figuras Jurídicas

Generalmente se ha establecido que existe una íntima relación entre la concesión, la autorización y el permiso.

Los actos administrativos, podrían tener un carácter innovador en cuanto expanden la esfera jurídica del particular, o bien carentes de dicho carácter innovador cuando limitan su libertad, la titularidad o el ejercicio de derechos, o le imponen sanciones.

Siguiendo lo anterior, los actos administrativos innovadores, según lo señalado por el profesor Parada Vásquez ⁶⁷ serían susceptibles de subclasificarlos. De esta forma, distingue entre actos relativos a admisiones, concesiones, autorizaciones, permisos y aprobaciones, y actos de gravamen, que corresponderían a las órdenes administrativas o a los actos extintivos de derechos.

En cuanto a las concesiones y autorizaciones, aun tratándose de actos de carácter innovador, de beneficio o en general manifestaciones de la voluntad de la Administración ampliadoras de la esfera jurídica del particular, ambas instituciones presentan diferencias.

⁶⁷ Parada Vásquez, José Ramón. “Derecho administrativo”. Parte General. Tomo I. Sexta Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.. Madrid. España 1994. Pags. 115 y ss. Citado en Silva Cimma, Enrique. “Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes”. Editorial jurídica de Chile. Santiago. Chile. 1995, Pag. 91.

Es así que en el caso de la concesión, ésta se configura como un acto administrativo que crea derechos nuevos, es decir, que no existían con anterioridad al acto de concesión, o bien, se transfieren derechos o poderes preexistentes cuyo titular es el ente administrativo.

En el caso de la autorización, se trataría de un acto administrativo permisivo respecto del ejercicio de un derecho preexistente, es decir, su objetivo sería remover o bien dar una solución a limitaciones u obstáculos que impedirían el normal ejercicio de un derecho respecto del cual el particular ya sería titular con anterioridad a la autorización. De acuerdo a lo señalado, la autorización no operaría como creador de derechos nuevos, tampoco como modificador de manera sustancial del mundo de las relaciones jurídicas que ya existen. Su función se trataría mas bien de dotar de eficacia jurídica a un derecho preexistente, que se encontraría en un estado de latencia respecto a su eficacia.

El permiso, se trataría de un acto administrativo innovador, de beneficio o bien de ampliación de la esfera jurídica del particular. Pero lamentablemente, en reiteradas ocasiones se homologa a la autorización y también a la concesión administrativa⁶⁸.

Cabe destacar que a la voz permisos se le asigna un alcance muchísimo más restringido que a las concesiones administrativas, ya que se reservaría para derechos de menor intensidad y de mayor precariedad para el favorecido con el permiso. Ahora bien, es preciso y necesario señalar que el permiso atiende a un interés particular del permisionario. Esto a diferencia de lo que ocurre con la concesión administrativa en que existe una atención al un fin de carácter colectivo y público. Además, el permiso correspondería a un acto de mera tolerancia de la Administración, tratándose de una especie de autorización para situaciones de menor significación.

3.9. Causales Generales de la Extinción de las Concesiones

La doctrina ha señalado que una concesión puede llegar a su término por diversas causales, es así que en general se habla del vencimiento del plazo, la caducidad, la revocación, la invalidación, la renuncia del concesionario, la muerte del concesionario, la cesión o transferencia de la concesión con consentimiento de la autoridad otorgante, el mutuo acuerdo entre concedente y concesionario. Aunque éstas ya han sido explicadas, resulta útil y necesario analizarlas en base a la concesión más que a los contratos administrativos propiamente tales.

⁶⁸ Inciso 3°, artículo 3°, DFL N° 340 (1960), que establece normas para el otorgamiento de concesiones marítimas: "Son permisos o autorizaciones aquellas concesiones marítimas de escasa importancia y de carácter transitorio y que sólo son otorgadas hasta por el plazo de un año". Inciso 1° y segundo, artículo 32, Ley N° 18.695, Ley Orgánica de Municipalidades (1988), que establece: "Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos. Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización".

El vencimiento del plazo sería la causal normal de término de una concesión administrativa, ya que su constitución misma está vinculada a un determinado plazo de vigencia. Es precisamente durante ese período de tiempo, dentro del cual se producen los efectos jurídicos que las partes pretendían al constituirla. Una vez que dicho plazo se vence, resulta concluyente que existe una pérdida de eficacia de los efectos de la concesión.

Por otra parte, la caducidad corresponde a una medida que adopta la Administración de forma unilateral como vía de sanción al incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones que ha contraído originadas del acto de concesión. Por ser ésta una sanción de carácter administrativo, resulta imperioso que las obligaciones sean imputables al concesionario y por una causal que se encuentre prevista en el contrato de concesión o bien en la ley.

En cuanto a la revocación, ésta será ejercida por la autoridad en atención a razones de oportunidad y conveniencia, basadas en el interés general de la comunidad, interés que será apreciado discrecionalmente por la autoridad.

En caso que la concesión se extinga debido a ilegitimidad o invalidación, quiere decir que existen vicios de los cuales adolece el acto administrativo generador de aquella, lo que acarrea la nulidad del acto de concesión mismo.

Sabemos, de acuerdo a lo ya visto, que no existe inconveniente alguno que el concesionario renuncie a la concesión, ya que se entiende que éste es titular de un derecho de carácter patrimonial que se encuentra establecido en su propio interés. Pero resulta necesario aclarar que podrá renunciar siempre y cuando esto no se encuentre prohibido por la propia ley.

Para finalizar, la muerte del concesionario constituye también una causal de terminación de la concesión, pero sólo en aquellos casos en que se trate de una concesión *intuito personae*, esto quiere decir, que se haya constituido y adjudicado en función de las particulares características del concesionario.

3.10. La Concesión de Obra Pública

El Contrato de Concesión de Obra Pública puede ser definido como un contrato administrativo celebrado entre el Estado de Chile y un particular concesionario, en virtud del cual éste asume, en un régimen de riesgo compartido, la ejecución, conservación o reparación de una obra pública a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias vigentes. De esta manera, las partes en este tipo de contrato serían el Estado de Chile y un particular que asume la calidad de concesionario⁶⁹.

⁶⁹ Rufián Lizana, Dolores M. "Manual de concesiones de obras públicas". Ed. Fondo de cultura económica. Chile. 1999. Pag. 26 en relación a Vargas Fritz, José Fernando. "La concesión de obras públicas". La ley, Ediciones jurídicas. Santiago. 1997. Pag. 117 y 118.

La normativa legal que rige las Concesiones de Obras Públicas en Chile es posible encontrarla en el DFL MOP N° 850 del año 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 Orgánica del MOP y del DFL N° 206 de 1960, Ley de Caminos. Además, su regulación particular se encuentra en el DFL MOP N° 164 de 1991 que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones y en el DS MOP N° 900 de 1996 que lo actualiza y dispone de un nuevo texto refundido de dicha ley; y en el Reglamento de la Ley de Concesiones, DS MOP N° 956, de 1997.

En cuanto al contenido particular de cada Concesión de Obra Pública, debemos señalar que además de lo anteriormente mencionado, su marco legal y reglamentario se integra por el correspondiente decreto supremo de adjudicación, que manifiesta la voluntad del poder público en orden a otorgar una concesión a quien ha resultado adjudicatario del respectivo proceso de licitación, en las condiciones en que su oferta técnica y económica ha resultado adjudicada, en función de los contenidos fijados en las bases de licitación y proyectos de la concesión que la integran y de las circulares aclaratorias y modificatorias que el Ministerio emite en ese proceso.

3.10.1. Desarrollo Histórico de las Concesiones de Obras Públicas

Analizando la historia de nuestro país en materia de concesiones de obras públicas, nos encontramos con que desde la época colonial y hasta ya bastante avanzada la República, se usó el sistema de peajes y pontazgos como una fuente para obtener recursos y recuperar de esta forma el desembolso económico que implicó la construcción de obras camineras y puentes de madera por los privados y por el sector público. En el año 1842 se dicta una ley referida a derechos de peaje que entre uno de sus principales objetivos podemos destacar: “ Como las necesidades en materia de caminos son tantas que es imposible prestar atención a todas ellas con rentas fiscales, se procurará, poniendo en práctica la autorización conferida por la lei poco antes mencionada, hacer contratos con particulares para la apertura i composición de caminos, indemnizándoles de sus desembolsos, ya cediéndoles derechos de peaje por un limitado tiempo, ya con esta percepción i algunas cantidades del tesoro nacional”....⁷⁰

Siguiendo con el análisis histórico, tenemos que una de las concesiones más importantes registradas en nuestro país durante la etapa de gobernación de don Ambrosio O’Higgins, es la construcción de las variantes camineras de las Cuestas en las Haciendas Lo Prado y Zapata, con que modificó el trazado anterior del camino entre Santiago y Valparaíso, vía Melipilla, mejorándolo hasta uno muy parecido al actual que predomina desde fines de la década de 1960.

En forma posterior se ejecutaron obras por concesión como el camino entre Valparaíso y Viña del Mar, y ya al comenzar el siglo XX se continuó con la construcción de este camino hasta Con-Con utilizando la misma modalidad.

En la ciudad de Santiago, una actual parte de la Avenida Las Condes tuvo ejecución inicial por medio de concesión desarrollada por mineros para mejorar su acceso a las

⁷⁰ Texto de la Memoria del Ministro del Interior, Dn. Manuel Montt, presentada ante el Congreso Nacional en el año 1846.

faenas. Avanzando el siglo XX, los sistemas que propendían a la construcción directa de las obras públicas de diverso tipo por los privados, bajo el régimen jurídico de permiso o concesión de las obras públicas, cayeron en desuso por razones económicas, políticas y también ideológicas. El Estado quedó como único ente encargado de la provisión y operación de las diversas infraestructuras públicas. Todo esto se mantuvo de la misma forma en el tiempo, hasta que en la década de los noventa, tanto en Chile como en el resto de Latinoamérica, comienza a dominar la idea que el Estado como responsable y ejecutor de la concepción, decisión, financiamiento, construcción, operación y gestión de las diversas infraestructuras públicas. Esta noción llega a su extremo entre las décadas de los años 50 y 70, con las ideas vigentes sobre el rol del Estado para promover el desarrollo y sustituir importaciones. Desde los años 70 y 80 renacen las ideas que visualizan disminuir el rol del Estado para dejar más espacio e iniciativa a los particulares, de modo tal que el sector público se concentre sólo en aquellos aspectos y funciones inherentes que no pudieren ser satisfechos por los privados. Así, durante parte de esas décadas se privatizó una gran cantidad de empresas productivas y de prestación de servicios que, por diversas causas históricas, se encontraban en poder del Estado.

3.10.2. Naturaleza Jurídica del Contrato de Concesión de Obra Pública

La Constitución Política de la República, en su artículo 60 N° 10, señala que es materia de ley la fijación de las normas que regulen la concesión de bienes del Estado, de lo que se sigue que sólo en virtud de una normativa previa y expresa, la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra de este tipo y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen como medio de financiar el costo de aquella.

La doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de la concesión y en particular si ésta constituye o no un contrato, la Ley de Concesiones se refiere en forma repetitiva a la existencia de un contrato entre el Estado y el concesionario cuya naturaleza será necesariamente la de una relación contractual administrativa al recaer sobre un objeto público (la obra pública) participar en él la Administración pública investida de una serie de prerrogativas, tener una finalidad pública (la construcción, conservación y explotación de una obra pública) y por la rigurosidad de las formas contractuales. En efecto, a pesar que no existe en el derecho chileno una regulación exhaustiva de los contratos administrativos, siguiendo al derecho administrativo, la doctrina ha admitido la existencia de contratos administrativos que han sido reconocidos por la legislación positiva nacional como sometidos a un régimen jurídico especial y que son distintos por lo tanto de los contratos civiles.

El Contrato de Concesión de Obra Pública podemos señalar que posee una naturaleza contractual al concurrir en su formación la voluntad de las partes y también se encuentra regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad⁷¹.

La parte reglamentaria se refiere a todo lo que concierne a la organización y funcionamiento del servicio y a las potestades de intervención de la Administración en

función del interés público. Por consiguiente este tipo de cláusulas reglamentarias no son objeto de debate entre las partes sino impuestas en bloque y unilateralmente al concesionario, lo que no es óbice para que opere la conjunción de voluntades entre la Administración y el concesionario; además algunas normas pueden ser modificadas unilateralmente por la administración, compensando adecuadamente al concesionario, pero éste no puede, por un acuerdo especial con un usuario, derogar alguna de estas disposiciones. En este sentido, la calificación contractual de la concesión no obsta a que sobre cada uno de los determinados servicios públicos que pueden ser llevados a cabo, gestionados a través de la concesión, exista una determinada normativa de carácter reglamentario aplicable con anterioridad a la concesión del servicio y la Administración podrá intervenir en el mismo en función de ese contenido reglamentario.

La parte contractual comprende la duración de la concesión y las ventajas financieras que la administración otorga al concesionario; además el derecho al equilibrio financiero del concesionario. Estos elementos, puesto que son contractuales, son garantizados al concesionario por el contrato. A su vez, en lo que respecta a este contenido contractual, confluyen en el contrato de concesión tanto normas de derecho público como de derecho privado. Entre estas últimas habrá que incluir aquellas que regulan las relaciones del concesionario con terceros e incluso, en las relaciones de la Administración con el concesionario, habrá que aplicar el Derecho Civil en todo lo no regulado por la Ley de Concesiones.

3.10.3. Características Específicas de la Concesión de Obra Pública

Cabe también señalar que además de poseer las características propias de todo contrato administrativo, el contrato de concesión de obra pública posee las características de derecho común que son aplicadas a la contratación en general. Además, es necesario para el análisis de esta materia, definirlo preliminarmente como un contrato que reúne las condiciones de ser un contrato de tipo bilateral o sinalagmático, ya que ambas partes se obligan recíprocamente y oneroso conmutativo por cuanto cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que si mira como equivalente a lo que debe dar o hacer la otra parte a su vez. Siguiendo el mismo análisis, es posible encontrar ciertas

⁷¹ Silva Cimma, Enrique. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes". Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile 1995. Pag. 225. Señala al respecto que no puede ser un contrato de derecho privado, "principalmente por la desigualdad jurídica de los pactantes y, sobre todo, por el régimen jurídico que vincula a las partes directas del contrato, que es esencialmente de Derecho Público. Aún más, en estricto rigor científico tampoco cabría asignarle el carácter de contrato como habitualmente se hace, pues técnicamente se trata de un acto de poder, absolutamente administrativo y regulado por u sistema normativo de Derecho Público previo, en cuyo establecimiento para nada interviene como determinante la voluntad del particular. Ello no es óbice para reconocer que en nuestro derecho positivo nacional, como lo veremos en párrafos posteriores, el legislador conceptualiza la concesión de obra pública como un contrato, obviamente regido en lo que a las relaciones entre la Administración y el concesionario se refiere, por una normativa especial de Derecho Público. En cierto modo, la concesión de obra pública, al igual que la de servicio público, importa desprendimiento por la Administración de parte de sus facultades específicas que se traspan al particular. Consecuencia de esto es que ese particular puede verse favorecido por el régimen de excepción del servicio público: monopolios, restricciones y servidumbres administrativas, etc."

características específicas de entre las cuales es posible mencionar:

Existe una propiedad pública de los activos que conforman o se adscriben a la concesión, básicamente conformado por bienes nacionales de uso público y fiscales. Es así que esos bienes no se constituyen en “activo del concesionario”, sino del Estado. La concesión de obra pública es un contrato que se encuentra fuertemente garantizado a favor del Estado.

La concesión de obra pública puede contener fuertes garantías a favor del concesionario que permitirían a éste asegurarle en mayor o menor medida la posibilidad de pagar a los financistas y obtener un legítimo rédito por la inversión que efectúe y la gestión posterior que lleve a cabo de la obra pública. Es así que sobresalen ciertos instrumentos o mecanismos que protegen a los intereses del concesionario o de los inversionistas y que actúan como atractores puestos por el Estado para que ellos ingresen y participen de esta nueva área de negocios y contratación administrativa. Se trataría en especial de los Ingresos Mínimos Garantizados (IMG) y el Mecanismo de Cobertura Cambiaria (MCC). El IMG podría ser definido como una obligación que emana del contrato de concesión. Como ya lo dijimos antes, este tipo de contrato tiene como principal característica el hecho que el concesionario se encuentra sometido a un estricto régimen de derecho público, que es impuesto por la ley, el reglamento y las Bases de Licitación. Pero es posible apreciar en dicho contrato otro tipo de normas que tienen un indiscutido carácter contractual. Ahora bien, este Ingreso Mínimo Garantizado el Ministerio de Obras Públicas garantiza al concesionario un nivel de ingreso mínimo en unidades de fomento para cada uno de los años de operación del proyecto. De esta forma, en el caso que el valor total de lo recaudado por el concesionario en peajes, es inferior al IMG para dicho año, el MOP debe pagarle la diferencia de ingresos en el año calendario siguiente. En el documento denominado “Aspectos Macroeconómicos del Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público del año 2002”, presentado por don Mario Marcel Cullell, Director de Presupuesto a la Comisión Especial de Presupuesto del Congreso Nacional en octubre de 2001, se identifica al IMG como un “Pasivo Contingente Relevante del Sector Público en Chile” (pasivo sujeto a condición). Además, se establece que esta garantía tiene como objeto reducir el riesgo soberano de los proyectos, y también sería fundamental para la estructura del financiamiento requerido para la ejecución de las obras, ya que reduce el riesgo de los financistas. Ahora bien, jurídicamente se trataría de una obligación de tipo condicional que emana de un contrato administrativo y que pone al Estado frente a su no cumplimiento en la posición de tener que cumplir forzosamente y de indemnizar los perjuicios emanados de su incumplimiento. Por su carácter eventual, podemos concluir que se trata de un gasto variable. En cuanto al Mecanismo de Cobertura Cambiaria, ésta permite hacer frente a problemas que provengan de la variación de tipo de cambio al asumir el concesionario deudas en moneda extranjera, en circunstancias que sus ingresos son percibidos en pesos chilenos. De esta manera, el MCC permite acotar el riesgo cambiario a un 10% para el Estado u el concesionario: en caso que la fluctuación del tipo de cambio supere este rango, los sobrecostos que asuma el concesionario serán pagados por el Estado; en caso contrario, estos es, si el costo de la deuda se reduce más allá de un 10% por este efecto cambiario, será el concesionario quien debe pagar al Estado la diferencia sobre ese margen.

Se permite dar en garantía el contrato a los financistas del proyecto. La ley, como veremos en el capítulo correspondiente al análisis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, otorga un derecho al concesionario para que pueda hacer uso del contrato de concesión como garantía equivalente a la prenda industrial, en su relación con financistas del proyecto.

Se trata de un contrato que incorpora adecuadas flexibilidades y estímulos. Entre ellos, cabe destacarse que el plazo de la concesión es uno sólo, al tiempo que la sub-etapa de construcción tiene un plazo fijado como tiempo máximo para ejecutar la obra debida. En otras palabras, si la concesionaria concluye en forma anticipada la construcción de la obra, puede empezar de manera inmediata a explotarla, con percepción de ingresos, aún cuando no haya vencido el plazo definido en el contrato para la construcción.

3.10.4. Obligaciones que Contrae el Concesionario de una Obra Pública

Es bien sabido, que el Contrato de Concesión de Obra Pública se estructura en dos etapas o fases. La primera etapa es la denominada “etapa de construcción” y la segunda sería la “etapa de explotación”. El concesionario asume distintas obligaciones dependiendo de la etapa en la cual se encuentre. De esta manera dentro de las principales obligaciones del concesionario durante la etapa de construcción tenemos:

Llevar a cabo las obras contratadas a su entero riesgo. La primera y fundamental obligación sería la ejecución de las diversas faenas y trabajos que conforman la obra que constituye el objeto del contrato de concesión, sea la construcción de obras enteras o parcialmente nuevas, o en la reconstrucción, o en el mejoramiento de los estándares constructivos o de servicio de obras preexistentes e incluso, en la sola mantención de éstas últimas. Generalmente, las obras que se contratan por concesión implican una mezcla de los distintos tipos de actividad, que se aplican a obras del todo o en parte nuevas, acompañadas de mejoramiento, reconstrucción y conservación de obras anteriores. Por su naturaleza y definición legal de estas concesiones, la sociedad concesionaria se obliga a ejecutar enteramente la obra que definen las bases y el proyecto, con arreglo a las normativas técnicas y a las ciencias, técnicas y artes aplicables, asumiendo su financiamiento total.

No interrumpir el tránsito de caminos existentes. Durante la etapa de construcción el concesionario no puede afectar el uso normal de las obras de infraestructuras preexistentes. Debido a esto, y en caso que dicha interrupción sea imprescindible para poder ejecutar la obra, deberá habilitar desvíos y tránsitos provisorios.

Ejecutar la obra dentro del plazo máximo que señala el contrato. Salvo causas imputables al propio Estado, el concesionario tiene un plazo dado para construir, vencido el cual, la obra debe estar en condiciones de ser puesta en servicio. En el evento que ello no suceda, queda sujeto el concesionario a fuertes multas en dinero por cada mes de retraso que transcurra hasta la puesta en servicio efectiva.

Mantener el grupo adjudicatario como mínimo un 51% de los derechos en la

sociedad concesionaria y no transferirlos durante la etapa de construcción sin autorización previa del Ministerio de obras públicas.

Por otra parte, durante la etapa de explotación, el concesionario se obliga a:

Conservar las obras, accesos, señalización y servicios en condiciones normales.

Prestar el servicio de modo continuo y en condiciones de absoluta normalidad.

3.10.5. Cesión de la Concesión de Obra Pública

El concesionario de una obra pública puede cederla o transferirla, ya sea a título voluntario o forzoso. Pero esta cesión, venta o transferencia de derechos o acciones en el capital de la sociedad anónima concesionaria debe ajustarse a las normas del Reglamento y a aquellas que las bases estipulen para cada contrato de concesión, sobre los porcentajes del capital que pueden ser transados libremente por el grupo adjudicatario o la concesionaria y de aquellos que requieren de autorización previa del Ministerio, en función de la etapa de desarrollo del contrato en que se encuentre y de las estipulaciones específicas que puedan haberse incorporado a cada uno de ellos. Es así, que en la etapa de construcción la regla general indica que el grupo adjudicatario debe mantener como mínimo el 51% de los derechos, obligándose a transferirlos sin autorización del Ministerio, hasta la puesta en servicio. En cambio, desde la puesta en servicio, la sociedad concesionaria deberá solicitar la autorización previa del Ministerio, sólo cuando la modificación en la propiedad de los derechos signifique “cambios en el control de la administración”. La cesión voluntaria o forzosa en la concesión deberá ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones del contrato.

En cuanto al perfeccionamiento de la cesión voluntaria, el MOP deberá autorizarla siempre que dicha transferencia comprenda la totalidad de los derechos y obligaciones del concesionario, y sólo podrá hacerse a un apersona natural o jurídica, o grupo de ellas que cumpla con los requisitos para ser licitante de ese contrato, que no esté sujeta a inhabilidades.

CAPÍTULO CUARTO LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS. ANÁLISIS DEL MARCO REGULATORIO ESTABLECIDO EN LA LEY DE CONCESIONES

4.1. Introducción. Marco Legal Regulatorio

Primeramente se hace necesario abordar el desarrollo legal que ha tenido la implementación del sistema de concesiones en nuestro país. Es así que debemos tener presente que la regulación de las concesiones data del año 1982. De esta manera con la dictación del DFL N° 591 se fijaron las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el artículo 52 de la ley N° 15.840 y a las licitaciones que deben otorgarse en los casos que señala. No obstante, debemos agregar que jamás se adjudicó alguna obra en virtud del Decreto con Fuerza de Ley.

A comienzos de los noventa se toma conciencia en cuanto a que el sistema implementado no era suficiente para cubrir el déficit de infraestructura existente en nuestro país. Sin duda era un grave problema, ya que esto acarrearía un estancamiento en el desarrollo económico del país. Consecuencialmente se hace imperativo realizar una serie de modificaciones legales para potenciar de esta manera la Asociación Público-Privada para el desarrollo de infraestructura. La situación de aquella época es posible resumirla en los siguientes puntos:

La infraestructura pública del país al inicio de la década de los noventa era totalmente insuficiente e impedía el desarrollo sostenido de la economía;

Los recursos públicos eran insuficientes para hacer frente a la demanda por infraestructura;

La asociación público privada en el financiamiento y gestión de la infraestructura permitiría paliar el déficit existente;

El mecanismo de mercado para la asignación de recursos en infraestructura era utilizable con éxito;

El proceso permitiría la liberación de recursos públicos para destinarlos a inversiones sin rentabilidad privada, pero de alto impacto social.

Bajo la mencionada situación, nace la Ley N° 19.068 del año 1991, que permitió la creación de una legislación aplicable en general a todas las obras públicas y a todas las funciones, sean éstas de construcción, reparación, conservación y explotación. Además permitió la generación de un sistema licitatorio y contractual flexible aplicable a todo tipo de obras públicas con licitación pública obligatoria, reducir las potestades públicas del Estado en el contrato y dar un marco de igualdad jurídica entre las partes. Es importante señalar además que se establece el plazo de un año como máximo, desde su presentación, para la calificación de las postulaciones. Dicha postulación sería resuelta en forma fundada por el Ministerio de Obras Públicas. Además, dentro de un año también, desde la presentación, deberá licitarse la obra cuya ejecución se licitó. Finalmente, entre otros, se crea como forma de incentivo un premio para los que postularan la idea que se licita.

No obstante, en el año 1993 se dictó la Ley N° 19.252 que tuvo por objeto introducir algunas modificaciones a la legislación a partir de la experiencia vivida con el proceso de licitación del Túnel El Melón.

En el año 1966 nace la Ley N° 19.460 que contiene normas relativas al mejoramiento o clarificación del texto legal sobre iniciativas privadas, régimen licitatorio, perfeccionamiento del contrato de concesión y plazo para ello, ampliación del concepto legal de concesión de obra pública. Además trata temas operativos referidos al régimen contractual, dentro de estos temas, podemos decir que se refiere a las formas de pago de las compensaciones por modificación de las obras, principios y actas de cesión de derechos y garantías. Regula también nuevos accesos a las obras en concesión con la posibilidad de cobro a los interesados; elusión del pago de la tarifa y sistema de cobro indemnizatorio. Protege además a los terceros financistas del concesionario. Nace de esta manera la prenda especial de concesión de obra pública y se otorgan derechos

especiales a este tipo de acreedores.

Es importante destacar que el artículo 1° de la ley, desde la redacción que tuvo en el año 1991, estableció en forma expresa que “la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del DS N° 294 de 1984⁷², del MOP, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse...se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las Bases de Licitación de cada contrato en particular...” Esto hacía necesario la dictación de un Reglamento para poder aplicar la Ley de Concesiones, no obstante, que la mayoría de las disposiciones que contiene actualmente el Reglamento podrían ser introducidas en los contratos directamente a través de las Bases de Licitación. Es así que en el año 1991 el Ejecutivo dicta el DS N° 240, Reglamento de la Ley de Concesiones que contiene referencias expresas a los temas que la ley había dejado para la competencia del reglamento. Estos temas son:

- 1.- Iniciativas Privadas
- 2.- Actuaciones del MOP previas a la Licitación
- 3.- Requisitos de los Licitantes
- 4.- Garantía de Seriedad de la Oferta
- 5.- Procedimiento de Adjudicación
- 6.- Requisitos de la Sociedad Concesionaria
- 7.- Sanciones y Multas.

El Reglamento introdujo normas específicas de carácter general para regular el proceso de licitación y adjudicación y otros aspectos relacionados con el contrato de concesión, que aunque podrían incluirse en las Bases de Licitación de cada contrato, daban un carácter más permanente a las normas, otorgando una mayor transparencia y homogeneidad al sistema y a la vez servirían de pauta al Ministerio para elaborar así las bases de cada uno de los contratos.

Ahora, bien en virtud de las modificaciones sufridas por la Ley de Concesiones después de la dictación del Reglamento, el poder Ejecutivo se vio en la imperiosa necesidad de elaborar un nuevo reglamento, nos referimos al DS MOP N° 956 del 6 de octubre de 1997⁷³. Este Reglamento contiene las normas relacionadas con las modificaciones legales y además sistematiza ciertas normas anteriormente incluidas en las Bases de Licitación.

De esta manera, la normativa vigente que se aplica a las concesiones de obra pública sería la siguiente:

Artículos 87 y 88 del DFL MOP N° 850 de 1997, que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del MOP y del DFL N° 206 del

⁷² Sustituido por el DFL MOP N° 850 de 1997.

⁷³ En marzo del año 1999 la Contraloría General de la República realiza el trámite de toma de razón, por lo que fue publicado en el Diario Oficial el 22 de marzo del año mencionado.

1960, Ley de Caminos.

DS MOP N° 900 de 1996, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164 del 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. El Texto Refundido incorporó los textos de la Ley N° 19.252 de 1992 y de la Ley N° 19.460 de 1994.

DS MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que sustituye al DS N° 240 de 1991.

A lo ya expuesto, debemos agregar que junto a la Ley de Concesiones se hizo necesario acompañar la legislación especial con otras normas relacionadas con el sistema financiero, el fin de esto es incentivar las inversiones con normas tributarias o con leyes que aseguren la recuperación de ingresos por parte de los concesionarios.

Es así, que destaca la modificación de la Ley General de Bancos para ampliar los préstamos a las concesionarias y constructoras, las modificaciones a la legislación de administradoras de fondos de pensiones, compañías de seguros, fondos de inversión y fondos de inversión de capital extranjero, para que de esta manera puedan intervenir en el financiamiento de las concesionarias y la modificación de la ley de valores que permite securitizar los flujos de las concesiones.

En el ámbito tributario, se modificó la Ley de IVA de tal forma que los concesionarios pudieran recuperar los tributos pagados, esto debido a que los peajes o tarifas no están afectas a impuestos y a la vez se modificó la ley de renta para incorporar normas especiales sobre amortización de este tipo de activos y de cálculo de la base imponible de las concesionarias.

Por último, se incorpora la Ley de Telepeaje, requisito para el funcionamiento de las concesiones urbanas al asegurar el pago de las tarifas por medio de un sistema electrónico.

4.2. Procedimiento Licitatorio en los Contratos de Concesión

4.2.1. Introducción al Procedimiento Licitatorio. Principios Generales

Por regla general, las regulaciones concernientes al Derecho Público en nuestro ordenamiento jurídico establecen que el ente administrativo no es libre para elegir la persona del contratante particular. Es así, que debe someterse a un procedimiento especial previsto en la ley para llevar a cabo la selección. Este procedimiento sería de carácter contractual, preparatorio y preliminar, ya que como dijimos anteriormente, se prepara la contratación, pero no alcanza a confundirse con el contrato administrativo que se trata de perfeccionar.

De esta manera, el procedimiento de licitación pública, en términos generales tiene

como función ser el procedimiento administrativo general para la preparación de la voluntad contractual de la Administración. En otras palabras, el ente público en ejercicio de la función administrativa invita a todos quienes estén interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones (Bases de Licitación), formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. Roberto Dromi define la licitación pública como un conjunto más o menos complejo de actos y hechos administrativos especialmente encaminados a lograr la formación de un vínculo jurídico entre los privados que participen del mismo, con el ente licitante.⁷⁴

Es así, que la licitación sería un procedimiento de selección, que al tiempo que asegura la debida transparencia de los actos de la Administración, es una invitación que hace la Administración a los interesados para formular propuestas sobre la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la gestión de un servicio público, de las cuales se aceptará la más ventajosa de acuerdo al mecanismo de adjudicación establecido en las propias Bases de Licitación. Pues bien, al no existir normas legales que regulen de una forma general las licitaciones públicas, ellas se rigen por lo que en cada caso disponga la ley que las establezca o las exija, por las Bases de Licitación que se elaboren al efecto, y por los dos principios del artículo 9 de la Ley N° 18.575, esto es, la libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y la igualdad ante las bases que rigen al contrato.

En un proceso de licitación pública tenemos por una parte a un “ente licitante”, que es el órgano público que hace uso de la licitación, formulando un llamado para la presentación de ofertas, devaluando las mismas, evaluándolas y adjudicando en su concurrencia; y por la otra parte, conforme lo autorice la legislación especial aplicable a cada caso, todos quienes estén interesados en concursar y hayan adquirido la Bases de Licitación respectivas, denominados, también, los “licitadores”, es decir, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera de Chile, incluidos en algunos casos los “consorcios” o agrupaciones de firmas o empresas que participan como una misma entidad para efectos del proceso licitatorio. Los consorcios son una particularidad del sistema concesional de obra pública (DS MOP N° 900 de 1996) y de los contratos de consultoría regulados en el DS MOP N° 48 de 1994, puesto que aquí se abre la posibilidad que quienes participen, lo puedan hacer indistintamente de manera individual (v.gr.: por sí sola una empresa constructora o consultora) o en grupos de dos o más personas o empresas, formando un consorcio (v.gr.: asociación de dos o más empresas consultoras o constructoras nacionales y extranjeras con una empresa operadora). El consorcio no forma una persona jurídica distinta a la de las empresas integrantes del mismo. Sin embargo, la relación precontractual que se fije con el ente licitante lo será entre éste y el consorcio, el cual deberá designar a un representante al efecto. Lo anterior, es complementado regularmente con el deber que se impone a los miembros del consorcio, en caso de adjudicárseles el contrato, de constituir una sociedad con la que se entenderá perfeccionado el contrato que se trate.

Cabe señalar desde ya, que en el caso de las Concesiones de Obras Públicas, no es posible que se pueda perfeccionar el contrato sin llevar a cabo previamente el proceso licitatorio, como si ocurre en otras situaciones, como por ejemplo lo autoriza la Ley

⁷⁴ Dromi Roberto, “Licitación Pública” Editorial Ciudad Argentina octava edición, Argentina 2000.

Orgánica de Municipalidades, que en su artículo 8 inciso cuarto establece que: “la celebración de contratos y el otorgamiento de concesiones a que aluden los incisos precedentes, se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales, o tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales.”

4.2.2. Iniciativa del Contrato. Iniciativas de Privados

El artículo 2° del DS MOP N° 900 que fijó el Texto Refundido Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991 en su artículo 2° hace alusión a las iniciativas privadas. Este tema se encuentra regulado por los artículos 4° y siguientes del DS MOP N° 956, Reglamento de Concesiones de 6 de octubre de 1997.

Es así, que cualquier particular puede presentar una idea de proyecto concesionable a efectos que sea analizada por el MOP. En cuanto al éxito de este sistema podemos agregar que entre el año 1992 al 2003 se presentaron 224 iniciativas privadas⁷⁵ que fueron evaluadas a través del sistema de concesiones con la finalidad de establecer si se trataba o no de proyectos de interés público.

Resulta conveniente señalar que el Reglamento, DS MOP N° 956 de 1997 vino a solucionar cierta clase de dificultades que se generaban, bajo el amparo del DS MOP N° 240 de 1991 (primer reglamento), en el procedimiento licitatorio. El Ministerio de Obras Públicas, sufrió serios inconvenientes debido a la calidad de los estudios presentados, que eran decididos por el postulante, además de las escasas posibilidades de modificación del proyecto. A lo anterior debemos agregar que se establecía un premio en la evaluación de la oferta para el postulante de 10% cuando la obra fuese de ámbito nacional y de un 20% para aquellas de ámbito local. Esto provocó un fuerte desincentivo en la competencia dentro del proceso de licitación.

Según lo establece el artículo 4° del DS MOP N° 956, un particular podrá hacer una presentación de un proyecto para que éste sea concesionado, sólo si “la obra no está al momento de su presentación siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada por medio de este sistema”. De tal manera, que se exige al particular un conocimiento de las obras que son materia de estudio por parte del MOP para su concesión, antes de la presentación de cualquier proyecto. La obligación de poner en conocimiento de los particulares la existencia de estos estudios recae sobre el MOP, ya que dicho organismo deberá poner a disposición de todos los interesados, un registro de aquellos proyectos que hayan sido seleccionados para su explotación a través del mecanismo de la concesión. Dicho registro debe ponerse en conocimiento en los meses de enero y julio de cada año.

Por otra parte, los proyectos no debieran permanecer en forma indefinida dentro de los registros, por lo que el Reglamento estableció la existencia de un plazo de 5 años para que sean eliminados todos aquellos proyectos que no hayan sido licitados. Esto

⁷⁵ Fuente: Ministerio de Obras Públicas.

tiene una excepción, ya que podrán permanecer registrados aquellos proyectos que pasados los 5 años no hayan sido licitados, siempre y cuando el MOP fundamente su mantención.

Al ser aprobado el DS MOP N° 956, no existía una cartera de proyectos concesionables, por ser demasiado reciente la Ley de Concesiones. Esto provocó que un gran número de obras fueran concesionadas por particulares, que de haber mediado la existencia de un registro, hubiese sido probablemente incorporadas en forma directa por el MOP. Sostenemos que la idea del MOP era que los privados se hicieran cargo de aquellos proyectos a los cuales no podía acceder, sea por falta de recursos o simplemente por un tema de oportunidad.

Ejemplo de iniciativas privadas en materia de infraestructura vial han sido: el proyecto de ampliación del “Camino Santiago-Colina-Los Andes”; el camino “Acceso Nor-Oriente a Santiago” y el proyecto de Tren Rápido Santiago-Valparaíso-Viña del Mar”. Morales y Villagra⁷⁶ acentúan que la incorporación de iniciativas privadas al Programa de Concesiones del MOP, materializadas en la forma de proyectos de obras públicas, manifiesta el reforzamiento de la idea de una asociación pública-privada para el desarrollo de infraestructura pública.

4.2.2.1. La Postulación

Al ser presentada una iniciativa privada se abren dos etapas. La primera es la llamada “Etapa de Presentación”, en que se presenta la idea de un proyecto para que sea concesionado. El MOP deberá evaluar si la obra es de interés público o no. En caso afirmativo, se abre la segunda etapa, que será la de la proposición. Es aquí donde el postulante deberá acompañar todos los estudios efectuados para que el MOP evalúe la propuesta.

La Ley de Concesiones trata de manera somera la forma en que se efectuará la presentación y establece en su artículo 2° que ésta deberá ser hecha por el postulante en los términos que establezca el Reglamento. Es precisamente el DS MOP N° 956 el que señala en su artículo 5° los antecedentes mínimos con los que debe contar toda presentación. De acuerdo a esto, en toda presentación encontraremos, entre otros, los datos del postulante, el nombre y tipo de proyecto, su ubicación geográfica y área de influencia, la estimación de demandas, terreno y su necesidad de expropiación, la descripción de las obras y el servicio que se prestaría en concesión, los datos de la inversión, análisis de riesgos y antecedentes de las condiciones económicas que podría tener el contrato. Además el postulante podrá incluir cualquier otro antecedente que estime importante y útil para su evaluación. El MOP procederá al registro de la fecha y hora de cada presentación, a fin de asegurar los derechos del primer proponente de la idea.

A partir de la fecha de presentación comienza a correr el plazo de 10 días para que

⁷⁶ Morales Núñez, José Miguel y Villagra Martínez, Marco Antonio. “El Contrato de Concesión de Obra Pública: Fundamentos de Derecho Administrativo” Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile Santiago. Chile. 2001.

el MOP certifique si se cumple o no con los requisitos señalados en el Reglamento. En cuanto al monto de la inversión, éste es importante, ya que existen tres categorías de acuerdo a este factor. Dichas categorías son:

Proyectos con una inversión estimada de hasta 300.000 UF.

Proyectos con una inversión estimada mayor de 300.000 y menor de 800.000 UF.

Proyectos con una inversión estimada de más de 800.000 UF.

Será en esta etapa donde el Ministerio de Obras Públicas consultará a las instituciones pertinentes si el proyecto en cuestión involucra al interés público. En caso de tratarse de Obras Públicas que se encuentren bajo la competencia de otro Ministerio, servicio público, Municipio o empresa pública u otro organismo integrante de la Administración del Estado, serán estos organismos los que podrán designar mandatario al Ministerio de Obras Públicas para que ésta haga entrega de la concesión.

Sólo en el caso de proyectos que envuelvan el interés público se seguirá adelante con el procedimiento, aunque debemos aclarar que esto no crea derecho alguno para el postulante.

La etapa de la proposición se iniciará luego que se verifique la existencia del interés público involucrado en el proceso. Es así que comienza el desarrollo de estudios y también una reevaluación de todos los antecedentes que fueron presentados en un inicio.

La Ley de Concesiones se ha encargado de regular los plazos para que el MOP resuelva fundadamente la propuesta. De esta manera, el Ministerio de Obras Públicas tendrá un año desde la presentación para pronunciarse. Podría suceder que el postulante solicite una ampliación de este plazo debido a la magnitud del proyecto, a su complejidad técnica o a una muy alta inversión inicial. En este caso el plazo máximo será de dos años. Por otra parte, una vez que ya ha sido aprobada la idea de un proyecto, éste deberá licitarse en el plazo de un año contado desde la aprobación. Dicho período comenzará a regir desde que se inicia el proceso respectivo, es decir, a contar del llamado a precalificación.

4.2.2.2. Derechos del Postulante

Si la proposición del postulante es aceptada, se entenderá transferida al MOP, pero a cambio de un premio en la evaluación de la propuesta y como ya lo dijimos anteriormente, deberá ser licitada en el plazo de un año.

La Ley de Concesiones en su artículo 2° establece que aquel postulante que ha dado origen a la licitación se hace merecedor a un premio en la evaluación de la oferta económica que presente. Aunque la mencionada ley no dice cuál será el premio, sí lo hace el Reglamento. El artículo 10 del DS MOP N° 956 señala que el premio consistirá en un incremento del puntaje final, que dependerá de la magnitud de la obra. De esta manera los porcentajes del premio oscilan entre un tres y un 8 por ciento. En el caso que el postulante se presente a la licitación formando parte de un grupo o de un consorcio, deberá ceder expresamente el premio al grupo oferente.

Otro derecho del cual goza el postulante lo señala también la Ley de Concesiones al

facultar al Ministerio de Obras Públicas para ofrecer al postulante el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para la elaboración de la proposición. En cuanto a quien debe efectuar dicho reembolso, la misma ley señala que podrá ser efectuado directamente por el MOP en el caso que el proyecto no sea licitado, la licitación convocada no se haya perfeccionado por falta de adjudicación o bien por cualquier otra causa en uno o dos llamados o finalmente, si se licita por un sistema distinto del de concesión. Por otra parte, en el caso de licitarse por concesión, este reembolso será de cargo del adjudicatario de la concesión. La forma, el modo y el plazo en que deberá efectuarse este reembolso estará señalado por las Bases de Licitación. En aquella situación en que el postulante sea quien se haya adjudicado la concesión, todas las concernientes al reembolso serán establecidas por el Ministerio de Obras Públicas en el respectivo contrato de concesión.

4.3. Etapa Precontractual de la Licitación

El organismo competente para realizar dentro de la etapa precontractual o etapa preparatoria de la licitación todas las actuaciones pertinentes será el Ministerio de Obras Públicas⁷⁷. Esta etapa implica un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual del Estado y del privado oferente.

En esta etapa se realizan una serie de estudios de evaluación económica y también social del proyecto para determinar la factibilidad del proyecto; estudios de ingeniería, proyecciones de tránsito, etc. En este mismo sentido, existen actuaciones relacionadas con el ordenamiento territorial, ya que cualquier obra pública va a tener un impacto en el territorio. Por ejemplo, los proyectos de caminos públicos son administrados por la Dirección de Vialidad, pero suelen tener incidencia en otros caminos administrados por las municipalidades e incluso pueden afectar al Plan Regulador Comunal.

Otro aspecto a considerar dentro de esta etapa es la problemática medio ambiental. Bajo esta perspectiva, el Estado debe conjugar el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República con el artículo 19 N° 8 del mismo cuerpo legal. El primero asegura a todas las personas el derecho para desarrollar cualquier actividad económica, siempre que no sea contraria a la moral, orden público o seguridad nacional y respetando las normas legales que la regulen; mientras que el segundo establece el deber para el Estado de velar por el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. De esta manera, toda persona debe debiera abstenerse de ejercer acciones que signifiquen un menoscabo para el medio ambiente. Esto obliga no sólo a los particulares, sino también al Estado y al decir Estado, nos referimos a todos sus órganos.

El 9 de marzo de 1994 se publica la Ley de Bases de Medio Ambiente N° 19.300 que señala los proyectos o actividades que deberán someterse a una evaluación de su impacto ambiental⁷⁸. Esto se debe a que determinados proyectos podrían producir efectos negativos sobre el medio ambiente. Debido a esto, el Ministerio de Obras

⁷⁷ Inciso 1° del artículo 2° del DS MOP N° 900 de 1996.

Públicas contrata, en la mayor parte de los proyectos que se licitan, estudios de impacto ambiental que pueden ser sometidos voluntariamente a la autoridad ambiental en los casos en que no es obligatorio el pronunciamiento de la misma.

En cuanto al equilibrio interterritorial, éste también debe ser tomado en cuenta en la planificación del sistema de concesiones. Así el artículo 104 de la Constitución Política de la República establece como principio básico para el Gobierno y la Administración interior del Estado, la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Deben también incorporar criterios de solidaridad entre las diferentes regiones y también en el interior de ellas.

4.4. La Precalificación

4.4.1. Precalificación de licitantes en el proceso de concesión

Al hablar de precalificación de licitantes, nos referimos a un proceso previo a la licitación de los proyectos de concesión de obra pública. Esta etapa es de carácter facultativa para el Ministerio de Obras Públicas y su objetivo puede ser:

Identificar por parte del Ministerio de Obras Públicas a los interesados en un proceso futuro de licitación de una concesión y asegurar que estos tiene la idoneidad necesaria para tener el carácter de adjudicatarios del proyecto.⁷⁹

Publicitar un proyecto de concesión previamente a que se realice el llamado y de esta forma advertir a los potenciales inversionistas e interesados de la existencia de determinados proyectos que el MOP considera que pueden ser concesionados y de sus características.

Es posible también, mediante la precalificación, la existencia de un diálogo entre los interesados y el MOP. Es posible de esta manera conocer el grado de interés y apreciaciones de los futuros licitantes.

En cuanto a los plazos de licitación, estos se reducen, ya que el proyecto en cuestión es conocido con anterioridad al llamado a licitación, por lo que es posible preparar el negocio con anterioridad.

Los inversionistas privados se pueden ver favorecidos, ya que conocerán con anterioridad al llamado, el proyecto. Es así que podrán hacer consultas y también sugerencias. Además una vez que la licitación es cerrada entre los precalificados, los inversionistas tendrán el conocimiento de la identidad de los futuros licitantes.

⁷⁸ Artículo 8 Ley de Bases Generales de Medio Ambiente N° 19.300.

⁷⁹ Resulta lógico que aquellos que no tengan la suficiente capacidad técnica y financiera para el proyecto en cuestión queden fuera del proceso de licitación. Además de esta manera, el MOP podrá examinar en forma mucho más detallada las ofertas que poseen un germen de admisibilidad.

El artículo 13 del DS MOP N° 956 de 1997, Reglamento de Concesiones, regula la etapa de precalificación de los licitantes, tanto en las licitaciones nacionales o internacionales. Éste faculta al MOP para realizar un llamado a precalificación de los licitantes cuando a su juicio “la obra u obras revistan especiales características de complejidad, magnitud o costo”

En caso que el MOP se desista de la licitación, los precalificados no tienen derecho a indemnización alguna.

4.4.2. Precalificación Nacional o Internacional

Tanto la Ley de Concesiones como su Reglamento distinguen entre licitaciones nacionales e internacionales. Esta clasificación va a depender si las Bases de Licitación permiten o no que se presenten a la licitación entes extranjeros. Pero una vez que la concesión es adjudicada, la sociedad concesionaria debe ser una sociedad nacional o bien una agencia de la extranjera pero que se haya constituido en Chile de acuerdo a la normativa que se encuentre vigente.

El MOP, en el caso de licitaciones internacionales, podrá remitir las Bases a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, de las embajadas extranjeras acreditadas en Chile y también a través de las embajadas chilenas que a su juicio, correspondan a países donde pudieran existir interesados en la concesión.

4.4.3. El Ministerio de Obras Públicas y la Precalificación

Como lo señaláramos anteriormente, no siempre va a existir una etapa de precalificación de los licitantes. Esto se debe a que el Ministerio de Obras Públicas es el encargado de decidir cuando es conveniente precalificar. El Reglamento de Concesiones sólo se ha encargado de señalar cuales serían las circunstancias en que el MOP podrá efectuar este llamado. Dichas condiciones serían: especiales características de la obra u obras en cuanto a su complejidad, magnitud o costo.

En la mayoría de las grandes obras que han sido licitadas por el MOP se ha utilizado el sistema de precalificación. A vía de ejemplo, podemos mencionar la licitación del Aeropuerto Internacional Comodoro Arturo Merino Benítez de Santiago.

Al tratarse de una etapa de carácter preparatoria de la licitación, en principio no se requerirá del acuerdo del Ministerio de Hacienda. Es así que las Bases de Precalificación son confeccionadas por el Ministerio de Obras Públicas, pero como en forma posterior éstas van a afectar el período de Llamado de Licitación, el Reglamento de Concesiones en su artículo 13 N° 2 dispone que se serán enviadas al Ministerio de Hacienda para que realice un pronunciamiento en un plazo de 30 días. Pero en ningún caso lo que se solicita es su aprobación.

En cuanto a la Contraloría General de República, en esta etapa tampoco se requiere su pronunciamiento, sólo deberá fiscalizar la legalidad con la que se efectúe el llamado a precalificación y luego la licitación.

4.4.4. Las Bases de Precalificación

El objetivo de las Bases de Precalificación es señalar los requisitos legales, económicos o técnicos que deben cumplir los licitantes para poder ser precalificados. Al no existir una regulación propia de la precalificación, se deben tener en cuenta los artículos 12, 13 y 14 del Reglamento de Concesiones que se refieren a los requisitos para ser licitantes propiamente tales. De esta manera, los licitantes para precalificar deberán cumplir con los mismos requisitos que exigirán las Bases de Licitación y que se relacionan con la acreditación de su propia existencia jurídica, al hecho de no encontrarse afectados por impedimentos legales o inhabilidades, la designación de un domicilio y de un representante legal, etc.

Así, los licitantes que intervendrán en el proceso de precalificación serán todas aquellas personas naturales o jurídicas, consideradas en forma individual, nacionales o extranjeras y grupos o consorcios. En cuanto a estos últimos, son las bases de precalificación las que deben señalar en qué forma se presentarán a la etapa precalificativa⁸⁰. Las personas jurídicas extranjeras deberán realizar su acreditación mediante lo señalado en el artículo 17 del Código Civil⁸¹.

Al hablar de requisitos económicos y financieros nos estamos refiriendo a la capacidad económica y financiera de los licitantes, sobre los cuales no existe ningún tipo de regulación legal ni en la normativa sobre precalificación ni en la de la licitación, en consecuencia, será el Ministerio de Obras Públicas quien decidirá qué capacidad económica y financiera debe tener el ente licitante⁸². En el mismo sentido, el MOP podría solicitar el cumplimiento de determinados requisitos técnicos que podrían decir relación con el tipo de obras que hayan sido construidas anteriormente por el precalificado, en los tipos de contratos que éste haya celebrado con el MOP, o incluso en la manera en que se encuentra conformado un consorcio.

En cuanto al contenido de las Bases de Precalificación, la legislación señala que el llamado a precalificación deberá contener a lo menos las siguientes menciones⁸³:

Plazo y lugar para el retiro de las bases de precalificación para el retiro de las bases de precalificación.

Materia u objeto del proyecto de concesión.

⁸⁰ Consorcios entendido como grupo de empresas que nos e han constituido como sociedad.

⁸¹ Artículo 17 Código Civil: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil".

⁸² Con respecto a esto, sostenemos que el Ministerio de Obras Públicas tiene el deber de asegurarse por todos los medios posibles que el ente licitante posee la capacidad suficiente para poder cumplir cabalmente con las obligaciones que derivarán del contrato de concesión.

⁸³ Artículo 13 número 3 del DS MOP N° 956 de 1997, Reglamento de Concesiones.

Plazo y lugar para el retiro de las bases de precalificación.

Plazo para presentar los antecedentes.

4.5. La Licitación de la Concesión

El procedimiento licitatorio, como ya lo hemos anticipado, se caracteriza por estar revestido de una serie de trámites, formalidades y procedimientos. La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades que exija la ley, de lo contrario, estaríamos frente a algún tipo de vicio que impediría la formación del consentimiento.

La licitación podría ser definida como aquel procedimiento administrativo cuyo objeto es la preparación de la voluntad contractual para la posterior celebración de un contrato administrativo, en este caso, un contrato de concesión. Será un ente público, ejerciendo su función administrativa quien extenderá una invitación a aquellos que se interesen, para que cumpliendo con las bases establecidas, formulen sus ofertas entre las cuales se escogerá la más conveniente.

El Ministerio de Obras Públicas deberá elaborar una serie de documentos para hacer posible el procedimiento licitatorio. El primer documento a elaborar consistirá en un Prospecto de Inversión, seguido por las Bases de Licitación y finalmente el Llamado a Licitación.

4.5.1. El Prospecto de Inversión

El prospecto de inversión consiste en un “documento elaborado por el Ministerio de Obras Públicas que resume las características técnicas de la obra que se desea entregar en concesión, las condiciones del servicio que se prestará y los montos aproximados de inversión”⁸⁴.

Como podemos observar, este documento contendrá, entre otras, las siguientes indicaciones:

Resumen de las características de carácter técnico de la obra que se desea concesionar.

Las condiciones del servicio que deberá otorgar el concesionario y que será la explotación de la obra por el procedimiento de concesión.

Los montos aproximados de inversión. Se habla sólo de montos aproximados, ya que las condiciones económicas estarán contenidas en las Bases de Licitación.

Los estudios de carácter técnicos serán encargados a consultoras independientes del MOP, no obstante, éste será siempre responsable de su contenido.

⁸⁴ Artículo 3, DS MOP N° 956 de 1997, Reglamento de Concesiones.

4.5.2. Las Bases de Licitación

4.5.2.1. Aspectos generales

Una vez que el prospecto de inversión se encuentra confeccionado, el MOP deberá proceder a la elaboración de las Bases de Licitación.

A estas bases se les denomina también “Pliego de Condiciones” o “Bases Generales” o “Bases de Licitación”. Las Bases de Licitación están compuestas de tres partes: la primera denominada “bases administrativas” en que se regula la propia convocatoria al concurso y se establece además el objeto, contenido, requisitos, derechos y deberes que impone el contrato a cada parte; la segunda, llamada “bases o especificaciones técnicas”, que reflejan las características de las obras que deberán realizarse y también las condiciones del régimen de explotación y la tercera serán las “bases económicas” en que se incluirán las condiciones para presentar la oferta económica, según lo señala el artículo 7 de la Ley de Concesiones y también el mecanismo por medio del cual será adjudicado el contrato dependiendo de la mejor oferta recibida.

Dromi ha señalado que las bases constituyen un estatuto único y unitario de carácter público al que deben ceñirse, en forma estricta, todos y cada uno de los oferentes⁸⁵. Se trata de una proposición pública y específica que se formula a los oferentes para que participen en la licitación que se iniciará con el aviso de invitación al concurso público. De lo anterior resulta que las Bases podrían ser definidas como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el ente administrativo licitante que especifican:

el suministro, obra o servicio que se licita (objeto);

las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y contratantes (relación jurídica); y

el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).

El pliego de condiciones, constituido por las bases administrativas y las especificaciones técnicas, conforman el estatuto jurídico y técnico del contrato y sus formalidades y es allí donde deben cumplirse –de manera ineludible e inexcusable– todos los presupuestos que hacen jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual posterior. El pliego de posiciones u oferta de la Administración para celebrar un contrato de derecho público (las Bases), es consiguientemente: (i) un documento público, (ii) que emana y es redactado por la entidad licitante en el ejercicio de su potestad reglamentaria, (iii) que debe establecer claramente las condiciones de la negociación, siendo esencial a estos efectos su objeto, el que debe aparecer claramente delimitado bajo conminación de nulidad de derecho público, ya que no puede haber obligación sin un objeto real y lícito (al tenor del artículo 1453 del Código Civil), y en directa relación con lo expresado, “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae

⁸⁵ Dormí, Roberto. “Licitación Pública” Editorial Ciudad Argentina octava edición. Argentina. 2000.

sobre la identidad de la cosa específica de que se trata”.

Las cualidades de ser únicas y unitarias le otorgan a las Bases la certeza necesaria para que pueden sustentarse en ellas principios básicos de una adecuada interpretación administrativa tales como el relativo a una interpretación finalista de la ley; o a la aplicación de los principios generales que rigen las licitaciones públicas, o el de una supuesta eficiencia como principio que debe regir las actuaciones de la Administración; o bien la transparencia de la actividad administrativa; y el interés público o general comprometido.

Las Bases de una Licitación serían las llamadas a orientar hacia objetivos específicos y claramente delimitados la interpretación de la ley desde una perspectiva finalista, como lo ha reconocido en otras oportunidades la Contraloría General de la República, dando a esa interpretación el sentido que surge de la aplicación de los principios generales que rigen toda Licitación, esto es, la “igualdad” de los proponentes y la no concurrencia de “diferencias arbitrarias” o “discriminatorias”. Es por estas razones, que las Bases Administrativas deben estar premunidas, en sí mismas, de esa eficiencia que es principio y valor fundante de las actuaciones de la Administración, al tiempo que su conocimiento oportuno e íntegro de ella y de sus declaraciones dentro del proceso correspondiente a esta etapa de la presentación de los proponentes, es garantía de transparencia en resguardo del interés general comprometido en una licitación pública.

4.5.2.2. Condiciones y Características que deben reunir las Bases de Licitación

constituir el estatuto jurídico y técnico del contrato y de sus formalidades;

poseer un carácter único y unitario;

poseer carácter público;

contener las proposiciones públicas y específicas del objeto licitado;

brindar certeza a todos los posibles oferentes;

ser garantía de transparencia en resguardo del interés general comprometido en una licitación pública;

estar premunidas, en sí mismas de la eficiencia necesaria de las actuaciones de la Administración;

permitir el conocimiento oportuno e íntegro de cada una de la cláusulas y sus aclaraciones dentro del proceso de presentación de los proponentes;

brindar igualdad jurídica de todos los proponentes y asegurarles la no concurrencia de “diferencia arbitrarias” o “discriminatorias”; y

cautelar el interés público comprometido en la licitación.

Es por esto que se debe tener a las Bases de la Licitación como la verdadera “ley de contrato”, ya que en éstas se manifiestan las estipulaciones contractuales y además se establecen cláusulas que son fuente principal de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, y de las partes en la contratación, así como el objeto de la

contratación. En lo que respecta a la *lex contractus*, las Bases vinculan a las partes siempre y cuando no infrinjan una norma de rango superior de cumplimiento necesario, -v.gr.: los derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 de la carta fundamental- o en una norma de rango legal- v.gr.: la ejecución de buena fe del artículo 1546 del Código Civil-.

4.5.2.3. Contenido de las Bases de Licitación

Las Bases de Licitación están compuestas por los siguientes aspectos:

Las "Bases Administrativas", que establecerán las condiciones generales de la licitación y deberán incluir al menos lo siguiente:

Determinación de la normativa que regirá el contrato de concesión.

Garantías que ofrezca el Estado al contrato tales como el seguro por tráfico mínimo, aportes, etc.

Régimen de garantías del contrato, naturaleza y cuantía, indicando los plazos en que deben constituirse. Se incluyen las garantías de seriedad de la oferta, la construcción y la explotación de la obra.

Plazo para las consultas y aclaraciones de las bases.

Documentos que han de ser presentados por los licitantes de acuerdo a la oferta técnica y económica.

Sistema de evaluación de las ofertas y procedimiento de adjudicación.

Forma, fecha, hora y lugar de la presentación de las ofertas y formalidades del acto de apertura.

Multas y sanciones establecidas.

Causales de suspensión y extinción de la concesión.

Sistema de mediación y cómputo de datos.

En el caso de tratarse de un proyecto que haya sido propuesto por iniciativa privativa, identidad del proponente y premio al que tiene derecho en la evaluación de la oferta.

Otras consideraciones que se considere conveniente incluir.

Las Bases Técnicas, que dicen relación con las características de las obras a realizar y las condiciones del régimen de explotación.

Las Bases Económicas, relacionadas con las condiciones para presentar la oferta económica, según lo estipulado en el artículo 7° de la Ley y el mecanismo por el que será adjudicado el contrato dependiendo de la mejor oferta recibida por el MOP.

La elaboración de las Bases de Licitación concluye con la aceptación de ellas por parte del ente público licitante. De ello se deja constancia a través de un acto administrativo de carácter expreso⁸⁶. En el caso de las Concesiones de Obras Públicas,

⁸⁶ Resolución o Decreto según corresponda.

la preparación de dicho contrato supone la aprobación de las Bases de Licitación y además, de las especificaciones técnicas de los planos y presupuestos. De igual forma, deben haberse autorizado los fondos para la contratación.

4.5.2.4. Consultas y Aclaraciones

A partir del momento en que son adquiridas las Bases de Licitación, los interesados tienen la posibilidad de conocer y de interiorizarse de todos los antecedentes contractuales y técnicos que regularán el contrato y la obra o servicio en cuestión. Esta fase tiene como objetivo, permitir a los interesados que formulen consultas o aclaraciones al ente licitante sobre las Bases de Licitación.

Todas estas consultas o aclaraciones serán contestadas e informadas por el ente licitante a todos por igual, es decir, no interesa si han o no formulado preguntas. Este proceso se realiza a través de las llamadas “circulares aclaratorias”.

En esta etapa, el ente Administrativo tiene la facultad para definir completamente el sentido y alcance de todas las normas contractuales y también técnicas del contrato, además, nada obsta para que se le puedan introducir las modificaciones necesarias que surjan producto de las cláusulas dudosas u oscuras o bien ante omisiones que hayan sido advertidas por los interesados.

Es necesario que las “cláusulas aclaratorias” sean aprobadas por el ente administrativo licitante, ya sea a través de una resolución o de un decreto, según corresponda. Esto se debe a que pasarán a formar parte integrante de las Bases de Licitación. En el caso que las Bases de Licitación hayan sido sometidas al trámite previo de toma de razón de la Contraloría General de la República, también deberán someterse a este trámite las “circulares aclaratorias”. Cabe mencionar al respecto que fundándose en la necesaria eficiencia y eficacia, por lo general, la Administración procede a solicitar a la Contraloría un pronunciamiento favorable de todas las circulares en conjunto, en una misma oportunidad que será al finalizar el procedimiento administrativo de formación de la voluntad administrativa.

4.5.3. Llamado a Licitación

Una de las maneras más eficientes y transparentes para realizar el proceso de licitación, es el llamado a Concurso Público. Además, mediante ella es posible se puede alcanzar la máxima competencia entre los distintos interesados y además se garantiza su libre e igual acceso al proceso.

Este llamado ha sido definido como la decisión unilateral del ente público licitante por la que se decide la realización del contrato, sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para su preparación y ejecución⁸⁷.

Lo usual es que la convocatoria comienza con un anuncio del llamado a licitación. Este anuncio se publica en el Diario Oficial y además en un periódico de circulación

⁸⁷ Rufián Lizana, María Dolores. “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999. Pag. 54.

nacional. No debe confundirse el anuncio a la licitación con la oferta para celebrar el contrato que realiza el ente público-administrativo. Así, podríamos decir que el anuncio corresponde al pedido o demanda de ofertas a eventuales interesados. Cabe señalar que nada impediría que se hicieran avisos y publicaciones en el extranjero, situación que se produce cuando se acepta la participación de firmas extranjeras en el concurso.

El llamado a licitación deberá contener, a lo menos, la materia u objeto de la concesión, plazo y lugar para el retiro de las bases y fecha, hora y lugar de entrega de la oferta. Además debe contener el precio de las Bases de Licitación.

Este llamado será hecho por el Director General de Obras Públicas, por sí o a través de delegación en el Director de Servicio o en los Secretarios Regionales Ministeriales de las regiones en donde se realice el proyecto.

Efectuado este llamado, el Ministerio de Obras Públicas contrae la obligación de seguir adelante con el proceso de licitación hasta que sea adjudicado el contrato o bien se desestimen las ofertas, aunque en este último caso, el MOP deberá fundamentar su decisión, pero los oferentes no podrán reclamar ni interponer recurso alguno, ni tampoco recibir alguna indemnización.

4.6. Los Licitantes

El ente administrativo al momento de elegir un contratante posee tres tipos de procedimientos a través de los cuales puede actuar. Así, doctrinalmente es posible reconocer: (i) el procedimiento de adjudicación que supone un concurso o libre competencia entre los licitantes y en que el contrato es adjudicado a aquel que ofrezca las mejores condiciones económicas; (ii) el procedimiento de llamado de ofertas, en que la Administración tiene la posibilidad de escoger su contratante, sin necesariamente tener que elegir a aquel que haya presentado la oferta económica más baja. (iii) finalmente, existe también el sistema de contratación directa.

En lo que concierne al Contrato de Ejecución de Obra Pública y al de concesión, lo usual es la utilización del procedimiento de adjudicación, ya que lo que busca el ente administrativo es obtener el mejor contrato posible, con las mejores condiciones, pero al más bajo costo. Es así que se le adjudicará el contrato a aquel que presente la “mejor oferta”. Pero ¿cómo se determina cuál es el mejor oferta?. Para responder esta pregunta debemos tomar en cuenta un principio fundamental bajo el cual descansa la contratación pública, nos referimos la “libertad de competencia”. Este principio tiene en miras el cumplimiento de dos objetivos que tienen el carácter de esenciales. El primero de ellos dice relación con la protección de los intereses de la Administración, tiene un sustrato económico, ya que los licitantes competirán entre sí a fin de obtener la concesión en cuestión, no obstante, será aquel competidor que ofrezca las mejores condiciones económicas el que gane. El MOP también estará obligado a adjudicar la concesión a aquel licitante que haya presentado la mejor oferta, de acuerdo a la normativa existente en las Bases de Licitación.

El segundo objetivo está íntimamente relacionado con los artículos 19 N° 2, N° 21 y N° 22 de la Constitución Política de la República, que consagran el principio de igualdad ante la ley, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica respetando las normas que la regulen y la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica, respectivamente. De esta manera, la licitación persigue que no se otorgue a ningún licitante ventaja alguna por sobre los demás, es decir, que todos participen en igualdad de condiciones.⁸⁸ Debemos agregar también, que la Ley de Concesiones hace referencia a las reglas civiles sobre capacidad jurídica y de obrar, no obstante, autoriza a que en Reglamento se puedan señalar otras limitaciones. Es así que el artículo 4 de la Ley señala que las licitaciones podrán ser de tipo nacional o internacional y que se podrán presentar a estas tanto las personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, siempre y cuando cumplan con los requisitos y las exigencias que establezca el Reglamento.

En cuanto al Reglamento, éste en sus artículos 15 y 16 establece nuevamente que se podrán presentar a licitación tanto las personas naturales como las jurídicas, sean nacionales o extranjeras, consideradas individualmente o dentro de un grupo licitatorio, pero deberán cumplir con algunos requisitos. Estos requisitos son:

(i) No se encuentren afectados por impedimentos legales o inhabilidades de aquellas señaladas en el artículo 16 del Reglamento para celebrar contratos de esta naturaleza.

(ii) Cumplan con los requisitos y exigencias generales sobre la materia señaladas en el DS MOP N° 294 de 1984⁸⁹, en la Ley de Concesiones, en el presente Reglamento y en las respectivas Bases de Licitación.

Las inhabilidades señaladas por el Reglamento en su artículo 16 son:

No podrán ser licitantes ni formar parte de un grupo licitante las personas condenadas o sometidas a proceso por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, como tampoco los fallidos no rehabilitados. Estas causales no serán aplicables una vez transcurridos el plazo de 2 años desde el término del cumplimiento de la pena o de la rehabilitación, según corresponda. La norma anterior, será aplicable a las personas jurídicas cuando uno o más de sus directores o socios que tengan facultades de administración estuvieren afectados por algunas de las causales de inhabilidad antes indicadas. No podrán ser licitantes ni formar parte de un grupo licitante las personas naturales o jurídicas que hayan formado parte, en el momento de la respectiva declaración, de incumplimiento grave a que se refiere el artículo 28 del DS MOP N° 900 de 1996 del grupo controlador de una sociedad concesionaria en los términos que establecen los artículos 97 y 99 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores, a la que se le haya declarado la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión. Esta causal no será aplicable una vez transcurrido el plazo de 5 años desde la extinción del contrato.

⁸⁸ Aunque en el caso de una licitación originada por iniciativa privada, el proponente de la idea tiene derecho a un premio en la evaluación de su oferta. Este beneficio no será ofrecido a los demás participantes.

⁸⁹ Norma sustituida por el DFL MOP N° 850 de 1997.

Como lo señaláramos anteriormente, las Bases de Licitación podrían agregar otros requisitos para los oferentes, pero no deben afectar el principio de la igualdad. Es así, que la precalificación podría ser considerada como un examen previo por parte de los organismos pertinentes, para comprobar que se cumple con la necesaria aptitud o capacidad para hacer frente a una obra de un determinado volumen.

Finalmente, la Ley de Concesiones y también el Reglamento hacen referencia a la posibilidad que el licitante esté conformado por un grupo de personas naturales o jurídicas. Esto a pesar que la legislación nacional no ha regulado en forma sistemática la forma jurídica de consorcio de empresas como grupo empresarial con derechos y obligaciones conjuntas. No obstante, ésta suele ser la forma que adoptan los licitantes por medio de algún tipo de documento privado que asegure la intención de presentarse conjuntamente a una licitación, aunque deberán siempre constituir una sociedad chilena de giro exclusivo para la concesión.

4.7. La Oferta

4.7.1. Concepto y Requisitos

La Oferta es la proposición firme, completa e incondicionada para celebrar el contrato que ha sido licitado por un órgano de la Administración del Estado. Se trata de una manifestación unilateral de la voluntad dirigida a otro sujeto, de querer concluir con él un contrato, mediante la aceptación. La oferta por lo general está contenida en dos sobres distintos: el primero dice relación con la oferta técnica, que contiene todos los antecedentes que sirven para identificar cabalmente al oferente y que no existen causales que lo inhabiliten para presentar ofertas. Además contiene el proyecto que presenta el ente licitador o las especificaciones técnicas de su producto o servicio. El segundo sobre dice relación con la oferta económica. Este aspecto se refiere al precio del contrato o contraprestación solicitada por el licitador por la obra, servicio o suministro que se obliga a realizar.

Roberto Dromi señala como características de la oferta, las siguientes⁹⁰ :

emitida por el oferente que se encuentre habilitado para formularla, en forma personal o debidamente representado, de acuerdo a lo estipulado en las Bases de Licitación;

debe ser escrita y formulada en idioma castellano. Excepcionalmente sería posible admitir ofertas verbales para el procedimiento de remate público, como técnica de contratación. Las Bases de Licitación sólo autorizan material complementario adjuntado a la oferta y que esté en un idioma distinto del castellano, por lo general en inglés, cuando corresponde a prospectos o especificaciones técnicas de un producto o servicio de

⁹⁰ Dromi, Roberto. "Licitación Pública". Editorial Ciudad Argentina. Octava edición. Argentina. 2000.

procedencia extranjera;

debe ser firmada por quien tenga personería suficiente para obligar al licitador. Por lo general esta firma se pone en todas las hojas que constituyen la oferta;

debe ser clara, incondicionada, indubitable, sin raspaduras, enmiendas o errores;

debe ser firme y secreta, es decir, no puede tratarse de una oferta indeterminada ni tampoco una oferta que contenga cláusulas condicionales o contradictorias;

debe ser una oferta de carácter serio, de tal manera que no haga presumible de forma fundada al ente administrativo que ella es una oferta temeraria, es decir, imposible o demasiado dificultosa a cumplirse por quien la formula⁹¹. Sostenemos que la Administración necesariamente debe alejarse de este tipo de ofertas que sólo tendrían por objeto alejar a los demás competidores y por ende ocasionarían que la propia Administración posteriormente se vea en la imperiosa necesidad de soportar las consecuencias que pueden acarrear estas ofertas;

debe ser secreta, para lo cual se presenta en un sobre cerrado y el ente administrativo debe arbitrar los medios que garanticen este carácter hasta el momento de su apertura oficial. El carácter de secreto de la oferta se hace extensivo para todos los demás licitadores como también para la Administración, hasta el momento mismo en que se procede a la apertura del sobre que contiene la oferta, se acuerdo a lo establecido en las Bases de Licitación;

la oferta debe ser garantizada debido al interés público que ella contiene. Esta garantía se puede efectuar ya sea por medio de una póliza de seguro, boleta bancaria de garantía u otro documento que expresamente se contemple en las Bases de Licitación. El objeto de esta garantía es asegurar la celebración del contrato, entras cosas, más no su cumplimiento. De esta forma, se asegura a la Administración que el licitador que resulte favorecido concurrirá al perfeccionamiento del respectivo contrato. Además esta garantía puede tener por finalidad lograra los siguientes objetivos: a) habilita la admisión del licitador o proponente en el acto de presentación de ofertas; b) asegura la seriedad del ofrecimiento que hace cada proponente o participante; c) garantiza que se cumplirá con la propuesta formulada; d) mantener el precio durante el plazo establecido en el pliego de condiciones.

Existe un caso excepcionalísimo que se contempla para los contratos de consultoría del MOP en los cuales no se exige esta clase de garantía, salvo casos explícitamente establecidos en las respectivas Bases de Licitación. Otro caso similar se contempla en el Contrato de Obras Públicas (tradicional) en el que se admite un desistimiento válido y legítimo por parte del oferente, si la Administración no dicta la respectiva resolución que acepta una de las propuestas que hubieren sido presentadas dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la apertura de la licitación. En cuanto a la extensión de la oferta, entendemos que debe hacerse por todo el plazo que señalen las Bases de Licitación, que generalmente es igual o mayor al tiempo requerido para perfeccionar el contrato que se trate, ya que con dicho perfeccionamiento contractual se exigirá al adjudicatario nuevas boletas, no ya de seriedad de la oferta, sino que del cumplimiento fiel del contrato. La

⁹¹ Teoría de la Maldición del Ganador.

garantía, de acuerdo a lo expresado por Dromi debe ser tomada de tal modo, monto, momento y plazo que especifiquen las Bases de Licitación, ya que incumpléndose uno cualesquiera de estos requisitos, el ente licitante deberá declarar inadmisibles las ofertas presentadas con tal irregularidad. Esta garantía tiene por objeto habilitar la admisión del licitador o proponente en el acto de presentación de ofertas; asegurar la seriedad del ofrecimiento; garantizar que se cumplirá con la propuesta formulada y que se celebrará el contrato licitado, y que se mantendrá el precio durante el plazo establecido en el pliego de condiciones.

4.7.2. Confección de la Oferta

Una vez que las Bases de Licitación son adquiridas, los licitantes deberán proceder a la etapa de confección de sus ofertas, cumpliendo con las exigencias establecidas por el ente administrativo. Además debe cumplirse con una serie de requisitos de tipo subjetivo, objetivo y formales.

Al hablar de requisitos subjetivos, nos referimos a la capacidad para ser licitante y a la representación. Sólo podrán presentar ofertas los licitantes que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley y en el Reglamento y también en las Bases de Licitación. Todo esto deberá ser demostrado en los documentos de la oferta.

Por otra parte, los requisitos objetivos dicen relación con el objeto mismo de la oferta, que deberá contener los documentos establecidos en las bases y a los factores de evaluación que harán finalmente determinar cual será la oferta ganadora.

Por último, los requisitos formales están ligados a las formalidades establecidas en las bases y que son de cumplimiento obligatorio. Entre estas es posible destacar, la forma escrita, el idioma castellano, la firma del sobre, etc.⁹²

Los licitantes al presentar sus ofertas deberán presentar un documento que se compone de tres elementos:

(i) Antecedentes Generales, que se incluyen dentro del sobre llamado "Oferta Técnica" y que comprende la acreditación del licitante y sus requisitos de capacidad, el nombramiento de representante y la entrega de la garantía de seriedad de la propuesta.

(ii) Oferta Técnica, cuyo contenido debe ser precisado en las Bases de Licitación y que se relaciona, por ejemplo, con las especificaciones del proyecto y de la ejecución de la obra, presupuesto, régimen de explotación, programa de financiamiento, servicios complementarios propuestos, etc.

(iii) Oferta Económica, que contendrá la proposición y además los antecedentes bajo los cuales el licitante está dispuesto a tomar la concesión de la obra según lo estipulado en las bases económicas.

4.7.3. Presentación de las Ofertas

Las Bases de Licitación han de indicar el lugar, fecha y hora de presentación de la oferta. Ésta es presentada por el licitante o por el representante que éste designe, sin que sea necesario acreditar la representación en el acto de presentación. Normalmente en el acta que se suscribe se dejará constancia del nombre de la persona que presenta la oferta.

Lo regular es que en un mismo acto, generalmente solemne, público y que no puede ser interrumpido, se incluye:

la presentación de ofertas por parte de los licitadores;

la recepción de las mismas por parte del órgano licitante, actuando normalmente a través de una comisión ad-hoc designada especialmente al efecto;

la apertura de los sobres que contienen la oferta;

las aclaraciones y observaciones que pueden formular los demás licitadores respecto de la oferta presentada por lo oponentes o, en su defecto, por la propia Administración;

el levantamiento y suscripción de un acta de recepción de las ofertas.

Los licitadores que no estén afectos a alguna inhabilidad, se encuentran en condiciones de presentar ofertas al órgano o ente licitante, satisfaciendo todas las exigencias y también los requerimientos sancionados por las propias Bases de Licitación para dicho efecto, referidas especialmente a lugar y fecha de presentación de la oferta, idioma en que se debe expresar la oferta, formato de ellas, suscripción de formularios o anexos de declaraciones del oferente y del contenido de la oferta misma, número de sobres en que debe presentarse la oferta, etc. En algunas oportunidades los licitadores adquieren esta calidad no tan sólo con la adquisición de las respectivas Bases, sino que además, se deben inscribir en un registro general o especial que lleva el propio ente licitante. De esta forma, la inscripción pasa a ser condición adicional de habilitación para participar o condición subjetiva para presentarse como oferente en un procedimiento licitatorio.

4.7.4. Recepción de las Ofertas

Sobre el Ministerio de Obras Públicas, pesa una obligación, ésta es la de recibir las ofertas presentadas en la forma y condiciones establecidas en el Reglamento de Concesiones y las Bases de Licitación. Como señalamos anteriormente, en la práctica, la recepción va a coincidir con la apertura, pero el acto de recepción tendrá individualidad propia dentro del procedimiento y consistirá en la simple aceptación del sobre que contiene la oferta, aunque en principio no producirá efectos jurídicos directos e inmediatos.

Podemos agregar, que se trataría de un acto de mero trámite dentro del procedimiento y que fija el momento a partir del cual la Administración pierde la facultad de modificar su requerimiento. La mera recepción genera el derecho para el licitante de seguir participando en la licitación y que su propuesta sea analizada, aunque nada impide

que luego sea rechazada o desestimada, incluso en el mismo acto de apertura de las ofertas.

4.7.5. Apertura de las Ofertas

Se trata de un acto formal y solemne que se encuentra descrito en el Reglamento y también en las Bases de Licitación y sometido al principio de publicidad, consecuencia de esto, es que en dicho acto podrán estar presentes los licitantes y también otros interesados. La solemnidad exige que se levante un acta, cuya copia podrá ser solicitada por todos aquellos que presentaron ofertas como una forma de garantía de su recepción. Además deberán anotarse todas aquellas observaciones que se formulen.

El artículo 21 del DS MOP N° 956 de 1997 se refiere al proceso de apertura de las ofertas y a la existencia de una Comisión de Apertura, que será la encargada de recibir las ofertas y de su posterior apertura. En el acto de apertura se procederá a abrir sólo la oferta técnica y los sobres que contienen la oferta económica deberán ser sellados y firmados por todos los integrantes de la Comisión, custodiándose sin abrir hasta que se hayan admitido las ofertas técnicas aceptables. Además se dejará constancia de todos aquellos que presentaron ofertas, de los antecedentes que hayan sido recibidos, de los que hayan sido rechazados en el caso que no se hayan incluido todos los antecedentes solicitados y de las observaciones que formulen los licitantes. Tampoco se aceptará ninguna oferta o contraoferta una vez concluido el acto de apertura de la oferta técnica.

4.7.6. Evaluación de las Ofertas Técnicas

Una Comisión integrada a lo menos por un profesional representante del Director General de Obras Públicas, uno del Jefe del Servicio que corresponda a la obra, uno del Ministro de Obras Públicas y uno designado por el Ministro de Hacienda, será la que someta a evaluación las ofertas técnicas.⁹³ Cada uno realizará su calificación en forma independiente, pero dentro del plazo que se contemple dentro de las Bases de Licitación. Luego se promediarán todas las calificaciones y esa será la calificación final.

Debemos agregar que la Comisión de Evaluación posee algunas restricciones en cuanto a la admisibilidad de las ofertas, en caso que no sean respetadas, importaría, por el principio de la preclusión, la admisión de la oferta y por ende el derecho del licitante para que su oferta económica sea abierta.

4.7.7. Aclaraciones, Rectificaciones y Complemento de Antecedentes

La Ley N° 19.252 vino a flexibilizar la rigidez existente en cuanto a la imposibilidad que existía para modificar las ofertas una vez que han sido abiertas.⁹⁴ Es así que en la licitación tiene plena aplicación el principio general que establece que en caso de duda,

⁹³ No obstante, las Bases de Licitación podrán contemplar la designación de miembros adicionales, según lo establece el artículo 22 del DS MOP N° 956 de 1997.

debe estarse a favor del administrado. Las Bases de Licitación deben ser interpretadas en forma restrictiva para resguardar así el principio de la igualdad jurídica de los participantes, para evitar que las ofertas sean descalificadas debe permitirse que el licitante aclare su oferta, su conveniencia será algo que se evaluará luego, pero con cierto criterio de razonabilidad, previa a la adjudicación.

4.7.8. Validez de la Oferta

En cuanto al plazo de validez de la oferta, éste será determinado por las respectivas Bases de Licitación, pero por lo general será de ciento cincuenta días. El Director General de Obras Públicas podrá prorrogar la tiempo de validez de la oferta, pero siempre tomando en cuenta los intereses de los licitantes.

4.7.9. Apertura de las Ofertas Económicas

Una vez que las ofertas han sido consideradas aceptables técnicamente, pasan a la segunda etapa de apertura y evaluación de la oferta económica.

Esta apertura tiene las mismas características que la apertura de las ofertas antes mencionada.

Posteriormente se procederá a la adjudicación del contrato de concesión, etapa que analizaremos a continuación.

4.8. Adjudicación del Contrato de Concesión

Con la adjudicación termina el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa contractual, ya que en ella el ente administrativo determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, conveniente y aceptable.

La adjudicación no se hará en la recepción y apertura de las ofertas, sino que se hará en una oportunidad posterior. Es así que el ente administrativo estaría en condiciones de proceder a la evaluación de cada una de las ofertas presentadas y declaradas admisibles. De esta forma, en esta etapa Intermedia, el ente licitante estudiaría a fondo cada una de las ofertas admitidas, las compararía y escogería así la que resulte mas beneficiosa de acuerdo a los intereses tenidos en vista al momento del llamado a licitación. Este proceso de adjudicación se puede definir como el acto administrativo que emana del ente Administrativo (resolución, simple decreto, decreto supremo, decreto alcaldicio, etc) a través del cual la Administración escoge así a su

⁹⁴ Introdujo en el artículo 7 del DS MOP N° 900 el siguiente inciso: "El Director General de Obras Públicas, con visto bueno del Ministro de Obras Públicas, podrá solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones en la entrega de antecedentes con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica".

contratante. Con esta elección quedaría habilitada la futura celebración y perfeccionamiento del contrato administrativo.

El proceso de adjudicación sería discrecional, ya que es de estricta competencia del ente licitante el escoger y determinar cuál es la mejor oferta recibida. La Administración debe utilizar ciertos criterios de carácter objetivos para evaluar, ya que debe estarse exactamente a las condiciones que se establecieron en las Bases de Licitación como presupuestos necesarios para alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio para adquirir y todos sus asociados, presentes y futuros. No obstante a lo ya mencionado podemos agregar que el proceso de adjudicación sería discrecional, ya que es de estricta competencia del ente licitante el escoger y determinar cuál es la mejor oferta recibida. Ahora bien, esta discrecionalidad, en ningún caso es sinónimo de actuaciones arbitrarias, ya que podrían ser impugnadas por los competidores que se sientan afectados en sus derechos a la luz de la oferta que finalmente ha sido aceptada.

En el caso de las Concesiones de Obras Públicas, la ley se encarga de establecer los factores de licitación, que solos o unidos, pueden incorporarse en las Bases de Licitación. Dentro de los factores de licitación, es posible encontrar: (i) la estructura tarifaria; (ii) el plazo de concesión; (iii) el subsidio del Estado al oferente; (iv) los pagos ofrecidos por el oferente al Estado; (v) los ingresos garantizados por el Estado; (vi) el grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de las obras; (vii) la fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión; (viii) el puntaje total o parcial obtenido en la oferta técnica; (ix) consideraciones de carácter ambiental o ecológicas, como son el ruido, la belleza escénica; (x) los ingresos totales de la concesión.

Ahora bien, el uso combinado de factores que impliquen establecer diferencias arbitrarias entre los diferentes oferentes o el establecimiento de factores de licitación con una alta vaguedad sobre su ponderación en la decisión final que adopte la Administración, podría indicar la existencia de un hecho irregular, ya que aquí podría existir un germen de subjetividad, desigualdad, desproporcionalidad y arbitrariedad. Por lo demás, estos casos, podrían llegar a manifestar criterios *ad hominem*, es decir, que burdamente tratan de predeterminar a un adjudicatario definido de antemano. También, es posible visualizar situaciones de esta clase en cada oportunidad en que el llamado o convocatoria a la licitación fija a los eventuales interesados un plazo tan breve para presentar la oferta, que aparenta tratarse de una licitación en la que el beneficiado se habría informado extraoficial y anticipadamente acerca de las exigencias y requisitos que se impondrían en las Bases de Licitación para presentar una oferta válida y competitiva.

El futuro contratante recibe el nombre, en el momento de la realización de la adjudicación, de "adjudicatario". Además, debemos añadir que en aquellos casos que la ley establece expresamente, y en forma particular allí donde todos los oferentes participan como único y mismo proyecto técnico y el factor de licitación pasa a ser el económico, la Administración no tiene más alternativa que escoger la oferta más económica, ya sea porque contiene el menor precio, o el menor subsidio requerido por el contratante o porque contiene el mayor pago al Estado por la adjudicación del contrato o porque ofrece el menor plazo de vigencia del contrato. En el caso que exista un empate

entre dos o más licitadores, por lo general, el ente licitante pide a los oferentes que han empatado que hagan una última puja, mejorando su oferta de manera de quebrar dicha igualdad.

La adjudicación se materializa en un acto administrativo. La Ley de Concesiones de Obras Públicas prescribe que la adjudicación se resuelve por medio de un decreto supremo del MOP, que deberá llevar, además la firma del Ministro de Hacienda.⁹⁵ El acto administrativo que contiene la adjudicación del contrato puede verse afecto a control preventivo de juridicidad por parte de CGR. Por ello, la adjudicación se perfeccionará tan pronto como el acto administrativo que la contiene sea tramitado en su totalidad, incluida la toma de razón si es procedente, y la publicación o comunicación posterior.

El Decreto de Adjudicación deberá contener los elementos esenciales del contrato, que son:

Individualización del adjudicatario.

Bases de Licitación y la oferta técnica y económica aceptada.

Individualización de la normativa que se entiende incorporada al contrato.

Individualización de anexos que forman parte integrante del contrato.

Descripción del servicio que prestará el concesionario y su ubicación geográfica.

Plazo de duración de la concesión.

Estructura tarifaria. Obligaciones y derechos del concesionario.

Garantías y multas que correspondan.

Beneficios que se incluyen como compensación por los servicios ofrecidos.

Compromisos que asume el Estado.

Servicio del MOP que fiscalizará el contrato.

Bienes Nacionales de Uso Público que serán destinados a áreas de servicio conforme a lo señalado en el artículo 32 del DS MOP N° 900 de 1996.

Cualquier otra cláusula de conformidad con las Bases de Licitación.

El Contrato de Concesión está formado además por la normativa que se entiende incorporada al contrato. Esta normativa será la vigente en el momento en que se contrató. En consecuencia, cualquier modificación posterior, será inaplicable a los contratos celebrados bajo la vigencia de las condiciones anteriores a no ser que ambas partes hayan aceptado expresamente su aplicación⁹⁶. Una vez que se publicó el Decreto de Adjudicación, el artículo 9° del DS MOP N° 900 de 1996 impone dos obligaciones que deberá cumplir el adjudicatario: constituir la sociedad concesionaria y cumplir los trámites de suscripción y protocolización del Decreto de Adjudicación.

⁹⁵ Artículo 8, DS MOP N° 900, de 1996.

⁹⁶ La Ley N° 19.460 de 1996 estableció en sus disposiciones transitorias la posibilidad que los concesionarios pudiesen optar por la nueva ley, lo que debe ser ratificado por el MOP por medio de la dictación de un Decreto Supremo. En el Reglamento de Concesiones existe también una norma del mismo tenor.

4.9. Suscripción y Protocolización del Contrato de Concesión

Sobre el adjudicatario recae la obligación de cumplir con los trámites de suscripción y protocolización del decreto respectivo. El artículo 31 del Reglamento señala que el plazo no podrá ser inferior a 60 días.

El adjudicatario, de esta manera, deberá suscribir ante notario tres transcripciones del Decreto Supremo de Adjudicación de la concesión⁹⁷. Esto se realiza en señal de aceptación del contenido. Se debe protocolizar uno de los ejemplares ante el mismo notario, dentro del plazo que señalen las Bases de Licitación, que se contarán desde la publicación en el Diario Oficial. Una transcripción será archivada en el Departamento de Concesiones de la Dirección General de Obras Públicas y la otra en la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas. Por último, las transcripciones hechas en la forma anteriormente descrita harán fe respecto de toda persona y tendrán mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo⁹⁸.

Una vez que se ha perfeccionado el contrato, surge un derecho subjetivo del concesionario que implica reconocimiento de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición⁹⁹.

En el caso que el adjudicatario no cumpla con las obligaciones antes mencionadas, deberá ser declarado a través de un decreto supremo del MOP. En éste se dejará sin efecto la asignación, pudiendo el MOP llamar a una nueva licitación pública, o a través del mecanismo de licitación privada, llamar a los demás oferentes presentados en la licitación ya realizada a mejor sus ofertas en el plazo de quince días.

A mayor abundamiento, la única posibilidad que establece la Ley de Concesiones de realizar una licitación privada para adjudicar una concesión cuyo presupuesto básico es el fracaso de la primera licitación pública por no haber cumplido el adjudicatario sus obligaciones de formalización del contrato. Debemos enfatizar, que sólo podrán participar de esta licitación privada los oferentes que hubieren presentado ofertas en la primera licitación pública, claro está, excluido el adjudicatario cuya asignación se dejó sin efecto.

Finalmente el Adjudicatario tendrá la obligación de constituir dentro del plazo de 60

⁹⁷ El artículo 31 del Reglamento señala la posibilidad de realizar transcripciones adicionales dirigidas a otros destinatarios. (artículo 31 del Reglamento)

⁹⁸ Letra b), artículo 9 del DS MOP N° 900 de 1996.

⁹⁹ V.gr. El concesionario está facultado para exigir de terceros ciertas obligaciones que no sólo están relacionadas con el pago de tarifas o precios, sino que también podría tener derecho a cobrar a terceros que pretendan conectarse o tener acceso a la obra concesionada.

días la Sociedad Concesionaria la cual será la persona jurídica que desarrollará la inversión siendo ésta la obligada a cumplir con las obligaciones contenidas en las Bases de Licitación. Dada la importancia financiera de la Sociedad Concesionaria su estructura societaria, requisitos demás especificaciones serán desarrolladas en el capítulo siguiente.

4.10. Relaciones entre el MOP, el Concesionario y los Particulares. Derechos y Deberes de las Partes y Terceros.

4.10.1. Introducción

Al finalizar la elaboración del Contrato de Concesión, surgirán una serie de relaciones entre los contratantes, es decir, entre el MOP y el concesionario. Pero no sólo ellos se verán afectados por el contrato, es así, que adquirirán posteriormente un papel protagónico los particulares que naturalmente se verán afectados por esta relación naciente entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. En este apartado, nos referiremos a los derechos y los deberes a los que estarán sometidos cada uno de ellos y también abordaremos qué es lo que sucede ante un eventual incumplimiento por parte de alguno de ellos.

4.10.2. Prerrogativas que se reserva el MOP como ente Mandante

Además de las obligaciones generales que surgen de todo contrato de concesión, en cuanto a exigir las prestaciones debidas por el concesionario, el MOP es también titular de determinadas prerrogativas generales o especiales exorbitantes al Derecho Privado. La doctrina francesa ha explicado que dichas prerrogativas, plasmadas en el contenido del contrato, se refieren a aquellas cláusulas que se encontrarían fuera del marco jurídico normal de la contratación privada, ya sea porque no sería lo común convenirlas o simplemente, porque serían antijurídicas, leoninas o bien gravemente lesivas de acuerdo a las normas establecidas en el derecho común.

Autores como Lliset y Lliset al igual que García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰⁰, señalan que las cláusulas exorbitantes pueden ser implícitas o explícitas y no constituyen una característica diferenciadora de los contratos administrativos, sino que serían su consecuencia. Los mencionados autores sostienen que la inclusión de estas potestades dentro del texto de las Bases de Licitación sería una redundancia: la no inclusión de ellas no imposibilitaría su ejecución o ejercicio por la Administración, ya que

¹⁰⁰ Lliset B., Francesc y Lliset C., Anabell. "Manual de los Contratos Públicos". Editorial Bayer Hermanos S.A. Tercera Edición. Barcelona. España. 2002. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Editorial Civitas. Madrid. España 1999. Tomo I. Pag. 657-706.

estas prerrogativas pertenecen al *ius cogens*.

Pero esto no hace suponer que el MOP tenga el poder para afectar los derechos de la contraparte, en especial, en lo respectivo a las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato. Dichos contenidos podrían ser tales como los que pretenden calificar de incumplimiento un evento que no lo es, o bien, si el MOP declara que se habrían producido causales de resolución del contrato, sin estar ellas legalmente justificadas, o si ella procede a ejecutar las garantías constituidas por el contratante privado sin que exista una causa jurídica que la justifique. Las prerrogativas del MOP se tienen y ejercen cuando la contraparte en el contrato es un privado, ya que ellas no se advierten ni tampoco se presentan en los contratos inter-administrativos. Creemos que esto no ocurría, ya que en este tipo de contrato tenemos como partes contratantes a entes de propia Administración, por lo que sería lógico que se actuará en un plano de igualdad.

Las atribuciones públicas con que cuenta el MOP en materia de contratación pública, como toda potestad administrativa, están sujetas por completo a juridicidad material y formal. Pero cabe señalar que estos poderes deben ejercerse correctamente, y esto implica que debe hacerse de buena fe y lo más importante, sin que se llegue a afectar el elemento conmutativo que es propio del contrato de concesión, ya que como sabemos, aquello a que se ha obligado a dar o hacer el contratista se debe mirar como equivalente a lo que el Estado debe dar o hacer a cambio. Debemos destacar que bajo ningún aspecto, el buscar el objeto inmediato de todo contrato administrativo, es decir, el servicio público, podría justificar que el contratista particular pudiera sufrir un menoscabo en su patrimonio. Es por ello, que las prerrogativas de las cuales goza el MOP, deben ejercerse con mucha cautela, ya que no se correspondería en absoluto con el entorno concertacionista de voluntades que supone el contrato.

En el Contrato de Concesión de Obra Pública es posible encontrar manifestaciones del poder de intervención unilateral del cual goza el Estado. Es así que existe un funcionario llamado Inspector Fiscal, que ejerce labores de control y de supervigilancia durante las etapas de construcción y de explotación. Incluso, debe cumplir los requerimientos hechos por el Director General de Obras Públicas, quien podría solicitar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, fundamentando lo anterior en el solo interés público¹⁰¹. El Inspector Fiscal podría ordenar proponer nuevos cronogramas, planes, proyectos y otros documentos presentados por el concesionario, pasando por la posibilidad de disponer la forma y plazos para la ejecución de faenas que puedan alterar la prestación del servicio.

El concesionario no puede rechazar la intervención del Estado cuando éste ejercita las atribuciones que por ley le competen en materia concesionaria. Es por lo mismo que la Ley de Concesiones de Obras Públicas se ha encargado de entregarle al concesionario un derecho para que pueda ser rezarcido del daño que se le haya provocado. La mencionada ley y su reglamento han determinado la manera como debe producirse la compensación, al tiempo que algunas Bases de Licitación han llegado incluso a precisar el modelo que servirá para fijar la compensación. En caso de no existir

¹⁰¹ Inciso 1°, artículo 19, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

un procedimiento previo o bien, en caso de no haber acuerdo entre las partes, siempre puede el concesionario recurrir a las instancias de solución de conflictos establecidas en el artículo 36 de la Ley de Concesiones.

Entre estas prerrogativas podemos encontrar:

Poder de Dirección Fiscalización y Control, manifestado en atribuciones de policía para velar de esta forma por el correcto ejercicio de la gestión del contratante;

Poder de Reglamentación de todas las condiciones y requisitos, materiales y técnicos, a que deberá someterse la gestión privada del servicio;

Poder de Modificación del Contrato (*ius variandi*), que permite a la administración modificar el objeto o las prestaciones debidas por el contratante durante la ejecución del contrato. Debemos considerar que todas estas modificaciones deben tener en vista al bien de la colectividad;

Poder de Intervención en la gestión económica del servicio, a través de la regulación de tarifas, o limitando el margen de utilidad del concesionario;

Poder de sustitución, tomando la autoridad el servicio a su cargo, por razones de interés general, pero sólo en aquellos casos que se encuentran expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico;

Poder Sancionatorio de la Administración;

(vi) Poder de Terminación, que autoriza a la Administración para poner término anticipado al contrato.

4.10.2.1. Poder de Dirección, Fiscalización y Control

Sabido es que la Administración en ningún caso puede desentenderse de las actividades que por ley pertenecen a su competencia. No podría excusarse de cumplir con dichas actividades, ni aun a pretexto que ellas hayan sido encargadas a un particular.

Manifestaciones de este poder lo encontramos en las atribuciones de policía que tienen por objeto velar por el correcto ejercicio de la gestión que debe cumplir el contratante. Es así, que se le conceden facultades de dirigir la forma y también la manera en que deberá cumplirse con el objeto del contrato.

De acuerdo a lo expresado por los autores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰², tienen una gran importancia las atribuciones de la Administración para interpretar de una manera unilateral y ejecutoria el articulado del contrato, y de esta forma asegurar una decisión que provisionalmente permita continuar la obra, servicio o bien suministro contratados sin interrupciones perjudiciales para el interés general, y no para decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado.

Siempre debemos tener en cuenta que todo ejercicio interpretativo debe ajustarse al sentido que permita la más perfecta ejecución de los trabajos o la prestación de los servicios comprometidos. De esta forma y al hablar de los contratos de obras públicas y

¹⁰² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Editorial Civitas. Madrid. España. 1999. Tomo I. Pag. 657-706.

de Concesión de Obras Públicas, tenemos que la interpretación se va creando en los hechos a través de las instrucciones, constancias u órdenes que da el Inspector Fiscal y que constan por escrito en el Libro de Obras durante la etapa de ejecución de la obra contratada y por medio de las contestaciones, exposiciones y acciones recursivas que el contratista interpone a su respecto.

Este poder incluye aspectos materiales, técnicos, comerciales y también financieros. Actualmente su manifestación más fiel, está constituida por las atribuciones de reglamentación que asumen ciertos órganos administrativos sean estos independientes o no del propio ente administrativo concedente o contratante. La esencia de estas atribuciones de reglamentación está radicada en la regulación de todas las condiciones y requisitos, materiales y técnicos a que deberá someterse la gestión privada del servicio. Es más, podría llegar a la determinación particularizada del régimen económico del contrato, por medio de la regulación de las tarifas, o también limitando el margen de utilidad del concesionario, o de los subsidios o bonificaciones económicas que debe entregar el Estado.

Lo que siempre debe tenerse en cuenta al hacer uso de este poder, es que debe mantenerse el objetivo del Contrato de Concesión de Obra Pública y su naturaleza de manera inalterable. En consecuencia, la Administración, sólo debiera hacer uso de este poder cada vez que por alguna circunstancia el objetivo del contrato se vea desvirtuado.

En cuanto a los sujetos a quienes podrían afectar las actividades de fiscalización, debemos aclarar que generalmente sólo podrían ejercerse contra el titular de la concesión. De tal manera que directamente no se podría actuar contra terceros¹⁰³ que por alguna razón podrían estar unidos con el concesionario. No obstante, se podría eventualmente exigir la separación de cualquier subcontratista o trabajador del contratista motivada por insubordinación, desorden o cualquier otra causal grave y motivada.

4.10.2.2. Poder de Modificación del Contrato (ius variandi)

Este segundo poder en análisis, es el que autoriza al ente Administrativo para modificar el objeto o bien las prestaciones debidas por el contratante durante la ejecución del contrato. El objetivo de esto es mantener vivo el interés público que se tuvo en miras desde el perfeccionamiento del contrato. Es así, que el contratante particular en ningún caso podría oponerse a ello. Lo que se persigue con esto es que la Administración pueda decirle y también obligar al particular para que adecue, mejore o amplíe las prestaciones a las que se obligó en el contrato con el fin de armonizarlas con el bien de toda la colectividad. Esto puede deberse a que durante la ejecución del contrato surgen necesidades para toda la colectividad que no existían a la época de contratar.

En la Ley de Concesiones de Obras Públicas encontramos en el artículo 19 inciso 1° y 2°, que se confieren ciertas atribuciones al Ministerio de Obras Públicas (MOP), tales como requerir potestativamente la modificación de las características de las obras y servicios contratados amparado en el solo interés público fundado. Es así que dichos incisos prescriben: “El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el

¹⁰³ Terceros tales como: subcontratista, arrendatario, subconcesionario, etc

contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquel indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio de acerca de dicha indemnización se resolverán en conformidad a lo señalado en el artículo 36.

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

Cabe agregar que en el caso de las Concesiones de Obras Públicas y los Contratos de Obras Públicas, el Ministerio de Obras Públicas está autorizado para ordenar la ejecución de obras adicionales a las contempladas inicialmente en los contratos, incluso aunque no exista un acuerdo con el concesionario o contratista, sobre el precio de dichas obras o bien sobre la indemnización que tiene derecho a percibir. Esto de acuerdo a lo estipulado en el artículo 98 del DS MOP N° 15, de 1992 y artículo 69, inciso 4° del DS MOP N° 956, de 1997.

Lo que el legislador no ha querido, es privar al Estado de mecanismos jurídicos que le permitan poder intervenir en el normal desarrollo de una concesión o de un Contrato de Obras Públicas, en vista de una necesidad que se califique como urgente o bien en miras del fin público, ya que temporalmente se le ha traspasado una actividad que debía ejercer la Administración a un particular, pero no por ello, la Administración ha dejado de ser titular de aquella actividad. Es así que el particular sólo podría negarse a la acción del Estado cuando se ejerce sin fundamento, y aún más, la misma ley ha establecido claros mecanismos para resarcir al concesionario de los sobrecostos y daños provocados.

Sabemos que en nuestro ordenamiento jurídico tiene plena aplicación el principio del *pacta sunt servanda*, sin embargo, no debemos olvidar que en este tipo de contratación hay un objetivo inicial y final, nos referimos al bien público. Lo que debemos hacer a nuestro juicio es buscar un equilibrio, un equilibrio que llamaremos contractual. Ahora bien, ¿cómo la ley se ha encargado de equilibrar el interés del ente particular por una parte y de la comunidad por otra?. Creemos que la Ley de Concesiones ha sido clara al establecer la obligatoriedad de la indemnización para el particular por todos los perjuicios que éste pueda sufrir a causa del uso por parte de la Administración de este *ius variandi*.

Resulta casi obvio, señalar que la Administración no podría obligar al contratante a una prestación que pueda exceder su capacidad técnica o bien sus recursos financieros. Es interesante recordar un viejo adagio que establece que a lo imposible nadie está

obligado.

Roberto Dromi destaca los requisitos con que debería cumplir la Administración para que pueda hacer uso de este *ius variandi*. De tal forma que a juicio de este autor argentino, la Administración para hacer uso de este poder debe en primer término respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto; asimismo se entiende que la Administración no podría extender el ejercicio de esta atribución al precio del contrato en perjuicio del contratista, ya que no se puede variar éste, sino por mutuo acuerdo de las partes (intangibilidad del precio), salvo que aquel evento estuviere previsto expresamente en el contrato; además la Administración está obligada a mantener el equilibrio económico-financiero del contrato a favor del contratante privado, que lleva implícito el supuesto de indemnizarlo o bien de introducir en el contrato los ajustes que lleven a reestablecer la situación de inestabilidad contractual.

Por otra parte, el *ius variandi* podría encontrarse restringido o bien limitado en la propia ley. Se considera que un uso exagerado del *ius variandi* por parte de la Administración, podría importar una renuncia más bien intencionada de la Administración para cumplir con su deber legal de licitar públicamente los contratos que celebre. Es así, que el contratista o el concesionario que ejecute una obra o preste un servicio del todo nuevos, que no hayan sido pactados ni tampoco previstos originalmente, estaría realizando una acción que de otra forma ocasionaría la imperiosa necesidad de una licitación pública en que cualquier particular que cumpla con los requisitos y condiciones impuestas, pueda participar y por ende ofertar. De esta manera, la Administración se evitaría llamar a licitación y pasaría a contratar directamente con el contratista o concesionario, provocando un clima de falta de probidad y transparencia. Es por ello que el límite de la justificación del uso del *ius variandi* es muy sutil, ya que la Administración bien podría argumentar que detrás de la falta de un llamado de licitación se encuentra el interés público y por ende estaría plenamente justificada la situación.

4.10.2.3. Poder Sancionatorio de la Administración

Esta prerrogativa de la cual goza la Administración tiene su fundamento en la necesidad de asegurar de una forma efectiva y también como un medio de controlar, la prestación del servicio a que se comprometió el particular contratante.

En pocas palabras, su objeto es asegurar el cumplimiento de lo pactado. No es conveniente confundir esta atribución con aquellas sanciones que son aplicables al contratante en caso que éste infrinja las normativas generales o sectoriales que le son obligatorias en todo caso, como por ejemplo, infracciones a las leyes laborales.

Al analizar las infracciones y sanciones en el contrato de concesión, establece que las Bases de Licitación señalan determinadas conductas que serán constitutivas de incumplimiento contractual. Dichas sanciones serían de tipo disciplinario, puesto que se impondrían al concesionario que se encuentra en una relación de sujeción especial con el Ministerio de Obras Públicas. La sanción se traduciría en una multa que se aplica como consecuencia de conductas contrarias al contrato de concesión y que, por lo tanto, afectan la disciplina interna por la que se rige la relación entre el Ministerio y el concesionario.

Dentro de las características de las infracciones que pueden dar lugar a una sanción, destacan:

La conducta que trae aparejada la sanción ha de corresponderse con una obligación del concesionario que se encuentre descrita en el contrato de concesión. Esta conducta debe estar descrita en las Bases de Licitación, de tal manera que no se podrán imponer multas por incumplimiento de obligaciones para las que las bases no hayan previsto expresamente la sanción. Esto se corresponde con el principio de tipicidad o injusto típico que exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción. *A contrario sensu* no podrían admitirse en las Bases de Licitación cláusulas de tipo abierto o indeterminado que sancionen genéricamente el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, sino que las bases han de describir con exactitud la conducta objeto de la infracción y la sanción que le corresponda.

Las conductas objeto de la infracción debieran también responder a algún grado de culpa del concesionario en cualquiera de los grados establecidos en el artículo 44 del Código Civil¹⁰⁴. En consecuencia, la conducta objeto de la infracción debe ser cometida al menos con culpa o descuido levísimo y no debieran ser castigados aquellos olvidos formales así como tampoco aquellas situaciones debidas a caso fortuito o fuerza mayor. Es interesante mencionar que en Derecho Comparado se admite en determinadas circunstancias, una responsabilidad objetiva por extensión en aquellos supuestos en que la ley asigna responsabilidades, inclusive de naturaleza penal, por el hecho de otro. El reglamento de concesiones aclara que el concesionario no estará exento de responsabilidad ni siquiera en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas. Aquí, más que inexistencia de culpabilidad, lo que se estaría estableciendo es una especie de solidaridad por la sanción penal aplicada a un dependiente.

El MOP deberá probar que el concesionario ha incurrido en algunas de las conductas tipificadas por las Bases de Licitación como constitutivas de infracción, ya que si el concesionario no estuviera de acuerdo con la sanción impuesta, tendrá derecho a reclamar ante la Comisión Conciliadora, tal como lo establece el artículo 28 del DFL MOP N° 164, Ley de Concesiones, tras la modificación introducida por la ley N° 19.252. Aunque el recurso a la Comisión Conciliadora está previsto como un mecanismo de avenimiento entre las partes, es evidente que en materia de infracciones y sanciones, debiera actuar como un juez de modo que verifique la conducta objeto de la infracción y la correcta imposición de la sanción. La imposición o no de multas no debiera dar lugar a

¹⁰⁴ Artículo 44 del Código Civil: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

negociación entre las partes. En todo caso, el avenimiento deberá referirse a la determinación concreta y correcta de la conducta que dio lugar a la infracción, pero no a la negociación de la sanción.

La cuantía de la sanción debe tener algún grado de relación con el tipo de infracción cometida. En efecto, la doctrina administrativa ha entendido que la sanción penal administrativa ha de respetar el principio de proporcionalidad entre la pena prevista en la norma y la conducta del agente. Por consiguiente, las bases debieran diferenciar tipos de conductas que dan lugar a infracción y tipos de sanciones incorporando siempre el principio de gradualidad.

Esta prerrogativa sancionadora que posee la Administración y que se dirige en contra del ente particular, no hace referencia ni tampoco responde directa y necesariamente, a ninguna categoría de daño contractual que ponga en la necesidad jurídica a uno de los contratantes para indemnizar al otro, que es propio dentro del ámbito del derecho privado. Tampoco estaríamos dentro del ámbito de una indemnización de perjuicios que nazca producto de la responsabilidad extracontractual. Se trataría más bien de una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, que en la generalidad se traduciría en una sanción pecuniaria (multa en dinero), sin embargo, también podrían existir medidas coercitivas provisionales o represivas, cuyo objetivo será desincentivar al contratista a incurrir en conductas que se apartan del debido cumplimiento de sus deberes contractuales, en especial, cuando con ello se pone en peligro la calidad y regularidad del servicio o de la cosa objeto del contrato.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran contestes con que el acto administrativo que impone una sanción a un particular sería de derecho estricto, ya que dichas sanciones deben entenderse para todos los efectos legales, como una sanción penal, o según algunos autores, de derecho penal-administrativo.¹⁰⁵ En palabras de Enrique Silva Cimma: “Los actos punitivos son aquellos mediante los cuales se castiga por la Administración del Estado -que en forma particular algunos publicistas los han tipificado como integradores del Derecho Administrativo Penal-, porque la administración tiene la potestad de sancionar no sólo en relación a sus propios agentes, sino que también en relación a terceros frente a la Administración del Estado, y así cuando la Administración impone una multa o una autoridad sanitaria impone un castigo pecuniario por una infracción a las disposiciones del código del ramo, en el fondo está sancionando a terceros que han infringido la ley en cuanto a sus relaciones con la Administración.”

Es importante, que la Administración intime o aperciba previamente al contratante, es decir, llame la atención acerca de la irregularidad o infracción para que de esta forma sea superada dentro de un plazo prudente. Si luego de este plazo el contratante no subsana la situación, es entonces cuando debe aplicarse con estricto rigor la sanción. Consideramos que de esta forma se podría determinar si el comportamiento en cuestión es o no reprochable, ya que existiría culpa por parte del contratante allí donde éste omite actuar habiéndosele evidenciado la existencia de una irregularidad. Sobre todo debemos considerar que el obligado de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1547 inciso 1° del

¹⁰⁵ Novoa Monreal dice que antológicamente una falta y un delito son iguales, y por ende, su regulación, penas y cumplimiento se basan en los mismos principios del derecho penal.

Código Civil, no responde de un mismo tipo de culpa, sino que dependerá de la naturaleza del contrato, específicamente en cuanto a quien sea el beneficiario del contrato.

En atención a lo anterior, Dromi señala que la Administración previamente a la sanción, debe constituir en mora al contratista, intimándole al debido cumplimiento de sus obligaciones. Esta exigencia es consecuencia del principio del debido proceso legal, que debe respetarse para una adecuada imposición de la sanción. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, explican que sólo hace excepción a lo antes señalado, el negocio fijo, es decir, aquel en que el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista está realizada implica desde ya la calificación de incumplimiento a causa de éste, sin necesidad de interpelación o intimación previa por la Administración.

Al igual que cualquier sistema sancionatorio, al aplicar una sanción, debemos percatarnos si existen ciertos elementos que nos permitan hacerla efectiva. Esa así que debemos analizar la tipicidad, la legalidad, la irretroactividad, la prescripción, etc. Por otra parte, la presunción de inocencia impone a la Administración la carga de probar que el contratista ha incurrido en alguna de las conductas tipificadas por el contrato como constitutivas de infracción. Si sostuviéramos la postura contraria, es decir, que le correspondería al contratista probar que no ha incurrido en alguna conducta que merezca ser sancionada, afectaría manifiestamente el ya conocido principio de inocencia.

García-Trevijano Fos¹⁰⁶ sostiene que el acto sancionador administrativo se rige de manera fundamental por los principios penales, no pudiendo implicar agravación de las faltas penales. Es así, que la acción administrativa sancionatoria, a falta de norma expresa, prescribe en el plazo de seis meses según lo dispuesto en el artículo 94 del Código Penal, ya que no debiera reforzarse el ius puniendo administrativo del Estado más allá de lo que prescribe el ordenamiento penal. El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto y ha señalado: “Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado.”¹⁰⁷

Al hablar de esta prerrogativa de la Administración, algunos autores se refieren a él como un “poder-deber”, ya que la Administración en ciertos casos posee la discrecionalidad para decidir por ejecutar o no las garantías, mientras que en otros, es el mismo contrato el que establece que las garantías se ejecutarán ante la ocurrencia de un evento previamente regulado, lo que constituiría un deber del ente Administrativo.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿dónde se encuentran estas garantías constituidas por el ente particular?. Pues bien, estas garantías se encuentran señaladas en la convocatoria a la licitación y también en las Bases de Licitación. En cuanto a su naturaleza jurídica, podemos decir que se trata de una pena convencional o bien una modalidad que facilitaría la pretensión sancionatoria e indemnizatoria del ente administrativo.

¹⁰⁶ García –Trevijano Fos, José A. “Los Actos Administrativos”, Segunda Edición. Editorial Civitas. Madrid. España. 1999.

¹⁰⁷ Fallo del Tribunal Constitucional de 26 de Agosto de 1996 en causa rol N° 244.

Esta garantía se materializa en la generalidad de los casos en una boleta bancaria de garantía, y en forma extraordinaria, en una póliza de seguro. Incluso en algunos casos podría tratarse de una hipoteca constituida sobre un bien raíz, extendida o emitida a favor, a la orden o a nombre del órgano administrativo contratante¹⁰⁸. Esto es lo que va a garantizar que el contrato se pueda cumplir de acuerdo a su tenor y también en el tiempo previsto en las Bases de Licitación. Existen ciertas oportunidades en que el contratista puede encontrarse en la necesidad de entregar una segunda caución a favor del ente Administrativo, pero para garantizar los anticipos que se le puedan entregar producto del contrato. Resulta necesario precisar que no existe norma alguna que prohíba que la garantía otorgada para el contrato no pueda ser tenida también como garantía de los anticipos, pero esto sólo ocurrirá en aquellos casos en que la garantía cubra a ambos, es decir, tanto al contrato como al anticipo.

En el marco jurídico de las Concesiones de Obras Públicas, nos encontramos con que el Estado puede aplicar multas en dinero al concesionario y en casos ya extremos, ejecutar las garantías constituidas.

En el Contrato de Obras Públicas tradicional el contratista se encuentra en el deber de entregar una garantía para el cumplimiento de la obligación por un importe del 3% del valor del contrato con un plazo de vigencia igual al del contrato, pero aumentado en 28 meses.

Como señaláramos anteriormente, la multa en dinero no es la única sanción prevista en el ordenamiento jurídico. Existen otros tipos de sanciones, tales como las previstas en los artículos 38 y 39 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas que autorizan para eliminar del Registro de Obras Mayores a aquel contratista que no hubiese dado cumplimiento al contrato y para suspender del registro al contratista que hubiese cometido faltas graves o infracciones reiteradas a lo establecido en la ley, o bien que por otros motivos que en opinión de la Administración así lo aconsejen. En la Ley de Concesiones también se establecen otro tipo de sanciones¹⁰⁹ que serán analizadas en el capítulo respectivo.

4.10.2.4. Poder de Terminación de la Administración

Al hablar de esta prerrogativa de la cual goza el ente Administrativo, nos estamos refiriendo a la facultad de poner término en forma anticipada al contrato.

Al respecto, cabe mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico destaca el artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece lo siguiente: “Los bienes municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos.

Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin

¹⁰⁸ La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras considera a la boleta bancaria de garantía como un documento irrevocable, nominativo y no endosable. Esto debido a la propia finalidad a la que está destinada la caución y para la cual fue tomada. No obstante, también recomienda que se agregue en el texto de la caución las menciones “no endosable”

¹⁰⁹ Número 3, artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

efecto, sin derecho a indemnización.

Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquel”.

Generalmente, el ente administrativo contratante queda facultado para poder declarar la caducidad del contrato en caso que se verifique un hecho de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del otro contratante. La Corte Suprema ha declarado que en el caso de caducidad de una concesión municipal, ella debe permanecer vigente mientras no se resuelva por el procedimiento judicial correspondiente las dificultades de orden jurídico que puedan existir entre la municipalidad y el ente concedente¹¹⁰

Consecuencialmente, el término de un contrato de la administración no puede ser dispuesto en forma unilateral o sin que exista un pronunciamiento previo del órgano jurisdiccional, en juicio de lato conocimiento.

Existe una forma especial de terminación, una modalidad, que se presenta especialmente en las concesiones de servicio público, que se denomina poder de sustitución de la Administración, que le permitiría retomar el servicio a su cargo, pero invocando razones de interés general, aunque sólo en aquellos casos que se encuentren expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico.

En los contratos de suministro y de prestación de servicios que están regulados por la Ley N° 19.886, el artículo 13° establece que serían causales de terminación anticipada, tanto la convención resciliatoria (letra a), como condiciones resolutorias en contra del privado contratante (letra b), como de caducidad (letra c), sin perjuicio de la terminación anticipada propiamente tal, que se tipifica en la letra d), por aducirse la exigencia del interés público o la seguridad nacional. Finalmente, son causales de terminación anticipada cualquiera otra que se establezca en el contrato o en las Bases de Licitación, con lo que resulta que las causales no constituirían un *numerus clausus*, sino que han quedado entregadas al libre juego negociador de las partes.

4.10.3 Derechos que se le confieren a los Particulares Contratantes

Cabe mencionar que todos aquellos derechos que se le confieren a los particulares contratantes, tienen un carácter temporal, ya que se mantiene en el tiempo, pero sólo mientras el contrato esté vigente. La mayoría de estos derechos nacen del propio contrato y constituyen una contraprestación por una serie de deberes que le serán impuestos durante la vigencia del contrato.

¹¹⁰ Corte Suprema Fallo Rol N° 31.615, de 13 de Septiembre de 1995.

Cabe señalar que también existen derechos que emanan directamente del ordenamiento jurídico, incluso aunque no hayan sido contemplados en el mismo contrato. Como lo señaláramos anteriormente, el derecho a recibir una indemnización de perjuicios como consecuencia del uso de *ius variandi* por parte de la Administración, surge del propio ordenamiento jurídico.

Entre los derechos de los cuales goza el particular contratante, destacan:

Derecho a cobrar y percibir el precio del contrato;

Derecho de suspender la ejecución del contrato debido a un incumplimiento, que sea calificado de grave, de las obligaciones que la Administración ha asumido.

Derecho de ser indemnizado o compensado por la Administración debido a las modificaciones o alteraciones unilaterales del contrato impuestas por la autoridad o por una terminación unilateral de la concesión.

Además el particular tiene el derecho para que se le mantenga de manera inalterable el equilibrio económico-financiero del contrato, cuando éste se vea alterado por alguna de las posibles situaciones que a continuación se mencionan: (i) debido a causas que sean imputables a la Administración contratante¹¹¹, comprometiéndose de esta forma la responsabilidad contractual del Estado; (ii) debido a causas imputables al Estado, comprometiéndose de esta forma la responsabilidad extracontractual del Estado. Es aquí donde la Administración no actúa como parte del contrato administrativo, sino que actúa en uso de prerrogativas generales; (iii) debido a la ocurrencia de circunstancias imprevistas, sobrevivientes y de carácter extraordinario que agraven de sobremanera el cumplimiento del contrato por parte del contratante, pero sin llegar a hacer imposible su cumplimiento.

El equilibrio económico-financiero, también conocido como ecuación financiera del contrato administrativo, se refiere a la proporcionalidad que debe existir entre las obligaciones del particular contratante y su remuneración, lo que obliga a la Administración a modificar las condiciones o el régimen económico del contrato para así restablecer el equilibrio perdido.

4.10.3.1. El Derecho a cobrar y percibir el Precio del Contrato

Podemos resumir este derecho como aquel que consiste en la prestación estipulada a favor del contratante particular por las prestaciones que debe ejecutar de acuerdo a los términos del contrato o de acuerdo a las normas del Derecho Común.

Existen diversos sistemas para la fijación del precio del contrato. Cabe señalar que en este ámbito, la contratación administrativa goza de cierta autonomía de la voluntad. En cuanto a la concesión de obra pública, la obligación asumida por el concesionario es ejecutar, reparar o conservar una obra de acuerdo a unos estándares que se encuentran previamente determinados, sin que importe el monto final de recursos de que deba disponer para lograr dicha obra. Consecuencialmente, la obligación es de hacer la obra, antes que invertir una cierta y determinada cantidad de dinero. El precio en este tipo de

¹¹¹ V.Gr.. Retardo o simplemente incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Administración.

contrato se paga por el Estado confiriendo, por un plazo determinado o determinable, pero que como sabemos, no puede exceder de los 50 años, el derecho de explotar una obra pública que el propio concesionario ha construido, reparado o conservado. El derecho de explotación, sería la contraprestación del Estado al privado, que conlleva el derecho del concesionario de cobrar una retribución o precio por el servicio que ofrece a todos quienes utilicen la obra en cuestión. Esta tarifa, retribución o precio por el servicio prestado no sería el precio del contrato, sino que sería un resultado del derecho de explotación que el Estado le ha conferido como contraprestación o como modo de pago de la inversión realizada. Sería conveniente en esta instancia, recordar que la Contraloría General de la República, ha aseverado que el peaje o tarifa, aunque no es percibido por el Estado, sino por el Concesionario, no pierde por esto su naturaleza jurídica de tributo o mejor dicho, de contribución especial, ya que constituiría una prestación obligatoria que se debe en razón del beneficio individual o social que deriva del uso de la obra pública ¹¹²

En el caso de la Concesión de Obra Pública, el cliente del concesionario, generalmente serán los particulares, que en su calidad de usuarios, gozan del servicio u obra pública en cuestión. Serán ellos quienes deben pagar el precio del servicio. Pero en ciertos casos el Estado concurrirá al financiamiento del servicio a través de de las subvenciones al concesionario, sin embargo, esto ocurrirá en los casos en que la inversión previa de éste no sea recuperable únicamente a través del pago de peajes o bien a través del precio del servicio, debido a la deficiente intensidad de la demanda del mismo. A vía de ejemplo, esta es la situación que acontece en la concesión de obra pública de la Ruta 5 en sus tramos de Los Vilos-La Serena; Temuco-Río Bueno y Río Bueno-Puerto Montt.

También existen casos en que el cliente del concesionario será sólo una persona. Esto acontece en las cárceles, ya que el concesionario tiene sólo un cliente, que es el Estado, y que en definitiva será quien le pague en forma diferida por la inversión previa y de manera regular el consumo del servicio que presta el concesionario a los “usuarios” distintos del cliente. De esta manera, en el caso de las cárceles se usan instrumentos legales y reglamentarios de la concesión de obra pública a una contratación que no sería realmente de carácter concesional.

El tema de la revisión del precio, siempre será una excepción al principio que señala que el contratista conviene con la Administración en ejecutar la obra o prestar el servicio público de que se trata a su riesgo y ventura. En cuanto a los índices de reajustabilidad de la moneda de pago del precio, tales como IPC, UF, variación del dólar, etc., hacen variara el precio en función de la alteración del valor de ciertos elementos e insumos que son relevantes en la composición del precio final. E s así, que la revisión del precio puede llegar a ser un procedimiento contractual inherente al desarrollo normal del mismo, que operaría automáticamente en ciertas ocasiones. Pero existen ciertos casos en que el precio supone revisarlo desde afuera del contrato, esto ocurriría en los casos de hechos sobrevivientes o imprevistos.

Ahora bien, debemos concluir que aquel contratante que se obliga a prestar un

¹¹² Dictamen de la Contraloría General de la República N° 23.701 de 1999.

servicio público, se encuentra obligado a cumplir con lo siguiente, aun cuando no se encuentre incorporado como cláusula en el contrato, debe prestar el servicio de una manera igualitaria y no discriminatoria a todas aquellas personas que deseen hacer uso de la obra en concesión, claro está, siempre que estos cumplan con las condiciones del servicio y paguen las tarifas previamente establecidas. Resulta útil y necesario recordar que el concesionario o contratista no puede, bajo ningún supuesto, cobrar al usuario una tarifa que exceda a aquella que se encontrare autorizada o bien cobrar distintas tarifas a usuarios o clientes que se encuentran en una misma situación jurídica. Además, la esencia de la concesión administrativa que hace que se distinga de otros contratos e instituciones jurídicas, radica en reconoce y le da el sentido debido al servicio público que está implícito en ella y precisamente es ésta la situación que nos permite aseverar que el concesionario o contratista debe prestar el servicio sin poder discriminar arbitrariamente a sus usuarios o clientes.

4.10.3.2. El Derecho a suspender la Ejecución del Contrato

Este derecho surge como consecuencia del incumplimiento grave de las obligaciones que ha asumido el ente Administrativo y es conocida como *exceptio non adimpleti contractus*. Es así que se contempla en el artículo 1552 de nuestro Código Civil que establece: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Este derecho para suspender la ejecución del contrato debe ser reconocido para ciertos casos especialmente graves, en que el sucesivo cumplimiento de lo pactado podría llevar a una situación de perjuicio económico fuerte del contratante, ya que el cumplimiento de buena fe de los contratos no admite que por su intermedio una de las partes caiga en ruina. La doctrina no se encuentra conteste ante esta situación. Existe un sector de la doctrina que sostiene que el contratante sólo podría hacer uso de esta prerrogativa ante el incumplimiento de las obligaciones de la Administración, mas no podría hacerlo si dicho incumplimiento proviene de una fuerza mayor o caso fortuito de la cual haya sido víctima la Administración.

Otro sector de la doctrina estima que éste no sería un derecho del contratante, ya que según el fin público del contrato administrativo, el contratante debe darle cumplimiento, sin perjuicio de poder reclamar posteriormente una indemnización de perjuicios, siempre y cuando este efecto perjudicial que surge como consecuencia del incumplimiento, no provenga de una mala y culpable gestión empresarial del propio contratista particular.

La suspensión de la ejecución del contrato es una figura específicamente sancionada para una clase especial de contratos administrativos y su procedencia bajo ningún respecto quedaría condicionada a un estado de incumplimiento de obligaciones por parte de la Administración, sino mas bien a un caso fortuito o fuerza mayor. A vía de ejemplo, en la concesión de obra pública, existe una institución intermedia a la extinción de la concesión, que es conocida como suspensión de la concesión. En virtud de esta figura jurídica, se produce el efecto de congelar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, excepto en aquellas actividades de las partes destinadas a superar las causas y los efectos que acompañan la situación que origina dicha suspensión, incluida la

necesidad de evaluar los daños para la fijación de la concurrencia de las partes con el objeto de reanudar la prestación del servicio según lo establecido en la Bases de Licitación.

La ley ha sido clara al establecer que la suspensión de la concesión procede sólo en los siguientes casos:

en caso de guerra externa;

en caso de conmoción interna;

en caso que por fuerza mayor se vean impedidos de prestar sus servicios;

en el caso que se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de tal manera que se haga inviable su uso por un período de tiempo;

por cualquier otra causa que se contemple en las Bases de Licitación ¹¹³

Una vez que se levante la suspensión, el concesionario podría solicitar un aumento del plazo de la concesión que sea equivalente al período de suspensión, claro está, sin perjuicio de la evaluación de los daños y la concurrencia de las partes a subsanarlos a fin de lograr la reanudación del servicio. Ante la gravedad de los hechos que deben ocurrir para proceder a la suspensión de la concesión, el legislador ha cuidado que ella no quede al arbitrio de una de las partes- Administración o Concesionario- sino que debe ser formalmente declarada por la Comisión establecida en el artículo 36 DS MOP N° 900 de 1996 (artículo 30 DS MOP N° 900 de 1996). Consecuencialmente, la suspensión opera en la concesión de obra pública como una especie de sucedáneo de la extinción extraordinaria de un contrato de concesión cuando ocurren hechos o circunstancias que hacen imposible gozar o usar del bien para el objeto de la concesión o que los destruyen o agotan totalmente.

4.10.3.3. Derecho al Aseguramiento de la Gestión

El contratista por medio de esta prerrogativa debe exigir a la Administración que ejerza a su favor las atribuciones de policía administrativa y de policía de gestión para que le permitan cumplir con la construcción de la obra que se le encarga o bien con el servicio o prestación debida; que terceros no obstaculicen dicho desenvolvimiento; y que se brinde la protección que merecen sus funcionarios y trabajadores y las cosas públicas o privadas adscritas al contrato o que son necesarias para su cumplimiento.

Es así que la Administración tiene la obligación, el deber de allanar el camino al contratista o concesionario en lo que se refiere al más perfecto y oportuno cumplimiento de las obligaciones que estos últimos ha asumido frente a ella.

Esta prerrogativa sería la contracara de la atribución de la cual goza la Administración que corresponde a los poderes de policía y de cuidado en los términos que prescribe la Ley N° 18.575, que corresponde a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Es así que la Administración debe liberar al concesionario de toda turbación que pueda sufrir en el ejercicio y goce tranquilo

¹¹³ Artículo 26 DS MOP N° 900 de 1996.

y pacífico de los derechos y bienes adscritos o que forman parte de la concesión.

4.10.3.4. Derecho a ser indemnizado o compensado por la Administración

Surge este derecho cuando se introducen modificaciones unilaterales del contrato impuestas por la autoridad o por una terminación unilateral del mismo, no existiendo falta o incumplimiento de parte del contratante particular. Se trata más bien de reconocer al contratante particular el derecho a que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato cuando éste se pueda ver alterado.

En general, el equilibrio económico financiero podría verse alterado por las siguientes circunstancias:

por causas imputables al ente administrativo contratante;

por causas imputables al Estado con fundamento en un acto estatal de alcance general, configurándose de este modo un caso o acto de autoridad y que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado. La Administración en este caso no actuaría como parte del contrato administrativo, sino más bien, actuaría en uso de sus prerrogativas generales que le son conferidas por el ordenamiento jurídico y por lo tanto, su ejercicio no tiene por objeto modificar o afectar el contrato celebrado con el particular;

por la ocurrencia de circunstancias imprevistas, sobrevivientes y extraordinarias posteriores a la celebración del contrato administrativo que agravan de sobremanera el cumplimiento del contrato por parte del contratante¹¹⁴ o por eventos de fuerza mayor o caso fortuito en los que la Administración puede haber asumido todo o parte del riesgo inherente de ellos.

García de Enterría y Fernándezhan dicho con respecto al equilibrio económico-financiero que éste debe ser respetado, de tal forma que aquellas alteraciones o adaptaciones que se hagan en pro del interés público, no podrían descuadrar aquel equilibrio. Existen dos polos entre los que circularían las particularidades propias de todo contrato administrativo. Tenemos por una parte a la mutabilidad del objeto y por otra parte al mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones.

Consecuencialmente, esta llamada ecuación financiera del contrato administrativo sería la proporcionalidad que debe haber entre las obligaciones del particular contratante y su remuneración. Cabe agregar que existe un llamado principio de la intangibilidad de la remuneración del contratista, que se traduce en que si las condiciones se modifican en forma onerosa para el concesionario, éste tendrá derecho a una adecuada compensación, pero no podría excusarse de la obligación de ajustarse a las necesidades públicas señaladas por el concedente.

4.11. Resolución de las Controversias que surjan en el

¹¹⁴ Teoría de la Imprevisión.

Contrato de Concesión de Obra Pública.

4.11.1. Introducción

Una de las piedras angulares sobre las cuales está construida la actual Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado, fue fijado por el Decreto Supremo del MOP N° 900 del año 1996, es precisamente su régimen de resolución de controversias, a través de la denominada “Comisión Conciliadora”, la cual constituye uno de sus aspectos más interesantes y novedosos.¹¹⁵

Al analizar la historia de la ley en el Congreso Nacional, se expresó en la comisión mixta lo siguiente: “La Comisión Conciliadora viene a constituir un elemento de juicio técnico altamente calificado que garantiza a las partes el conocimiento y la capacidad de apreciar los complejos problemas que puedan presentarse a consecuencia del desarrollo del contrato de concesión. Su composición y sus atribuciones (profesionales especializados y de capacidad de buscar acuerdos primero y fallar después a falta de éstos), representan elementos muy interesantes para el adecuado funcionamiento y la estabilidad del régimen de concesiones”¹¹⁶.

Pero debemos señalar que fue en el año 1991 en que se habló por primera vez de la Comisión Conciliadora, ya que el DFL N° 164 del Ministerio de Obras Públicas de ese año estableció que en cada contrato de concesión debía funcionar una Comisión Conciliadora destinada a resolver las controversias que pudieran plantearse en la ejecución del contrato, no obstante, su configuración se vio perfeccionada con motivo de las modificaciones introducidas a dicho cuerpo legal por las leyes 19.252 de 1993 y 19.460 del año 1996.¹¹⁷

La normativa del año 1991 precitada buscó, entre otras cosas, crear una legislación aplicable en general a todas las obras públicas y a todas las funciones, sean de construcción, reparación, conservación y explotación; generar un sistema licitatorio y contractual flexible aplicable a todo tipo de obras con licitación pública obligatoria; reducir las potestades públicas del Estado en el contrato, dando un marco de igualdad jurídica

¹¹⁵ La Ley Chilena de Concesiones de Obras Públicas, se enmarca dentro de la transferencia de funciones estatales al sector privado, la cual tiene el carácter de parcial ya que tal como lo explica el profesor Iván Aróstica Maldonado, la Administración en los contratos de concesiones “Conserva por lo tanto sus facultades normativas para organizar y controlar el desarrollo normal en la ejecución del servicio concedido, de suerte tal que mantendrá un poder de dirección encaminado a fijar las reglas de funcionamiento que sean pertinentes y un poder de tuición o supervigilancia sobre el concesionario” (Aróstica, Iván. “Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: Concesión de servicio público, externalización y sociedad”. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. N° 56-57. Chile. 1993. Pág.149 y ss.)

¹¹⁶ Sesión N° 57 de 26 de Marzo de 1996, Diario de Sesiones del Senado, pág. 73.

¹¹⁷ Cabe señalar que el Decreto con fuerza de Ley MOP N° 164 de 1991, tuvo como antecedente el DFL MOP N° 591 de 1982, que fijó las normas sobre ejecución, reparación y mantención de obras públicas por concesión. Sin embargo, esta normativa nunca fue utilizada durante su vigencia.

entre las partes; y para los efectos de lo que en este estudio nos interesa, establecer un sistema de conciliación paritario que representara un inicio de justicia de alta calidad técnica y especializada con algunas funciones jurisdiccionales.¹¹⁸

Posteriormente, con motivo de las leyes N°19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996, se robusteció la importancia de la “Comisión Conciliadora”, como mecanismo de resolución de controversias en los contratos de concesiones de obras públicas, limitándose, por una parte, las potestades de la administración en cuanto sujeto de un contrato administrativo, de modo que para imponer determinados tipos de multas, para declarar suspendida la concesión o para extinguirla por incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas necesita del acuerdo de la Comisión Conciliadora, entregándosele al mismo tiempo a ésta facultades para resolver como Comisión Arbitral, en el caso que la conciliación no se logre.¹¹⁹

4.11.2. Composición de la Comisión Conciliadora

La composición se encuentra regulada en el artículo. 36 inciso 1° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el artículo 84 y siguientes del Reglamento, contenido en el Decreto N° 956 de 6 de Octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial de 20 de Marzo de 1999.

De acuerdo a esta normativa, la Comisión Conciliadora está integrada por un profesional universitario designado por el Ministerio de Obras Públicas, otro profesional universitario designado por el concesionario y un tercer profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la preside; a falta de acuerdo, este último es designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Por su parte, el artículo 36 inciso 2° de la Ley de Concesiones establece que “los integrantes de la comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente”¹²⁰

En cuanto al procedimiento de designación de los miembros de la Comisión Conciliadora, la ley nada dice, por lo que conforme al artículo 85 del Reglamento precitado, en su número 2 se establece: “Las Bases de Licitación podrán establecer el

¹¹⁸ Miquel, Juan Enrique. “Modificaciones al Régimen Legal de Concesiones de Obras Públicas, introducidas por la ley 19.460 de 1996”. Mimeo Banco del Estado. Chile. 1996.

¹¹⁹ Rufián Lizana, Dolores. “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999. Pág. 207.

¹²⁰ Conforme al informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, en el texto que se sometió a la aprobación de éste, se establecía que la Comisión Conciliadora sería presidida por “un abogado nombrado de común acuerdo por las partes”. Sin embargo, por indicación del Senador señor Diez y aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la comisión Senadores señora Feliu y señores Errázuriz y Martín, se eliminó dicha exigencia, en atención a que se estimó que cualquier profesional universitario era idóneo para presidirla, y no necesariamente un abogado (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 24, pág. 3167)

procedimiento de designación de los miembros de la Comisión. Si estas nada disponen, la sociedad concesionaria deberá entregar una escritura pública en la que conste el nombre, domicilio y profesión de la persona designada por la misma y del miembro con el que habría acuerdo con el MOP si éste existe; para ambos casos deberá designarse un suplente. El MOP dictará un decreto con el nombramiento de la comisión. En todo caso, los miembros deberán estar designados en el plazo de 3 meses del inicio de la concesión. Si dentro de este plazo el MOP o el Concesionario no hubieran designado el miembro nombrado de común acuerdo, se procederá su designación por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

Pero, ¿de qué manera se concilian los principios de independencia e imparcialidad establecidos para la mediación y el arbitraje, con la composición de la Comisión Conciliadora, la cual tiene facultades jurisdiccionales, al resolver como Comisión Arbitral?.

¹²¹ Al respecto, doña Dolores Rufián, siguiendo al profesor Patricio Aylwin, indica que “el arbitro no actúa en nombre de las partes a quienes juzga; por el contrario, obra en nombre propio, en sólo interés de la justicia. Su tarea de juzgar a los litigantes es incomparable con el oficio de representarlos, ya que exige con respecto a ellos independencia y autoridad y el representante en cambio debe subordinarse a la voluntad de sus representados” ¹²²

La figura denominada en la doctrina como “árbitro de partes” es especialmente habitual en el arbitraje internacional, donde se acepta que las partes designen unilateralmente a uno de los árbitros de un tribunal colegiado. Desde un punto de vista teórico, se entiende que dicha nominación no debiera menoscabar la libertad del árbitro, el que debe mantener siempre su libertad de juicio en la decisión. Sin embargo, es evidente que esta forma de designación puede desnaturalizar la figura del árbitro, el que más que un tercero llamado a resolver la contienda, puede pasar a convertirse en un mandatario de la parte, desfigurándose su misión.

Si bien en nuestro Código Orgánico de Tribunales, para el arbitraje interno no se consigna la figura del “arbitro de partes”, en el derecho internacional privado chileno si se admite dicha figura por parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, en su artículo 2°. Por su parte, en el derecho comparado, se acepta en algunos ordenamientos jurídicos tales como el Código de Procedimiento Civil Italiano y en diversos reglamentos de arbitraje institucional. ¹²³

Ahora bien, las comisiones constituidas sólo han nombrado de manera imparcial y neutra al integrante de común acuerdo, quien preside la Comisión, el cual pasa a tener un

¹²¹ Es mas, incluso la Comisión Conciliadora al actuar como tal y no únicamente como Comisión Arbitral, goza de facultades jurisdiccionales, como es el caso específico al poder disponer la suspensión en el cumplimiento de la resolución recurrida, como podría ser, por ejemplo, en el caso de aplicación de multas por el MOP al concesionario; como asimismo, al resolver acerca de la suspensión de la concesión o acerca si ha existido incumplimiento grave del concesionario que configure causal de extinción del contrato.

¹²² Rufián Lizana, Dolores M. “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile.1999.

¹²³

rol fundamental en ella, ya que es el único que asegura la imparcialidad en la conciliación y/o en el arbitraje.

En efecto, ha sido habitual que los profesionales nombrados tanto por el concesionario como por el MOP, sean personas de confianza de cada uno de ellos, e incluso profesionales adscritos a la empresa o al Ministerio, por lo que, en realidad, no son más que representantes de las respectivas partes.

Lo anterior ha significado, como era previsible, que la Comisión Conciliadora o Comisión Arbitral, no pueda actuar por unanimidad, pues lo lógico es que el integrante designado por cada una de las partes no preste su acuerdo a proposiciones o decisiones que afecten negativamente los intereses de la parte que lo designó.¹²⁴ La unanimidad se ha logrado usualmente únicamente en aspectos procesales durante la tramitación del reclamo.

4.11.3. Facultades de la Comisión Conciliadora

Desde un punto de vista adjetivo, la Ley de Concesiones, en su artículo 36 y su Reglamento en el artículo 85 N° 6, prescribe que será la propia Comisión la que determine sus normas y procedimientos, debiendo, contemplar en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten y deberá establecer, tan pronto se designen sus integrantes, el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte; normas de procedimiento que se dispone que deben dictarse por la Comisión Conciliadora en el acto de su constitución o a más tardar en un plazo no superior a 30 días.

Han surgido diversas dificultades al respecto, ya que en el funcionamiento de las Comisiones Conciliadoras, desde el momento que ellas, conforme a la ley, transcurrido 30 días desde que se requiere su intervención si no se logra la conciliación, el concesionario, puede solicitar a la misma Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral o recurrir en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Desde un punto de vista de fondo, la Ley de Concesiones entrega a la Comisión Conciliadora el conocimiento y resolución de importantes y trascendentales materias para todo contrato de concesión de obras.

En efecto, existen tres tipos de intervenciones de la Comisión Conciliadora en los contratos de concesión; a saber, a solicitud del MOP para que éste pueda tomar algunas decisiones que puedan tener graves consecuencias para el concesionario; existe un segundo grupo de intervenciones que tienen por objeto fijar compensaciones o indemnizaciones cuando no haya existido acuerdo entre las partes, y un tercer grupo que busca dirimir las controversias surgidas en la interpretación o aplicación del contrato.

En cuanto a la intervención de la Comisión a solicitud del Ministerio de Obras

¹²⁴ Rufián Lizana, Dolores M. "Manual de Concesiones de Obras Públicas". Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999.

Públicas, conforme al artículo 87 del Reglamento, procede en los casos siguientes:

Frente a la aplicación de una multa igual o superior a 500 unidades tributarias mensuales, tal como se planteó por ejemplo en la concesión de la Autopista Santiago – San Antonio y en la concesión de la Autopista Santiago – Los Vilos;

Cuando se solicite la suspensión de la concesión, en alguno de los casos establecidos en el artículo 26 de la ley de Concesiones; a saber, en el caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impida la prestación del servicio; cuando se produzca una destrucción parcial de la obra o de sus elementos, de modo que haga inviable su utilización por un período de tiempo; y por cualquier otra causa que las Bases de Licitación establezcan;

Cuando se haya producido una causal de extinción del contrato por incumplimiento grave del concesionario. Al respecto, en el artículo 28 de la Ley de Concesiones, se establece que la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión debe ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o en las respectivas Bases de Licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Conciliadora, la cual en este caso debe resolver como Comisión Arbitral, y una vez declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Conciliadora, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión.

Cuando el concesionario abandone la obra o interrumpa injustificadamente el servicio; y

En aquellos casos contemplados en el contrato de concesión o en que el MOP estime conveniente la intervención de la Comisión.

Como podemos ver, en los casos anteriores lo que se trata es reducir la discrecionalidad del Ministerio, en la resolución de importantes materias que pueden tener graves consecuencias para el concesionario, ello enmarcado dentro de la idea que si bien estamos frente a un contrato administrativo, el contrato de concesión tiene características sui generis, ya que en él se reducen las potestades públicas del Estado, con el objeto de dar un marco de igualdad jurídica entre las partes.

En seguida, existe un segundo grupo de intervenciones de la Comisión Conciliadora, frente a dificultades que se produzcan en los casos en que la ley, el Reglamento o las Bases de Licitación establezcan el derecho que corresponde al concesionario a ser indemnizado por perjuicios derivados especialmente:

De las modificaciones de las características y servicios contratados efectuados por el Ministerio de Obras Públicas por razones de interés público, en los términos establecidos en el artículo. 19 de la Ley de concesiones;

En los casos que se produzcan circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato y el concesionario solicite la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, en los casos en que éstas materias no se encuentren reguladas en las Bases de Licitación del contrato de concesión;

De la suspensión de la concesión y se solicite la concurrencia del Fisco para la subsanación de los daños;

De los retrasos imputables al Fisco, ocurridos durante el período de construcción, en cuyo caso el concesionario goza, según lo dispone el artículo 22 de la Ley de Concesiones, de un aumento igual al periodo del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, tal como es el caso de la Concesión Talca – Chillán, en que el concesionario reclamó por los mayores costos asociados al retardo en la construcción imputables al Fisco.

De la interrupción del servicio a que se refiere el número 2, letra b) del artículo 23 de la Ley de Concesiones, para determinar el valor de las obras nuevas.

Por último, la Comisión Conciliadora debe intervenir, asimismo, a solicitud del concesionario, cuando se produzca alguna controversia con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que de lugar su ejecución, según lo establece expresamente el artículo 36 del Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996 en su inciso 1°.

Con motivo de la reforma a la Ley de Concesiones, introducida por las leyes N° 19.252 y ley N° 19.460, la Comisión Conciliadora adquirió una mayor relevancia, ya que no sólo se amplió su competencia, como, por ejemplo, para pronunciarse previamente sobre la extinción de la Concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, sino que incluso para poder decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio, a que se refiere el reclamo, durante la etapa que actúa como Comisión Conciliadora.

4.11.4. Constitución de la Comisión Conciliadora en Comisión Arbitral

Conforme a lo dispuesto en el artículo 36 inciso 5° de la Ley de Concesiones “Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el primer caso, la Comisión actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendrá el plazo de 30 días para fallar, plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno. En el evento de que el Concesionario interponga el recurso ante la Corte de Apelaciones, éste se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N°18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile y a las siguientes disposiciones: 1. No será exigible boleta de consignación; 2. El traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas. Si el concesionario solicitare de la Comisión que falle como Comisión Arbitral, ni interpusiere el recurso ante la Corte de Apelaciones quedará firme la resolución o decisión del Ministerio. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.”

Del examen de la historia de la ley, queda en claro que la posibilidad que la Comisión Conciliadora actuara como Tribunal Arbitral se planteó y discutió en la Cámara de Diputados, a raíz de una indicación presentada por el Diputado Longueira.¹²⁵ Lo que se buscó fue que el concesionario pudiera tener siempre la opción de pasar primero por una

etapa de conciliación y después pedir que se constituyera la Comisión Conciliadora como Comisión Arbitral, o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuyo caso el recurso se tramita conforme al procedimiento de la Ley Orgánica del Banco Central.

Durante la tramitación de esta norma en la Cámara de Diputados, y atendido lo establecido en el artículo 74 de la Constitución, dado que la reforma incidía en la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia, se pidió informe a la Corte Suprema, la cual expresó su desacuerdo en orden a que la Comisión Conciliadora, integrada por particulares, pudiera constituirse en Tribunal para resolver las correspondientes reclamaciones, por la sola voluntad unilateral del concesionario y sin que se especifique cuál sería la calidad o naturaleza de dicho Tribunal, todo lo cual en opinión de la Corte Suprema estaría en pugna con el ordenamiento constitucional y legal.

126

Con el objeto de superar la objeciones planteadas por la Corte Suprema a esta norma, al ser sometida a la discusión de la Comisión de Obras Públicas del Senado, se acordó modificar la norma propuesta por la Cámara de Diputados, sustituyendo el vocablo “Tribunal” por “Comisión Arbitral”, y agregando que ésta debe actuar de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores, con lo cual se precisa la naturaleza de la instancia y el procedimiento que debe de seguirse por la Comisión Conciliadora al constituirse en Comisión Arbitral. En virtud del acuerdo anterior, el Senador Siebert retiró su indicación en el sentido de dar el tratamiento de Tribunal Arbitral a la Comisión Conciliadora .

En la práctica, la labor de la Comisión Conciliadora, actuando como “Comisión Arbitral”, ha resultado de extraordinaria importancia como mecanismo para resolver en forma oportuna y efectiva los diversos conflictos generados con motivo de los contratos de Concesión de Obras Públicas, según queda de manifiesto en el examen que se hace de las sentencias arbitrales dictadas en diversos contratos de concesión, lo cual obedece, en nuestra opinión, en parte importante a la circunstancia que las Comisiones Arbitrales actúan como “Árbitros Arbitradores”.

Con todo, consideramos que existen algunas deficiencias en el funcionamiento de las Comisiones Conciliadoras, que ameritan una reforma legal para lograr un mayor perfeccionamiento en el novedoso mecanismo de solución de conflictos creados por la Ley de Concesiones Chilena.

4.11.5. Facultad de la Comisión Conciliadora de resolver como Árbitro Arbitrador

¹²⁵ Sesión N° 59 Cámara de Diputados 18 de Abril 1995, Pág. 20.

¹²⁶ Informe Corte Suprema N° 223 de fecha 25 de Abril de 1995, dirigido al Presidente de la Comisión de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados. En este informe la Corte Suprema junto con expresar su desacuerdo en entregarle facultades jurisdiccionales a una Comisión Conciliadora propone que de no producirse la conciliación se establezca que el concesionario pueda recurrir dentro de 5 días, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 36 inciso 5° de la Ley de Concesiones, una vez constituida la Comisión Conciliadora en Comisión Arbitral, debe actuar “de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores” y tendrá el plazo de 30 días para fallar, no siendo el fallo de la Comisión Arbitral susceptible de recurso alguno.

Por su parte, el artículo 90 N° 2 del Reglamento de Concesiones estatuye: “Cuando la Comisión actúe como Comisión Arbitral, se aplicarán normas correspondientes a los árbitros arbitradores del Código de Procedimiento Civil”.

De su lado, el inciso 3° del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales señala: “El arbitrador fallará obedeciendo lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.”

Finalmente, el artículo 640 N° 4 del Código de Procedimiento Civil prescribe: “La sentencia del arbitrador contendrá: N° 4 Las razones de prudencia y de equidad que sirven de fundamento a la sentencia”.

De los preceptos referidos, queda en claro que la Comisión Arbitral debe resolver en base a la prudencia y la equidad, términos que resultan de suma importancia precisar, desde el momento que no están definidos por nuestro ordenamiento jurídico. Siguiendo las normas de interpretación de la ley, corresponde recurrir al Diccionario de la Real Academia. Al respecto, la prudencia aparece definida como “una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello, 2) templanza, moderación, 3) Discernimiento, buen juicio”.

Por su parte, la equidad ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia como “Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, mas bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. También como justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva”.

Por su parte, en la doctrina, el profesor Aylwin Azocar señala: “El arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada, mientras el árbitro de derecho, según dijimos declara y actúa en su sentencia la voluntad de la Ley, el amigable componedor en la suya declara y actúa la voluntad de la justicia natural, según los dictados de su propia conciencia. Se dice por esto, que falla *‘aequo et bono’*. Está facultado, por ejemplo, para admitir una compensación aunque no concurren los requisitos legales, proceder a una partición por vía de atribución sin preocuparse de formar los lotes de la manera que el legislador prescribe, no tomar en cuenta una prescripción adquisitiva o extintiva, aún de 30 años, etc.”¹²⁷

Sobre el particular, resultan especialmente clarificadoras las explicaciones dadas por el profesor don Julio Philippi Izquierdo¹²⁸, quien siguiendo a Santo Tomás de Aquino, en su comentario al Libro V de la ética Nicómaco, expresa que la equidad se identifica con la epiqueya, esto es, con la excepción del caso particular frente a la norma general; explica

¹²⁷ Aylwin Azócar, Patricio. “El Juicio Arbitral”. Santiago. Chile. 1943. Pag. 81 y 82.

que “Lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero está contenido bajo lo justo natural”. Luego, el profesor Philippi, siguiendo a Coviello, señala que la equidad no se contrapone al derecho, ni es tampoco el espíritu de la ley, sino que constituye la justicia en un caso determinado, agrega que “tener en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto, y no aplicar en su rigidez la norma general, sería el oficio de la equidad. Para Coviello, cuando el Juez haya autorizado para recurrir a la equidad no debe ser ésta una convicción meramente subjetiva y arbitraria, sino que debe tener un fundamento objetivo en la especial naturaleza de la relación de hecho. De otro modo, no sería la equidad sino el arbitrio el que sustituiría al derecho”¹²⁹

Por consiguiente, siguiendo al profesor Philippi, consideramos que la equidad no es más que la aplicación a un caso particular de lo justo, entendido no como sinónimo estricto de lo legal, sino como expresión de ese sustrato de derecho vigente que impera en la vida social y que se afinca, en último término, en la propia naturaleza del hombre.

130

Ahora bien, en la materia que nos interesa se han planteado por parte de las Comisiones Arbitrales diversas dudas acerca del alcance de lo que significa resolver como “arbitro arbitrador”, lo que dio lugar, por ejemplo, a que la Comisión Arbitral de la Concesión Autopista Santiago – San Antonio, requiriera un informe en derecho sobre este punto a su secretario señor Pedro Correa Opazo; acompañándose, igualmente, por parte de la concesionaria un informe en derecho sobre el particular del profesor Miguel Otero Lathrop.

El señor Correa Opazo¹³¹, expresa en dicho informe: “Con todo, la amplia facultad que tienen estos árbitros les da, como señala el tratadista Chiovenda, un poder modificativo o constitutivo de las relaciones jurídicas, razón por la cual, el amigable componedor no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley le otorga; si, debe hacerlo imponiendo la solución que considera más justa y más prudente, lo que, usualmente puede coincidir con la ley, pero también, a veces puede llevarlo incluso, a desatenderse de los derechos pre-existentes que se hayan comprometido en el pleito y hacer nacer con su fallo nuevos títulos para las partes”.

Por su parte, el profesor Otero Lathrop, en el informe precitado¹³², indica que el Tribunal Arbitral debe resolver en justicia y no conforme a derecho ni al tenor literal del

¹²⁸ Philippi Izquierdo, Julio. “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”. Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. Vol. 3. Chile. 1973. Pag. 261 y ss.

¹²⁹ Philippi Izquierdo, Julio. “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”. Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. vol. 3. Chile. 1973.

¹³⁰ Philippi Izquierdo, Julio. “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”. Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. vol. 3. Chile. 1973.

¹³¹ Correa Opazo, Pedro. Informe de 16 de Octubre de 2000, acerca de “Facultad de los árbitros arbitradores para fallar en conciencia, aún contra derecho o tenor literal de un contrato”, agregado materialmente al expediente arbitral del Contrato de Concesión Autopista Santiago – San Antonio.

contrato, lo que significa entre otras cosas: que no resulta justo ni equitativo aplicar una cláusula contractual en base a su tenor literal, haciendo caso omiso a las circunstancias que determinaron su aceptación; no resulta justo que se altere la conmutatividad propia del contrato de construcción de obra pública por hecho o culpa del MOP, con claro y grave perjuicio para la concesionaria.

Por su parte, la Jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, han establecido importantes criterios para determinar qué debe entenderse por las facultades de los árbitros arbitradores para fallar conforme a la prudencia y a la equidad. Así, por ejemplo, en sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Errázuriz Talavera Francisco Javier con Said Saffie José y Otros, se establece que no es la demanda sino el compromiso lo que limita la competencia del árbitro y considerando que el compromiso es un contrato en que debe estarse más a la intención de los contratantes que a lo literal de las palabras, puesto que “los árbitros arbitradores en la búsqueda de un fallo conforme a la equidad están facultados para apartarse de lo razonado por las partes, siempre que la decisión se mantenga dentro de las peticiones esenciales formuladas en los escritos del período de discusión cuyo es el caso de autos”

133

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de queja interpuesto en contra de un arbitro arbitrador, resolvió que “el árbitro arbitrador está llamado a fallar conforme a la prudencia y equidad, pudiendo incluso fallar en contra de la ley expresa, la errada calificación jurídica de un plazo, si existiere, no es suficiente para acoger un recurso de queja en contra de la sentencia dictada por un juez arbitro arbitrador. Para que ello ocurra es menester que la sentencia sea inmoral, dolosa, manifiestamente inícuca, absurda, contradictoria, ininteligible, o imposible de cumplir” (considerando 8°)¹³⁴

Por su parte, la Corte Suprema en sentencia recaída en un recurso de queja planteado por la Empresa Nacional de Electricidad, resolvió que un árbitro arbitrador debe “dictar su fallo obedeciendo a lo que la prudencia y equidad le aconsejen, y como tal premisa impide numerar factores para ello porque puede ser una enumeración incompleta, pero en todo caso no puede olvidar el arbitrador como guía los principios que informan la Ley positiva, ni tampoco los principios éticos como el enriquecimiento sin causa, el evitar el abuso del derecho, el aprovechamiento de la mala fe, el evitar contratos leoninos” (considerando 48)¹³⁵.

¹³² Otero Lathrop, Miguel. Informe en derecho “El contrato de concesión de obra pública autopista Santiago – San Antonio”, de 16 de Noviembre de 2000, agregado al expediente arbitral de dicha concesión.

¹³³ Sentencia publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 89, 2° parte, sección 2°, pág. 144 y siguientes.

¹³⁴ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 5 de Agosto de 1997, causa Portales Coya Mónica publicada en Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, 2° parte, sección 2°, pág. 94.

¹³⁵ Sentencia dictada por la Corte Suprema 20 de Julio de 1989, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 86, año 1989, sección 2° Mayo – Agosto, pág. 85 y siguientes.

Por último, existe una interesante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en la causa Empresa Constructora Guzmán y Larraín Limitada con Inmobiliaria Ciudad de Burgos S.A., que en su considerando décimo sexto, establece: “Nuestro legislador, entonces, cuando impuso ciertas exigencias respecto a los fallos que deben librar los arbitradores, tuvo muy presente que en lo sustantivo la labor de ellos debía primar el concepto de justicia natural, por sobre las nociones del derecho de la ley positiva, quiso la norma legal que el arbitrador no prestare atención a resolver una contienda a factores técnicos-jurídicos, sino a los móviles que emanan de la naturaleza misma del ser humano; del procurar materializar el ideal de lo que es justo y de aspirar a dar a cada cual – dentro de las diferencias surgidas - lo que legítimamente (no en forma necesariamente lo que legalmente) pueda corresponderle”¹³⁶.

De lo expuesto precedentemente, queda en claro que la Comisión Conciliadora, constituida en Comisión Arbitral, desde el momento en que tiene facultades para conocer y resolver como árbitros arbitradores, pueden hacerlo no solo apartándose de la ley, sino que incluso del tenor literal de los contratos, debiendo, en todo caso, resolver de acuerdo a las normas de su prudencia, conciencia o criterio, para lo cual puede recurrir, entre otras cosas, a las normas que sobre interpretación de los contratos nos proporciona el Código Civil, en sus artículos 1.560 y siguientes, tales como que: conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras; por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado; el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, debe preferirse aquel que en que no sea capaz de producir efecto alguno; en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen; las cláusulas de un contrato se interpretarán una por otra, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad; pudiendo asimismo interpretarse un contrato por las normas dadas en otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con la aprobación de la otra; cuando en un contrato se haya expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso, haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyéndose los otros a que, naturalmente, se extiende; y no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Sin embargo, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella¹³⁷.

Por último, en relación a este tema, recogemos las sabias palabras del profesor don Julio Philippi Izquierdo¹³⁸, que dice: “Que será de gran utilidad para el arbitrador el empleo de ciertos principios morales básicos de la vida jurídica, como el no enriquecerse

¹³⁶ Sentencia 12 de Agosto de 1997, Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en revista Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, 2° parte, sección 2°, pág. 98 y siguientes.

¹³⁷ Correa Opazo, Pedro. Informe en Derecho de 16 de Octubre de 2000, acerca de “Facultad de los árbitros arbitradores para fallar en conciencia, aún contra derecho o tenor literal de un contrato”.

sin causa, no abusar de su derecho, no aprovecharse de su propia mala fe, de la debilidad o ignorancia ajena, ni celebrar contratos leoninos, aceptar la revisión de estipulaciones que han llegado a transformarse en excesivamente onerosas por causas no previsibles, debiendo servir todo ello como vías más seguras para establecer lo equitativo. En definitiva, el arbitrador ha de sopesar los elementos indicados en cuanto le sean útiles, en relación con todos los demás factores, de cualquier naturaleza que sean, que su prudencia le aconseje en considerar y que le permitan resolver la cuestión como lo habría hecho un legislador justo frente a un caso particular, aún cuando con ello deba ir en contra de la ley expresa.”

4.11.6. Jurisprudencia de la Comisión Arbitral

4.11.6.1. Sentencia de la Comisión Arbitral Autopista Santiago – San Antonio

La Comisión Arbitral presidida por don Máximo Honorato Alamos e integrada por don Rubén Mansilla Valenzuela y don Carlos Mercado Herreros, con la asistencia del actuario Pedro Correa Opazo, conoció del reclamo formulado por la concesionaria, en orden a que se condenara al Ministerio de Obras Públicas a restituir a ella la suma equivalente a 120.000 unidades de fomento aproximadamente, por gastos, desembolsos y expensas originadas con motivo de las expropiaciones realizadas por el MOP para la ejecución de la autopista Santiago – San Antonio; se condenara al pago de la suma equivalente a 31.000 unidades de fomento aproximadamente por costos, gastos y desembolsos en que incurrió la concesionaria para apoyar los trámites y procedimientos de expropiaciones para obtener el acceso material a los terrenos requeridos para ejecutar las obras de la concesión; como asimismo, recondenara al MOP a pagar los costos financieros generados por los pagos antes indicados, al igual que a pagar el valor de los retazos, demasías y terrenos adquiridos voluntariamente por el MOP sin sentencia judicial que lo obligare a ello, y que no fueron ocupados ni destinados a la construcción o explotación de la obra Autopista Santiago – San Antonio o a sus servicios complementarios.

La concesionaria fundó su reclamo en la norma consagrada en el artículo 15 de la Ley de Concesiones, que en su inciso 2° establece: “En el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos para la construcción de las obras y servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el artículo 105 del Decreto Supremo 296 de 1984 del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2186 de 1978”.

Al efecto, la concesionaria sostuvo que existió una excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones impuestas a ella con motivo de las expropiaciones realizadas por el MOP, por lo que cobraría lugar en la especie la teoría de la imprevisión; asimismo, agrega, que dichos pagos que califica de exorbitantes han significado una ruptura del equilibrio económico del contrato de concesión, desde el momento en que el

¹³⁸ Phillippi Izquierdo, Julio. “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”, Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. Vol. 3. Chile. 1973.

MOP previó en las Bases de Licitación un costo aproximado por concepto de expropiaciones equivalente a 700.000 unidades de fomento, en circunstancias que el proceso expropiatorio superó la cifra equivalente a 1.500.000 unidades de fomento, lo que significó que en la realidad superó en un 120% aproximadamente lo presupuestado.

Sobre el particular, el MOP sostuvo que era de responsabilidad de los licitantes estimar el valor de las expropiaciones, al igual que de su cargo estudiar el desarrollo urbano en el lugar a ejecutarse la obra concesionada, por lo que en su opinión era improcedente el cobro formulado.

En este punto, la Comisión Arbitral acogió parcialmente la demanda, según sentencia de fecha 12 de Abril de 2001¹³⁹, condenando al MOP al pago de 35.000 unidades de fomento, cantidad que corresponde al 20% del mayor valor derivado de las expropiaciones, sobre la base de considerar, entre otras cosas, que: “1. El imprevisto aumento en más de 120% del valor que representan los gastos, costos y desembolsos de las expropiaciones, superando largamente cualquier cálculo que pudiera haberse hecho a la época de la licitación, y 2) De los antecedentes recopilados por el Tribunal y de los análisis efectuados, se desprende que ninguno de los licitantes contempló cifras de costos del proceso expropiatorio ni siquiera cercanas a las que, en definitiva, han resultado” (Considerando Undécimo).

Asimismo, la Comisión Arbitral acogió parcialmente la demanda en cuanto a disponer el pago de la suma de 5.824 unidades de fomento, por costos financieros generados por los pagos en exceso de las expropiaciones, correspondientes a los intereses corrientes devengados; de la suma de 4.000 unidades de fomento, correspondientes a los costos incurridos por la concesionaria para apoyar los trámites y procedimientos de expropiaciones y para obtener el acceso material a los terrenos requeridos para ejecutar las obras de urbanización; y de la suma equivalente a 686 unidades de fomento, correspondientes a los costos financieros generados por los desembolsos relativos a los intereses corrientes de las sumas indicadas precedentemente.

Por su parte, en cuanto a las demasías, esto es, a los terrenos que carecen por sí solos de significación económica o se hace difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento, existe obligación legal de expropiarse, conforme a lo establecido en el Decreto Ley 2.186. Al respecto, la concesionaria sostuvo que en la expropiación de las demasías no hay un “interés nacional” comprometido, y dichos retazos no son de “utilidad pública”, y, en consecuencia, el MOP no está legitimado ni facultado para expropiar vía convenio los retazos o demasías que no son útiles para la construcción y operación de un camino público, para cuyo efecto se apoya en el informe suscrito por el ingeniero civil señor Ambrosio García Huidobro, quien evacúa su opinión apoyado en la asesoría del abogado señor José Luis Cea.

Sobre el particular, la Comisión Arbitral acogiendo la proposición del MOP, resolvió que la sociedad concesionaria debía efectuar un catastro detallado de las demasías existentes, el cual fuere entregado al inspector fiscal de la obra, y en base a ello se

¹³⁹ Esta sentencia fue protocolizada bajo el N° 861 con fecha 19 de Abril de 2001 en la Notaría de Santiago de don Camilo Valenzuela Riveros.

confeccionara un informe final con el objeto de que el Ministerio de Obras Públicas lo enviara al Ministerio de Bienes Nacionales, solicitándole que se declararan los indicados inmuebles como imprescindibles para la obra, y en su virtud se desafectará dichos bienes, para proceder a su disposición mediante algunas de las modalidades permitidas por la ley.

4.11.6.2. Sentencia de la Comisión Arbitral Concesión Aeropuerto Arturo Merino Benítez

Con fecha 16 de Mayo de 2000, el Tribunal Arbitral presidido por don Juan Enrique Traub e integrado por los señores Julio Crovetto y Pedro Quezada, por la concesionaria y por el MOP, respectivamente, resolvió los reclamos planteados por la sociedad concesionaria en cuanto a la procedencia del pago de obras adicionales ejecutadas.

Al efecto, la concesionaria sostiene que debió ejecutar obras adicionales durante la construcción de la obra concesionada que se encuentran impagas por la suma aproximada de 9.600 unidades de fomento, que corresponden a la remoción de cercos, cunetas revestidas, instalaciones de defensas camineras y construcción de pilotes in situ del puente González, para lo cual invoca como fundamento de derecho lo dispuesto en el artículo 68, letra b) de Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, que establece que durante la etapa de construcción el MOP, a propuesta DGOP o de la sociedad concesionaria, puede sustituir obras o realizar obras adicionales, siempre que no impliquen modificación en las condiciones económicas del contrato, para cuyo efecto se establece en la letra b) de la indicada disposición: “Realizar obras adicionales de carácter menor, en beneficios de los usuarios y de la comunidad, por un valor máximo determinado en las Bases de Licitación. En todo caso, dichas obras no podrán afectar al cobro de tarifas por parte de la sociedad concesionaria. El monto de dichas obras será aprobado y pagado directamente por el MOP en la forma que indiquen las Bases de Licitación”.

El Tribunal resolvió acoger parcialmente el reclamo de la concesionaria, ordenando el pago por la suma equivalente a 4.641 unidades de fomento, por concepto de alguna de las obras adicionales ejecutadas, sobre la base considerar que se encontraba suficientemente acreditado que efectivamente revestían tal carácter por lo que debían ser pagadas por el MOP. Ello fue resuelto con el voto en contra del miembro del Tribunal por parte del MOP señor Quezada.

CAPITULO QUINTO MARCO JURÍDICO- FINANCIERO QUE HA PERMITIDO LA INCORPORACIÓN DE CAPITALES PRIVADOS EN LA FINANCIACIÓN DE INVERSIONES EN INFRAESTRUCTURA

5.1. Introducción

Sin duda que el éxito de un proyecto de la magnitud y de los montos que significa una Concesión de Obras Públicas depende en gran parte del éxito de un esquema de financiamiento del mismo, el cual debe considerar los diversos riesgos a los que el proyecto en sus diferentes etapas (financiación, construcción, operación y mantenimiento) se verá afecto.

Esta materia, de suma complejidad, más aún si pensamos que se ha mostrado como una de las áreas del Derecho donde mayor y más rápida evolución han tenido sus instituciones lo cual en cierta medida se debe a la magnitud de las inversiones a

desarrollarse como asimismo a la intervención de agentes públicos y privados, nacionales y extranjeros, en suma una multiplicidad de actores con la consecuente multiplicidad de intereses. Lo anterior ha generado una convergencia de visiones e intereses sumamente interesante, que perfectamente podría servir de ejemplo a seguir en otras áreas de la economía del país, en especial hoy en día en donde cada vez se hacen más necesarios ciertos cambios en especial en lo relativo a la incorporación de capitales privados a la gestión de negocios considerados propios de la esfera pública.

En el presente capítulo señalaremos primeramente las características especiales que tienen este tipo de inversiones desde el punto de vista de la técnica de financiamiento de proyectos, también llamada *Project Finance*, posteriormente indicaremos las características principales de la persona jurídica que busca el financiamiento, me refiero a la sociedad concesionaria; luego estudiaremos las diversas formas de financiamiento que contempla nuestro ordenamiento jurídico con el análisis de algunas figuras legales y financieras de gran importancia; posteriormente haremos mención a modernas formas de financiamiento que se han aplicado recientemente en Chile con un éxito importante, pero que aún están instalándose en las mentes de los inversionistas y del mercado.

5.2. El concepto de *Project Finance* y su importancia como vehículo para el financiamiento de Proyectos de Inversión en Infraestructura Pública.

5.2.1. Concepto

En términos generales podemos definir al Financiamiento de Proyectos o “ Project Finance ” como una estructura de financiamiento cuya característica primordial es el hecho de que tanto el financiamiento de la inversión misma como el repago de la deuda no está basada en el valor de los activos físicos del proyecto ni en la historia crediticia del inversionista, sino en los flujos futuros que se espera el proyecto genere ¹⁴⁰. Desde una perspectiva de los riesgos envueltos en la inversión podemos definir al Financiamiento de Proyectos como una estructura de distribución y asignación de los diferentes riesgos del proyecto entre los diferentes agentes participantes. Es posible afirmar que el esquema de Project Finance resulta sumamente útil como mecanismos de inversión desde la perspectiva que para las empresas y consorcios inversionistas éste no genera impacto en la capacidad de crédito de la corporación, toda vez que la deuda y posterior pago de la misma estará radicado en el proyecto, razón por la cual se constituirá una sociedad de propósito exclusivo que será la encargada de la ejecución de la inversión, siendo dicha sociedad quien recibirá los recursos para la materialización

¹⁴⁰ “Project Financing”, Peter K. Nevitt, Euromoney Publications, London, 1983.

de la inversión y quien esté obligado al repago de la deuda.

Asimismo el esquema de financiamiento de proyectos desde el punto de vista del concedente o entidad pública que encarga la ejecución de un determinado proyecto, otorga más facilidades para la fiscalización y control financiero de la inversión, por cuanto al ser una sociedad de propósito exclusivo la que realiza las obras, todos los fondos y aportes que obtenga, ya sea a través de aportes de capital de sus accionistas, por créditos bancarios o emisión de instrumentos de deuda serán destinados única y exclusivamente al desarrollo del proyecto en cuestión.¹⁴¹

Por lo general los financiamientos de proyectos incluyen las siguientes características básicas.¹⁴²

Un acuerdo de las partes responsables del proyecto por el cual asumen el compromiso de completar el proyecto y, para tal efecto, poner a disposición de éste los fondos necesarios para lograr su terminación.

Un acuerdo por parte de las partes responsables en lo financiero (por lo general en la forma de un contrato para la adquisición de la producción del proyecto) que, al término de tal proyecto y al inicio de las operaciones, se contará con flujos suficientes que permitan satisfacer todos los gastos operacionales y las necesidades de servicio de la deuda, incluso si el proyecto no funciona como se esperaba por causas de fuerza mayor o por cualquier otra razón.

Declaraciones por parte de las partes responsables en lo financiero de que en el evento de ocurrir una interrupción en la operación del proyecto y se necesitare fondos para devolver el proyecto a su condición operable, se pondrán a disposición los fondos necesarios mediante cobros de seguros, anticipos contra entregas futuras o algunos otros medios.

El financiamiento de proyectos se distingue del financiamiento directo convencional, o aquel que se financia del crédito general de una empresa. Con respecto al financiamiento directo convencional, los acreedores consideran la cartera completa de activos de la compañía que generaran el flujo de efectivo para el servicio de sus préstamos¹⁴³. Los activos y su financiamiento se integran en las carteras de activos y pasivos de la compañía. Con frecuencia, tales préstamos no se protegen por medio de garantías dadas por el prestario. La característica distintiva crítica de un financiamiento de proyectos es que el proyecto es una persona jurídica distinta; los activos del proyecto, los contratos relacionados con el proyecto y el flujo de efectivo del proyecto se encuentran

¹⁴¹ En efecto resulta sumamente común que las Bases de Licitación o Contratos de Concesión contengan cláusulas por medio de las cuales la Sociedad Concesionaria estará obligada a proporcionar una serie de información en relación con su situación patrimonial, con cambios en su estructura de propiedad, entrega de los resultados y balances anuales, etc.

¹⁴² Finnerty, John, "Project Financing". Simon and Schuster Company 1994 p. 32-54

¹⁴³ Klein, Michael. "Managing Guarantee Programs in Support of Infrastructure Investment". Policy Research Working Paper N° 1812 World Bank Private Sector Development Department 1997 p 3.

segregados en forma definitiva de la entidad patrocinadora. La estructura del financiamiento esta diseñada para distribuir los rendimientos y los riesgos financieros de manera más eficiente que una estructura financiera convencional. En un financiamiento de proyecto, los patrocinadores o accionistas de la Sociedad Concesionaria proporcionan, a lo sumo, un acceso limitado a los flujos de efectivo de sus demás activos que no forman parte del proyecto, pero ninguno de sus demás activos, para garantizar los préstamos del proyecto.

Las diferencias anteriormente señaladas pueden sintetizarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 6: Cuadro de comparación: Financiamiento de Proyectos(*Project Finance*) y Financiamientos Corporativos o Tradicionales (Corporate Finance)

	Corporate Finance	Project Finance
Persona Jurídica que contrae el endeudamiento para la financiación del proyecto.	La Compañía matriz con todos sus activos.	Una persona jurídica nueva y distinta de sus accionistas, constituida especialmente para el desarrollo y operación del proyecto de inversión, denominada comúnmente SPV (special propose vehicle).
Fuentes de repago y garantía de la deuda.	Todos los activos de la compañía	Los activos del proyecto que sean de propiedad de la sociedad de propósito exclusivo, en especial los flujos futuros del proyecto.
Garantías especiales para la seguridad del crédito	Frecuentemente no son requeridas este tipo de garantías, pues los acreedores atenderán el estado resultado de la compañía y sus inversiones futuras como elementos básicos para el otorgamiento del crédito.	Normalmente garantías especiales son requeridas a los <i>sponsors</i> o accionistas de la Sociedad Concesionaria, incluso existe la posibilidad que se otorguen garantías por parte del Estado receptor de la inversión o una combinación de las anteriores.

5.2.2. Condiciones para el éxito del Financiamiento de Proyectos

Un financiamiento de proyecto requiere una cuidadosa ingeniería financiera para distribuir de una manera mutuamente aceptable los riesgos y las recompensas entre las partes comprometidas.

Un proyecto debe incluir todos los medios necesarios para construir una entidad de operación viable y económicamente independiente. Por ejemplo, un proyecto no suele ser

parte integral de otra instalación u otro medio. Si el proyecto depende de activos propiedad de otros en cualquier etapa de su ciclo de operación, debe garantizarse el acceso incondicional a estos medios en todo momento, pase lo que pase.

El financiamiento de proyecto es benéfico para compañías con un proyecto propuesto cuando:

La producción del proyecto experimenta una demanda tan fuerte que los compradores desean negociar contratos de compra a largo plazo y,

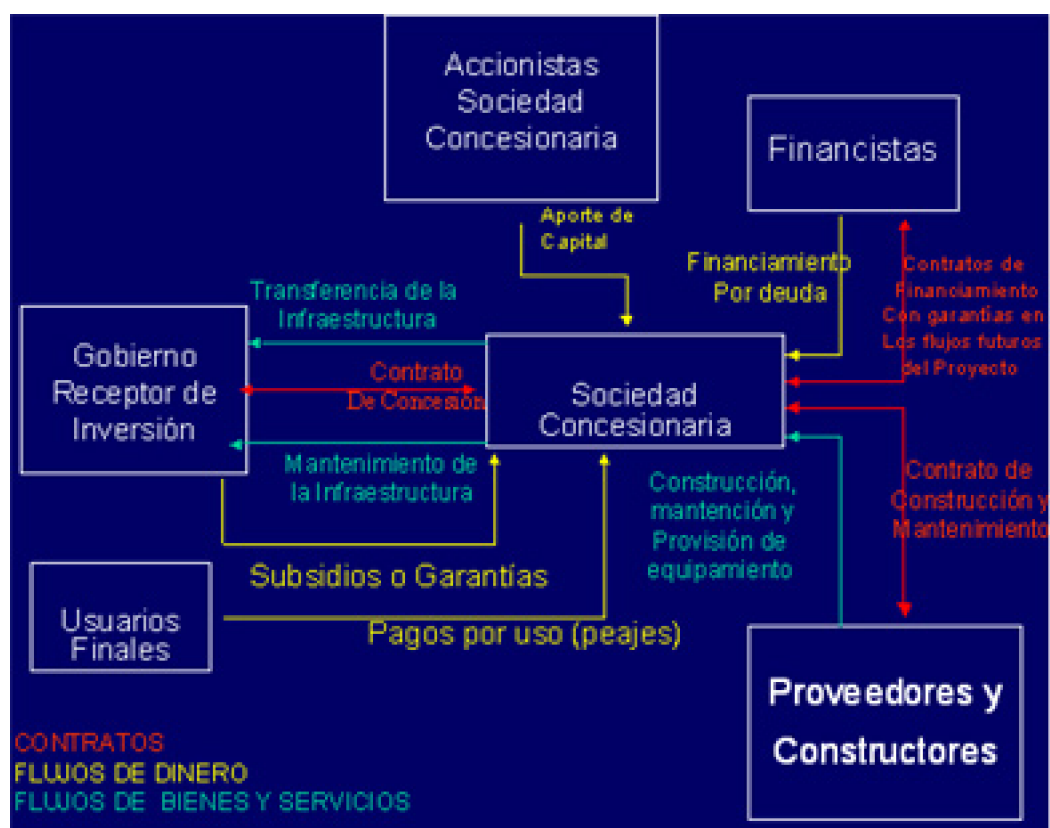
Los contratos contienen cláusulas suficientemente firmes para hacer que los bancos se interesen en anticipar fondos para financiar la construcción con base en los contratos. Por ejemplo, el financiamiento de proyectos resulta ventajoso para un país en vías de desarrollo cuando dispone de valiosas reservas de recursos, otras partes interesadas desean invertir para su explotación y el país anfitrión carece de los recursos financieros para proseguir con el proyecto por su cuenta.

Generalmente un proyecto de inversión en infraestructura de gran escala no cuenta con historia operativa al momento del financiamiento de la deuda inicial ¹⁴⁴. Por consiguiente, su crédito depende de su rentabilidad esperada y del apoyo crediticio indirecto provisto por terceros mediante varios arreglos contractuales. Así pues, los acreedores requieren asegurarse de que el proyecto entrará en servicio, y que se inicien las operaciones, el proyecto constituirá una empresa económicamente viable. La disponibilidad de fondos para un proyecto dependerá de la capacidad del patrocinador de convencer a los proveedores de fondos de que el proyecto es técnicamente factible y económicamente viable. ¹⁴⁵.

En términos generales podemos señalar que el Financiamiento de Proyecto consiste en una compleja red de contratos que generan un transferencia de flujos monetarios (dineros, créditos, títulos de valor, etc) y de bienes y servicios (construcción, provisión de tecnología, mantenimiento, etc) los cuales dependerán de cada transacción. No obstante la siguiente figura viene a graficar lo que sería un esquema básico de este tipo de transacciones.

¹⁴⁴ En el caso de nuestro país se han producido diversos escenarios, así los primeros proyectos de inversión bajo el esquema de concesiones de obras públicas decían relación básicamente con la rehabilitación, mejoramiento y ampliación de rutas y caminos ya existentes en donde era factible predecir el tráfico futuro del proyecto y por ende sus flujos futuros, este sería el caso de prácticamente toda la concesión de la ruta 5 entre La Serena y Puerto Montt, sobre este particular véase el Informe de Clasificación de Riesgo Concesión Talca- Chillán elaborado por la clasificadora de riesgo Feller&Rate disponible en www.feller-rate.cl. Por el contrario en lo que se denominó las Concesiones de la Autopistas Urbanas uno de los grandes problemas con que se encontraron al desarrollar el proceso fue precisamente el hecho de que respecto de muchos de esos proyectos no existían antecedentes del todo confiables respecto a la cantidad de tráfico que debían tener dichos proyectos.

¹⁴⁵ Dailami, Mansoor and Leipziger, Danny. "Infrastructure Project Finance and Capital Flows: A new Perspective" paper presented at the Conference on Financial Flows and World Development, The University of Birmingham, UK 1997 p. 9.



Cuadro N° 7: Esquema Gráfico Transacción de un Financiamiento de Proyectos

5. 3. La Sociedad que recibe los Recursos. La Sociedad Concesionaria

Como es sabido en la gran mayoría de las licitaciones se presentan consorcios formados por varias empresas que tienen personalidad jurídica distinta; así la Sociedad Concesionaria será una nueva sociedad cuyos socios son los que formaron el consorcio adjudicatario, ligados entre sí por algún tipo de vínculo anterior a la formación de la sociedad misma.

En general, el Estado concedente exige además que la sociedad disponga de un capital mínimo y prohíbe la venta de acciones durante un período determinado de tiempo, generalmente la época de duración de las obras. En resumen, los requisitos exigidos a las sociedades concesionarias por la normativa chilena son los siguientes ¹⁴⁶ :

Ha de tratarse de una sociedad nueva creada especialmente para la concesión, o bien, la constitución en Chile de una agencia extranjera de la sociedad internacional y en su denominación habrá de incluir necesariamente las palabras “Sociedad Concesionaria”.

¹⁴⁶ Artículo 30 Reglamento de Concesiones de Obras Públicas.

La sociedad concesionaria estará sujeta a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas, es decir la ley 18.046, Ley de sociedades anónimas, y su reglamento, el DS 587 de 1982.

El plazo de constitución de la misma se fijará en las Bases de Licitación y no puede ser inferior a 60 días desde que se publique el Decreto de adjudicación. En general debemos mencionar que muchas de estas reglas pueden ser modificadas tanto en las Bases de Licitación, como asimismo en el decreto de adjudicación; de tal manera que las normas legales son supletorias a las normas particulares antes señaladas.

El objeto de la sociedad concesionaria será la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión. Se trata de sociedades con objeto único y exclusivo, sin perjuicio de la posibilidad de ampliarla a servicios complementarios ofrecidos por el licitante y aceptados por el MOP.

El Capital suscrito y pagado de la misma deberá ser, al menos, igual al veinte por ciento de la inversión total presupuestada para la obra, salvo que las bases fijen un porcentaje diferente. De todas formas las exigencias de capital inicial estarán determinadas, en general, por la estructura de financiamiento de la concesión y las exigencias de los respectivos prestamistas que, obviamente, estarán interesados en que el capital propio de la sociedad concesionaria sea mayor y menores consecuentemente las necesidades de financiamiento.

Se establece que el adjudicatario de la concesión debe tener como mínimo de acciones en la sociedad concesionaria un cincuenta y un por ciento.

Otros tipos de exigencias que podrían estar incluidas en las Bases de Licitación y que se han desarrollado en la legislación internacional se refieren, por ejemplo, a cierta relación deuda/capital (*leverage*)¹⁴⁷, en este sentido la mayoría de los autores estima que una relación entre el capital aportado por los accionistas de la Sociedad Concesionaria y el endeudamiento como forma de financiamiento es entre un 20 a 30 por ciento capital y el saldo a través de endeudamiento; obligatoriedad de que las acciones sean siempre nominativas; porcentajes máximos de capitales extranjeros; limitaciones a los créditos extranjeros; limitaciones a la emisión de instrumentos de deuda.

5.4. Financiamiento de Inversiones en Proyectos de Infraestructura a través de la Ley de Concesiones de Obras Públicas

5.4.1. Situación Particular del Financista de un Proyecto de Inversión

¹⁴⁷ Dailami, Mansoor and Leipziger, Danny. "Infrastructure Project Finance and Capital Flows: A new Perspective" paper presented at the Conference on Financial Flows and World Development, The University of Birmingham, UK 1997 p. 9.

de infraestructura ¹⁴⁸

La situación en que se encuentre el financista del proyecto dependerá básicamente del contrato que haya suscrito con el deudor. Esto es, los derechos y garantías estarán subordinados al acuerdo preliminar básico para el nacimiento del proyecto. La forma en que se encuentren establecidos, los detalles y pormenores de cada contrato en particular resultará fundamental para determinar este punto.

No obstante lo anterior se pueden establecer determinadas particularidades que hacen del financista de un proyecto de concesiones un acreedor sui generis al de una operación de crédito corriente.

Para el análisis de estas situaciones especiales se tomara la posición del financista en las tres etapas fundamentales en que se desenvuelve la vida de una concesión:

Etapa de elaboración del proyecto. Los financistas asumirán el mayor riesgo de la operación, pero como contrapartida de ello recibirán la mayoría de las ganancias si el proyecto funciona de la manera prevista. Por esta razón en esta etapa se establecen las cláusulas claves del contrato de financiamiento para asegurar el retorno de la inversión. Asimismo, en esta fase se suscribirán las garantías y condiciones del préstamo y se proyectarán distintas situaciones externas que puedan resultar relevantes para el éxito o fracaso del proyecto. Por esta razón estas cláusulas deberán comprender los distintos escenarios que se puedan presentar en las etapas subsiguientes de construcción y operación de la concesión. Algunas cláusulas comunes en la redacción de estos contratos se relacionan con la constitución de derechos de prenda a favor del financista, sobre los retornos de inversión durante la operación de la concesión, la subordinación de la entrega de recursos a certificados de avance de obras emitidos por el concedente, cláusulas de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales y cláusulas de sumisión de jurisdicción, entre otras.

Etapa de construcción. A diferencia de una operación financiera ordinaria, el financista de una obra de concesión pública debe interiorizarse y comprometerse con el desarrollo del proyecto, por lo que estará interesado en que la sociedad concesionaria tenga la obligación de proporcionarle información fidedigna acerca de los avances de las obras y del cumplimiento de los plazos establecidos en el propio contrato de financiamiento y de aquellos a los que esté sujeto el concesionario respecto del concedente. En esta etapa se involucran además otros actores anexos a las partes principales en la operación de un proyecto de concesión, como aquellos que abastecerán al concesionario en la proporción de suministros, materiales de construcción y mano de obra, además de otros operativos encargados de las gestiones de operación, manejo y coordinación entre los organismos que intervienen en el sistema concesionado. No obstante estas entidades no revisten el carácter de insustituibles en el proceso, en el sentido de que pueden ser subrogadas por otras que reúnan mejores condiciones de operabilidad y eficiencia, la entidad financiera tendrá interés en que estos factores externos otorguen ciertas garantías en su gestión, de modo tal de disminuir la

¹⁴⁸

Credits Agreements and Collateral Agreements in International Infrastructure Projects. E. Waide Warner Jr, Emily

Altman.

incertidumbre del riesgo que puedan provocar situaciones imprevistas en la etapa de construcción de la obra concesionada, como podría serlo, por ejemplo un desabastecimiento de insumos o una paralización de actividades por parte de los trabajadores. Es por ello que se preferirán por los financistas actores vinculados a los financistas o la concesionaria por relaciones contractuales previas, que estén relacionados de alguna manera con estas entidades por pertenecer a un mismo holding o que gocen de un prestigio reconocido en su área de acción.

Etapa de operación de la concesión. Si partimos de la base de que la concesión está establecida para un tiempo de vida limitado al termino de la cual los bienes construidos pasaran a manos del Estado, el financista tendrá interés en comparar los resultados efectivos del retorno de la inversión para determinar si es que estos corresponden a la proyecciones efectuadas en las etapas preliminares, puesto que de resultar una brecha muy amplia entre la proyección y el resultado efectivo, se verá mermada su posibilidad de pago del crédito, por esta razón exigirá a la sociedad concesionaria la entrega oportuna y periódica de esta información. Además el financista estará interesado en participar activamente en la promoción de la obra y apoyar su correcto funcionamiento, de manera tal de impedir las percepciones negativas que a su respecto puedan tener los usuarios y con ella se reduzcan sus ingresos.

5.4.2. Normas especiales que establece la Ley de Concesiones y otros Cuerpos Legales para otorgar mayor libertad y atribuciones a los Financistas de Obras Públicas¹⁴⁹

Sin duda que uno de los aspectos de mayor relevancia de la Ley de Concesiones dice relación con ciertas excepciones o modificaciones a las reglas generales de determinados cuerpos legales lo ha traído como consecuencia la creación de un estatuto de inversión y financiamiento único en nuestra legislación sumamente flexible y que ha permitido un enorme desarrollo por un lado de modernas figuras de financiamiento que han permitido la materialización de inversiones por mas de 5.000 millones de dólares como asimismo ha permitido la aparición de una serie de garantías financieras tanto estatales como privadas que han generado un gran desarrollo del mercado de capitales chilenos.¹⁵⁰ Dentro de estas modificaciones a las normas legales que regulan materias de financiamiento e inversión se encuentran las que analizaremos a continuación.

5.4.2.1. Modificación al artículo 84 de la Ley General de Bancos

¹⁴⁹ Rufián Lizana, Dolores. “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Editorial Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999.

¹⁵⁰ De hecho de acuerdo a la información obtenida en Concesionarios de Obras Públicas A.G. (COPSA) en el periodo 1998 – 2004, trece concesionarias emitieron 19 bonos de infraestructura, la gran mayoría con calificación AAA, la más alta para deudas de largo plazo, por un monto total de UF 93,2 millones y US \$ 884 millones. Fuente <http://www.copsa.cl/see.php?ida=2> (última visita 02/06/2005)

El límite inicial establecido en la Ley General de Bancos a estas entidades financieras para prohibir otorgar préstamos a una misma persona natural o jurídica estaba constituido por el 5% del capital pagado por éste y sus reservas. Sin embargo esta cifra a sufrido modificaciones que buscan facilitar el financiamiento de los proyectos de concesiones de obras publicas, estableciendo en todo caso, ciertas medidas de resguardo como la obligación de constituir una garantía prendaria, o a través de la sindicación financiera en el otorgamiento de los créditos, medidas que permiten reducir el riesgo de retorno de la inversión. La Ley 19.301 elevó este límite al 10%, cuando este exceso corresponda al financiamiento de obras publicas ejecutadas a través del sistema de concesiones, estableciendo como condición la concurrencia a la operación 2 o más sociedades financieras, que hubiesen suscrito un convenio con el constructor o el concesionario de el proyecto. Una nueva modificación a esta limitación se produjo con la Ley 19.460, fijando el porcentaje máximo en un 15% del capital suscrito o de las reservas de la entidad, cuando se trata de otorgar este exceso para el financiamiento de créditos destinados a este mismo fin, agregando como posibilidad de otorgarlos también en moneda extranjera, siempre que concorra a cualquiera de estos requisitos: primero, que estén garantizados con la prenda especial de concesión de obra publica o segundo, que en la operación de crédito concurren 2 o mas bancos o sociedades financieras que hallan suscrito un convenio de crédito con el constructor o concesionario de la obra.¹⁵¹

5.4.2.2. Modificaciones al Decreto Ley 3.500

A este cuerpo legal se le introducen 3 tipos de normas:

la que modifica el límite de inversión en instrumentos de oferta pública, siempre que los emisores estén sujetos a fiscalización de la superintendencia de valores y seguros o de la superintendencia de bancos e instituciones financieras.

se incorpora un factor de diversificación establecido por ley, a través del cual se reduce el límite de inversión por emisor en forma proporcional a diversificación de un fondo de inversión de desarrollo de empresa.

se posibilita la celebración de contratos de promesa, suscripción y pago de cuotas de los fondos de inversión de desarrollo de empresas directamente entre los emisores y los fondos de pensiones.

¹⁵¹ Artículo 4° Ley 19.460.- Sustitúyase el inciso primero del número 1) del artículo 84 del decreto con fuerza de ley N° 252, de 1960, Ley General de Bancos, por el siguiente: "1) No podrá conceder créditos, directa o indirectamente a una misma persona natural o jurídica, por una suma que exceda del 5% de su capital pagado y reservas. Este límite se elevará al 10%, si el exceso corresponde a créditos concedidos en moneda extranjera para exportaciones. Se elevará al 15%, si el exceso corresponde a créditos, en moneda chilena o extranjera, destinados al financiamiento de obras públicas fiscales ejecutadas por el sistema de concesión contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, siempre que estén garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública contemplada en dicho cuerpo legal, o que en la respectiva operación de crédito concurren dos o más bancos o sociedades financieras que hayan suscrito un convenio de crédito con el constructor o concesionario del proyecto. Por reglamento dictado conjuntamente entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Obras Públicas se determinará el capital mínimo, garantías y demás requisitos que se exigirán a la sociedad constructora para efectuar estas operaciones en este último caso."

5.4.2.3. Normas establecidas en la Ley 19.738 para combatir la Evasión Tributaria¹⁵²

En su artículo 2 número 3 letra g esta ley establece una exención a las remuneraciones o primas provenientes de fianzas, seguros y reaseguros que garanticen el pago de las obligaciones por los créditos o derechos de terceros, derivadas del financiamiento de las obras o por la emisión de títulos de deuda, relacionados con dicho financiamiento, de las empresas concesionarias de obras públicas.¹⁵³

5.4.3. Régimen Legal que rige las relaciones contractuales entre la Sociedad Concesionaria y la Entidad Financista

El artículo 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece que el concesionario en sus relaciones económicas con terceros, se regirá bajo las normas del derecho privado, con las excepciones establecidas en esta misma ley y aquellas que las partes hubiesen acordado en sus respectivos contratos. La norma autoriza expresamente la cesión de los derechos de concesión o de los derechos sobre la sociedad concesionaria, estableciendo como requisito para su realización que sea autorizada por el Ministerio de Obras Públicas y que se sujete a las limitaciones que esta misma norma señala. Así mismo se permite la transferencia de la concesión misma a favor del acreedor prendario, cuando esta operación se haga como consecuencia de la ejecución de las obligaciones garantizadas con la prenda, y sea la transferencia a favor de un acreedor institucional, o de cualquier persona natural o jurídica que cumple los requisitos en las Bases de Licitación.

5.5. Instrumentos para el financiamiento de las Inversiones en Obras de Infraestructura en Chile

En la gestación de un financiamiento para una concesión de obra pública se requiere gran cautela por las particularidades que envuelven a este tipo de inversión. Debido a ello, se ha desarrollado una mixtura entre las partes que intervienen, privadas y partes públicas; o bien entre inversionistas y financistas, con el fin de obtener el financiamiento del proyecto.

El porcentaje de financiamiento que aporten los financistas e inversionistas de los proyectos es lo que decidirá la participación de los distintos actores en el mismo. Los prestamistas generalmente preferirán mayor participación de los inversionistas, ello aumenta los riesgos de funcionamiento, pero minimiza los riesgos de las pérdidas ante un

¹⁵² www.sii.cl

¹⁵³ <http://www.anfitrion.cl/actualidad/20ulle/01061919738.html>.

eventual fracaso del proyecto. Por este motivo alguno de los agentes participantes debe actuar como coordinador, de manera tal de reducir, con su participación, los problemas de comunicación y entendimiento que eventualmente podrían surgir entre ellos.

Durante la primera etapa del proyecto, en que se encuentran los mayores riesgos de la concesión, el coordinador del proyecto como una manera de atraer instituciones que financien el mismo, debe soportar los riesgos iniciales constituyendo algún tipo de garantía que actúe como piso de inversión para atraer a otros actores a invertir sus capitales en el proyecto. Sólo una vez en que la etapa primaria de mayor riesgo finalice, estará autorizado el *sponsor* para retirar esta garantía y continuar como financista del proyecto en un ámbito de igualdad con los otros inversionistas. Este hecho produce una tensión natural entre el primer garantizador con financistas e inversionistas, influyendo en esta situación factores como la credibilidad del *sponsor*, el lugar donde se ejecute el proyecto o los factores económicos del lugar en donde éste se realiza. Estas variables en todo caso puede, si presentan aspectos positivos ayudar a distender también estas inseguridades preliminares.¹⁵⁴

El Sistema de Concesiones en Chile se ha preocupado, especialmente, de lograr una eficiente asignación de riesgos, con el fin de que los distintos actores los asuman en la etapa en que estén en una mejor posición para ello. De esta manera se puede obtener dispersarlos los riesgos y reducir los costos de los proyectos.

Existen múltiples formas de estructurar un financiamiento para un proyecto. La forma que se adopte en definitiva depende, entre otras, de variables tales como plazo de la concesión, montos de inversión, solvencia y liquidez de los patrocinadores y principales contratistas; grado de acceso al mercado de capitales; probabilidad de que la autoridad solicite obras adicionales en el futuro; estructura y niveles de la tasa de interés; y costo de los seguros de crédito y de las garantías bancarias. Todo lo anterior esta indudablemente subordinado a las políticas globales de financiamiento de los principales socios de la concesionaria.

5.5.1. Financiamiento Bancario de Inversiones en Concesiones de Infraestructura

5.5.1.1. Introducción

Una de las fuentes primarias de financiamiento de inversiones a través del mecanismo de Concesiones de Obras Públicas está constituido por los créditos otorgados por entidades financieras, en especial Bancos tanto nacionales como extranjeros. Dicho financiamiento implica desde el punto de vista de la entidad financiera un compromiso de largo plazo con el proyecto de inversión, por cuanto y tal como se señaló en la introducción del presente capítulo, la posición del financista en relación con la posibilidad de recuperar su crédito dependerá en gran medida del éxito del proyecto en lo que dice relación con que éste sea capaz de generar en el largo plazo los flujos necesarios para el repago de la deuda

¹⁵⁴ *Sources of Funds and Risk Management for International Energy Projects. David Blumental.*

incluyendo en esta capital, intereses, comisiones y los mecanismos de coberturas cambiaria que hayan acordado entre la entidad financiera y la Sociedad Concesionaria.

En este sentido resulta interesante analizar las características particulares que revisten los contratos de financiamiento acordados entre las partes de la transacción, en especial dos figuras de gran relevancia, por un lado el Contrato de Crédito como fuente primaria del financiamiento y por otra el mecanismo de sindicación de créditos, el cual al tratarse de proyectos de inversión de gran escala constituye una herramienta sumamente útil y a la vez necesaria para la concreción del financiamiento, estas materias son a las que nos abocaremos a continuación en nuestra investigación.

5.5.1.2. El Contrato de Crédito Bancario

A través del Contrato de Crédito Bancario la Entidad Financiera otorgante se compromete a proporcionar a su cliente fondos hasta una cierta cuantía o límite, en diversas formas, percibiendo por permitir tal disponibilidad de fondos una comisión, así como unos intereses que se girarán de acuerdo con las condiciones pactadas por la Entidad Financiera y el cliente, por todos y cada uno de los días en que el cliente adeude una suma de dinero y en función de las cantidades dispuestas en cada momento.

A partir de la firma del contrato, el banco queda comprometido a hacer efectivas las órdenes del cliente que dentro del espacio de tiempo convenido y hasta el límite total de disposición pactado. Por ello el cliente retribuirá al banco con las comisiones que hayan pactado y los intereses por las cantidades dispuestas hasta el final del reembolso.

En la práctica, es algo más que una cantidad de dinero de la que el cliente puede disponer a lo largo del tiempo, pagando intereses y comisiones por el dinero efectivamente retirado de la cuenta. En efecto, la apertura de crédito en cuenta corriente puede implicar: entrega de dinero en efectivo al cliente, la obligación de pagar a terceros en nombre del cliente (pago de facturas, deudas, etc.), el pago de cheques contra la cuenta corriente, otorgar al cliente la prórroga de una deuda vencida, descontar letras de cambios presentadas por el cliente, facilitar al cliente o al tercero que éste le indique una carta de crédito, y constituir fianzas por el cliente, en forma de depósitos de garantía o mediante avales, son operaciones que se pueden canalizar a través de estas cuentas, donde se anotarán los apuntes que originen de igual forma que en una cuenta sin límite de crédito.¹⁵⁵

En el sistema de financiamiento de una obra pública el banco financista accede a la apertura de una cierta cantidad de crédito para la empresa concesionaria, los que irá entregando de manera sucesiva según las condiciones particulares en que se haya pactado este contrato entre las partes. Generalmente implica una cierta necesidad de garantizar el retorno del crédito por la sociedad deudora, al momento de suscribir el contrato, ya que por las particularidades mismas de una concesión de obra pública, la sociedad concesionaria no contará con grandes capitales iniciales, más bien su patrimonio será negativo en la etapa de construcción de la obra. En efecto, la mayor seguridad que puede proporcionar el deudor en estos casos es su derecho de concesión

¹⁵⁵ <http://www.gruposantander.es/ieb/prestamos/Prestamosmod2.htm#2>

mismo el que sólo se hará efectivo al momento en que el concesionario haga entrega de la obra al organismo estatal pertinente a su entera satisfacción. Por estos motivos, el banco financista requerirá de garantías parciales de financiamiento que se devenguen de manera fraccionada en el tiempo. De esta manera la sociedad concesionaria obtendrá el financiamiento de la obra en la medida en que se vaya haciendo inminente su materialidad y en consecuencia el retorno del préstamo.

Es entonces frecuente que el Estado otorgue a la sociedad concesionaria “certificados de avance de obra” los que garantizan la recepción conforme por parte de éste de ciertos tramos de la misma o el cumplimiento de ciertas etapas del contrato, según como sea la manera en que se haya estructurado el mismo en las Bases de Licitación. Es entonces en la medida en que se recepcionen estos instrumentos que el Banco irá entregando dineros al concesionario para continuar con la ejecución de la obra de manera tal que los tramos terminados de a misma van financiando los posteriores y de esta manera, evitar la necesidad de un gran capital para constituir la sociedad concesionaria, lo que además de dificultar el financiamiento implicaría mayores riesgos y costos en lo relativo a su administración. Asimismo pueden irse entregando estos certificados en prenda o endosándose al banco financista conforme lo establezcan los términos del contrato.

5.5.1.3. El mecanismo de los Créditos Sindicados

El problema central para lograr el desarrollo de infraestructura en materia de obras públicas se traduce en lograr un mecanismo adecuado de financiamiento, en atención a los grandes capitales que se requieren para llevar a cabo estos proyectos. En relación con este punto resulta preponderante la eficiencia de los actores intervinientes en el proceso para lograr una adecuada dispersión de los riesgos de las inversiones.¹⁵⁶ Para ello, tanto el sector público como privado han buscado mecanismos para enfrentar este desafío y llegar a los acuerdos que permitan materializar estos proyectos. Con esta finalidad, en los últimos años ha habido importantes avances principalmente en la actualización de la legislación relativa al estatuto jurídico aplicable a las concesiones de obras públicas. Específicamente en materia bancaria se ha introducido una importante modificación al artículo 84 de la Ley General de Bancos, el que se refiere a las limitaciones a que están sujetas este tipo de entidades en cuanto se les prohíbe comprometer una parte importante de su capital con un mismo deudor. Esta modificación ha posibilitado la operatividad de la “sindicación de créditos”, mecanismo que ha fomentado la inversión de los agentes y ha permitido el mejoramiento de la gestión de este tipo de créditos.

La Ley general de Bancos como ya se señaló, en su artículo 84 señala las limitaciones que en materia crediticia deben observar los bancos. Es así como un Banco esta facultado solamente para conceder, sea de manera directa o indirecta, créditos a una misma persona, natural o jurídica, sin necesidad de requerir una garantía, hasta el 5% de su Patrimonio Efectivo, debiendo entenderse por patrimonio efectivo el capital pagado mas las reservas. Esta norma general tiene algunas excepciones, en la materia

¹⁵⁶ http://www.bancoedwards.cl/banchile/asesoria_f/pag_asesoria/lineas_neg1.htm

que tratamos nos interesa la que sigue: “Se elevara /el limite del 5%” si el exceso corresponde a créditos, en moneda chilena o extranjera, destinados al financiamiento de obras publicas fiscales ejecutadas por el sistema de concesión de obra publica ejecutados por el sistema de concesión contemplado en el decreto con fuerza de ley N 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, siempre que:

estén garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública contemplada en dicho cuerpo legal,

o que en la respectiva operación de crédito concurren dos o más bancos o sociedades financieras que hayan suscrito un convenio de crédito con el constructor o concesionario del proyecto.

Es esta norma la que ha permitido que opere el mecanismo de la sindicación de créditos. En la práctica consiste en que el crédito que se otorga a la empresa concesionaria se reparte entre un conjunto de bancos o entidades prestamistas que, a tal efecto, se unen formando un sindicato que esta formado para defender los intereses económicos comunes de los asociados. Estos se unen de forma mancomunada y confían la gestión del crédito concedido conjuntamente a un Banco Agente el que ofrece participaciones en el crédito sindicado a la comunidad de intermediarios financieros quienes toman, si lo desean, una cuota en este, encargándose además de las relaciones entre los prestamistas y el prestatario, cobrando una comisión por dicha gestión.

Aunque existen varios prestamistas en un crédito sindicado, el préstamo es uno, que se divide en tantas partes como bancos acreedores participen en el mismo. De esta manera se dispersa el riesgo que se correría si fuera solo uno el banco el prestamista el que hubiera otorgado un crédito por un porcentaje considerable de su patrimonio. Es por ello que la sindicación de créditos aparece como un práctico mecanismo para mantener el orden, rentabilidad, equilibrio y seguridad de las inversiones. El Banco Agente, recibe de parte de los demás Bancos partícipes facultades expresas para materializar y administrar la operación. De esta manera, realiza un análisis de la inversión y elabora una presentación de acuerdo a los flujos del negocio, garantías, situación de la empresa, estructura accionaria, etc. Posteriormente negocia con los potenciales financistas los términos y condiciones del financiamiento. Este mecanismo además de facilitar la gestión y dispersar el riesgo tiene la ventaja de permitir obtener mayores recursos bancarios a un costo menor costo que, por ejemplo, el mecanismo de la emisión de títulos.¹⁵⁷

Haciendo una síntesis se pueden enumerar las principales ventajas que presenta el financiamiento de las concesiones de obras publicas a través de este mecanismo:

La negociación presenta mayor formalidad y seguridad. El Banco Agente estudia el caso y concurre con parte del financiamiento en las condiciones propuestas.

Al ser manejada la operación por un Banco Agente, se evita la pérdida de tiempo que implica este tipo de operaciones para la empresa y sus ejecutivos.

Obtención de respuesta rápida y no dilatoria.

Adecuada estructura de financiamiento.

¹⁵⁷ Morand Valdivieso, Luis. “Legislación Bancaria”. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1999.

Optimiza la utilización de sus activos como garantía.

Obtiene condiciones preferenciales (monto, tasa de interés, período de gracia, etc.).

Opera con un selecto grupo de Bancos en el largo plazo.

Es prácticamente la única posibilidad de endeudarse por elevados importes sin tener que recurrir al mercado emitiendo títulos de capital o de deuda.

Proporciona mejor capacidad de negociación y de flexibilidad en la determinación del tipo de interés que negociando con una sola entidad.

El banco agente es quien realiza el trabajo administrativo, a rápida velocidad y de forma confidencial.

Por otra parte en relación con los principales inconvenientes la doctrina jurídico financiera en esta materia ha señalado los siguientes:

Riesgo de tipo de cambio cuando se realiza en divisas.

Riesgo de tipo de interés al endeudarse fuertemente a tipo variable, aunque existe la posibilidad de convertir la financiación a tipo de interés fijo mediante un *Swap* de tipo de interés o también denominado "*Swap* de tasa".¹⁵⁸

Los tipos favorables solo se reservan a grandes empresas con buena solvencia y reputación.¹⁵⁹

5.5.2. Financiamiento de Inversiones en Concesiones de Infraestructura de largo plazo mediante la Emisión de Títulos de Deuda

5.5.2.1. Introducción

Aquí hacemos referencia a una alternativa de financiamiento un tanto reciente en nuestra legislación, como lo es la emisión de títulos de deuda, en particular Bonos, la cual se encuentra expresamente reglamentada en el Título XVI de la Ley de Mercado de Valores (en adelante L.M.V.).

En términos generales nos proponemos hacer un análisis de las características que tienen estos instrumentos financieros, tanto las comunes a todo título de deuda a largo plazo como las propias de los bonos emitidos para el financiamiento de Concesiones de Obras Públicas; para luego analizar los incentivos creados por el legislador y el sistema en general para motivar a Inversionistas Institucionales como las AFP's y las Compañías de Seguros a invertir en estos títulos.

¹⁵⁸ Engler Palma, María Cecilia. "Mecanismos Jurídicos de Administración de Riesgos". Editorial Lexis Nexis. Santiago. 1997 p. 5-50.

¹⁵⁹ <http://usuarios.lycos.es/Masterdeluniverso/palesmecanismos.htm>

5.5.2.2. Características comunes de los Bonos

Podríamos definir al Bono como un valor de carácter crediticio, seriado, que emitido por las entidades autorizadas por la ley para tal efecto, concede a su titular el derecho a percibir el capital e interés consignado en él. Sus principales características son ¹⁶⁰ :

Valor; la L.M.V señala expresamente que el bono es un tipo de valor. (artículo 3, ley 18.045 ¹⁶¹)

Carácter crediticio; el bono es un título de deuda, es decir, quien lo emite está contrayendo una obligación con aquellos que los adquieren. De este modo, el tomador de bonos es en verdad un acreedor del emisor. Así la emisión de bonos es una forma de llevar a cabo un contrato de préstamo.

De oferta pública; son valores de oferta pública aquellos cuyo ofrecimiento va dirigido al público en general, o a ciertos sectores o grupos de él. (Art. 4, ley 18.045 ¹⁶²). El bono al ser un valor de oferta pública, trae como consecuencia que sea objeto de captación del ahorro público.

Seriado. El artículo 4 bis de la L.M.V define los instrumentos seriados como aquellos que guardan relación entre sí, por emanar de una misma emisión, y que poseen características comunes en cuanto a fecha de vencimiento, tasa de interés, tipo de amortización, condiciones de rescate, garantías y tipo de reajuste.

Vencimiento superior a un año. Es de la esencia del bono que goce de amplios plazos de vencimiento.

5.5.2.3. Naturaleza jurídica de los Bonos

El bono es un valor, es decir, un derecho patrimonial, de carácter económico, negociable y de fácil transferencia. Los valores se caracterizan por conceder una calidad permanente a su titular. Además la posesión de un valor otorga a su titular un conjunto de derechos de carácter institucional. Como instrumento financiero, los valores tienen un alto grado de liquidez lo que permite su cotización bursátil, como asimismo su especulación.

5.5.2.4. Bono de Infraestructura

¹⁶⁰ Bossi Trincado, Marcelo. "Los Bonos: Una opción de financiamiento de las Empresas". Memoria de prueba Universidad Católica Valparaíso 2000.

¹⁶¹ Art. 3 Inc. 1. L.M.V . "Para los efectos de esta ley, se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión."

¹⁶² Art. 4° Se entiende por oferta pública de valores la dirigida al público en general o a ciertos sectores o a grupos específicos de éste. La Superintendencia podrá, en caso de duda, determinar mediante resolución de carácter general si ciertos tipos de oferta de valores constituyen ofertas públicas. Asimismo, la Superintendencia podrá eximir ciertas ofertas públicas del cumplimiento de alguno de los requisitos de la presente ley, mediante resoluciones de carácter general. Los emisores que estén en liquidación no podrán hacer oferta pública de valores excepto si se tratare de sus propias acciones.

En la emisión de bonos para el financiamiento de inversiones a través de concesiones de infraestructura pueden intervenir una o más entidades bancarias lanzan un bono al mercado para la construcción de una obra pública. El lanzamiento consiste en la presentación pública del proyecto y el anuncio de las fechas de apertura y de cierre de las suscripciones. Los suscriptores depositan en plazos fijos a la fecha de cierre de la suscripción, por los montos que desean invertir. Si antes del cierre se alcanza la suma total necesaria para realizar la obra, se cierra la suscripción y se emite el bono; el dinero depositado, y sus intereses, se transfieren a un fondo que los administra garantizando la ejecución total de la obra.

Si no se alcanza la suma necesaria, se puede ampliar el período de suscripción permitiendo a los beneficiarios promover la obra para obtener la suscripción necesaria, pero permitiendo también a los suscriptores retirar los fondos.

En la emisión de este tipo de bonos generalmente se estipulan los créditos que se cubrirán con los fondos del mismo, la forma y transferibilidad de los títulos y los tratamientos de las garantías a concesiones. Estas generalmente están constituidas por una póliza de seguro, o por la prenda especial de la ley de concesiones, o una prenda comercial sobre los ingresos depositados en cuentas especiales, la prenda legal establecida en la ley de mercado de valores y también estableciendo causales de vencimiento anticipado del plazo establecido para el pago de los créditos otorgados a través de los bonos. La sociedad concesionaria Vespucio Norte Express utilizó este mecanismo de financiamiento.¹⁶³

Quienes podrían adquirir el bono son, en primer lugar, los beneficiarios de la obra. En segundo, los ahorristas, por el beneficio financiero que el bono le comporta, en la medida que se diseñen mecanismos que permitan garantizar el cobro.

Por último, el mismo Estado, en la medida en que recupere su capacidad financiera, cuando la obra comporte un beneficio social que sea de competencia del Estado generar. En este caso parece conveniente limitar la eventual participación del estado.

El interés y la fórmula de rescate forma parte del proyecto adecuando los mecanismos a la situación y al mercado. El objetivo sería que mantuviera el valor en términos absolutos (equivalencia con divisa extranjera), sumando eventualmente algún punto de interés adicional, ya que lo que pretende es captar el ahorro de los interesados y, en el actual contexto, el ahorro disponible está mayormente en divisas y no otorga rentabilidad adicional por lo que la compra del bono, además de posibilitar una obra cuya utilidad interesa al inversor, otorga una tasa adicional y una seguridad superior a la de la divisa extranjera depositada dentro o fuera del sistema.

La forma de obtener los recursos para recuperar los bonos también formarán parte del proyecto debiendo crearse el marco jurídico para que los suscriptores puedan asegurarse su cobro con la obra misma como garantía. El plazo de rescate podría ser variable, en función del cobro efectivo de los ingresos directos y/o del valor de los impuestos en términos constantes, preservando la rentabilidad de la inversión. Si los bonos fueran en divisa extranjera, las variaciones cambiarias modificarían el plazo de

¹⁶³ http://www.vespucioexpress.cl/emision_bonos/l_parte_prospecto_Linea_bonos.pdf

recuperación del bono, entre otras variables.¹⁶⁴

En síntesis de lo anteriormente expuesto podemos señalar que los Bonos de Infraestructura observan ciertas particularidades que los hacen distinguirse de otros tipos de bonos de financiamiento.

Se trata en primer lugar que estos bonos las condiciones de su emisión obedecen a una suerte de acuerdo o conversación previa entre el órgano emisor, y los futuros adquirentes de dichos bonos, las AFP's y las Compañías de Seguro, por lo cual se les ha denominado "Bonos a la Medida".

Lo anterior se debe a que por los montos involucrados y los plazos para el pago sólo dichos inversionistas institucionales pueden realizar la inversión necesaria. Para tal efecto citaremos una parte de un informe emitido por la clasificadora privada de riesgo Feller & Rate el año 1998 respecto a posibilidad de financiamiento de concesiones a través de este método¹⁶⁵.

En dicho informe se afirma básicamente que se trata de una posibilidad atractiva y potente para el mercado de capitales nacional, que requerirá de grandes esfuerzos de todos los actores y en dónde se deberá realizar una emisión "a la medida" para los inversionistas en cuestión, la cual debería observar las siguientes características. Por último es menester señalar que la práctica le ha dado la razón al informe antes citado, por cuanto la gran mayoría de bonos que se han emitido se ha hecho con a lo menos dos series, siendo una de ellas pensada para las necesidades y limitaciones de las AFP's y la otra para las Compañías de Seguro, la presente afirmación es sin perjuicio de la existencia de emisiones con más de dos series o con series que han sido adquiridas por estos u otros inversionistas institucionales indistintamente.

Cuadro N° 8: Características deseables de los bonos de acuerdo al perfil de los eventuales compradores

¹⁶⁴ <http://www.minhda.cl/castellano/contenido/prensa/comunicados>.

¹⁶⁵ Feller&Rate. " Bonos para Concesiones de Infraestructura". Abril 1998, disponible en www.feller-rate.cl (última visita 10/05/2005)

	Compañías de seguros de vida	Adm. De fondos de pensiones
Plazos	Preferencia por bonos de plazos largos.	No existe premio por emisiones de largo plazo
Tasa cupón	Por normativas de calce se necesita tasa fija y clasificación superior a BBB en los tramos superiores.	Se evalúa la TIR, no existiendo preferencias respecto de la tasa cupón.
Moneda	Por normativas de calce se necesitan pagos expresados en UF.	Existe preferencia respecto de emisiones en UF.
Características de prepago	Los bonos utilizados para calce largo no deben contemplar prepagos	No existen preferencias
Estructura preferente – subordinada	No existen restricciones si la clasificación de riesgo es adecuada. En general existe poco interés.	Existe interés si el mayor retorno compensa el incremento del riesgo.
Clasificación de Riesgo deseable por el Mercado.	Grado de Inversión, esto es BB+ o superior, no obstante dada la incertidumbre existente en la mayoría de los proyectos en relación con la predicción de la demanda de tráfico es que en la gran mayoría de las emisiones se ha optado por contratar pólizas de seguros de los bonos otorgadas por aseguradoras internacionales (Monolines) que minimizan el nivel de riesgo del instrumento llevándolo a niveles AAA.	Grado de Inversión, esto es BB+ o superior ¹⁶⁶ , no obstante dada la incertidumbre existente en la mayoría de los proyectos en relación con la predicción de la demanda de tráfico es que en la gran mayoría de las emisiones se ha optado por contratar pólizas de seguros de los bonos otorgadas por aseguradoras internacionales (Monolines) que minimizan el nivel de riesgo del instrumento llevándolo a niveles AAA. ¹⁶⁷

Una segunda característica de los Bonos de Infraestructura dice relación precisamente con una clasificación mínima de riesgo que estos deben cumplir, en otras

¹⁶⁶ El concepto "Grado de Inversión" dice relación con la opinión de que el bono será pagado en el largo plazo con un grado de seguridad y certeza mínimo. En este sentido, de acuerdo con la nomenclatura de la Clasificadora Internacional Standard & Poor's los niveles de riesgo son los siguientes: **AAA** - Máxima capacidad de pago **AA** - Alta capacidad de pago **A** - Buena capacidad de pago **BBB** - Capacidad de pago media **BB** - Nivel de inversión con un nivel de especulación y bajo riesgo a la vez. **B** - Inversión con un carácter de alto riesgo y especulación **C** - Alto riesgo con posibilidades relevantes de no pago **D** - Sin posibilidad de repago **E** - No sujeto a clasificación por falta de un nivel de seguridad básico. Adicionalmente a efectos de otorgar una mayor precisión en la forma de clasificación se le agregan los signos (+) o (-) refiriéndose a un mayor o menor nivel de seguridad dentro de una determinada categoría.

¹⁶⁷ En relación con el funcionamiento y rol que juegan estas entidades aseguradoras (Monolines) en una emisión de los bonos de infraestructura véase el punto siguiente de la presente investigación.

palabras y tal como se mencionó previamente los Bonos de Infraestructura deben tener un nivel clasificación de riesgo con grado inversión.

Tal como se señaló precedentemente la clasificación de riesgo se trata de una opinión, a la cual la ley le reviste ciertos efectos jurídicos, sobre la probabilidad de que el bono sea pagado en estricta conformidad con lo prometido en el contrato de emisión. A mayor abundancia el Art. 88 de la L.M.V señala que los títulos representativos de deuda, en este acápite se incluyen los bonos, se clasificarán en consideración a la solvencia del emisor, a la probabilidad de no pago del capital e intereses, a las características del instrumento y a la información disponible para su clasificación.

Sin duda, esta perspectiva para la clasificación en el caso de los bonos difiere de manera importante con los parámetros utilizados por la banca, por cuanto esta lo que busca primordialmente es de determinar la pérdida probable para el acreedor. En cambio en la clasificación de riesgo de los bonos se incorpora como elemento central la total oportunidad del pago, no dándole gran importancia a las garantías que no sean de ejecución inmediata. Así, si un bono se atrasa en un determinado momento en una cuota, automáticamente se considera en “*default*” y su clasificación pasa a la categoría “D”. Esto no significa necesariamente que los acreedores perderán algo, sino sólo que no se está cumpliendo a cabalidad lo prometido.

De lo anterior podemos desprender que un elemento clave para lograr una buena clasificación de riesgo para un bono determinado, serán las garantías que este contenga y la facilidad de ejecución y pago de estas, de manera tal que será absolutamente necesario para el éxito de esta operación financiera el establecimiento de las garantías adecuadas tanto en lo relativo al monto, como a la forma en que operen estas mismas. Sin embargo esto será analizado con mayor profundidad en el numeral siguiente.

Continuando con el tema de la clasificación de riesgo para los bonos que buscan financiar concesiones de obras públicas su clasificación ha sido tremendamente alta, así los seis bonos emitidos por concesionarias para el financiamiento de carreteras han sido clasificados en la máxima categoría, es decir categoría AAA, cabe señalar además que sólo bonos de empresas públicas de gran tamaño e importancia (ENAP y CODELCO) han recibido esta misma clasificación, esto de acuerdo a un informe emitido por la comisión clasificadora de riesgo al 15 de Noviembre de 2002.¹⁶⁸

Ahora bien frente a lo anterior cabe preguntarnos, ¿Cuáles han sido las razones que se han tenido en cuenta para clasificar de manera tan alta esos títulos, incluso con la consideración de que la clasificación para el caso de los bonos tiende a ser aún más estricta que para otras figuras financieras?. Esta pregunta resulta algo compleja de ser contestada satisfactoriamente tomando en cuenta la cantidad de factores de diversa índole que influyen en la clasificación, empero pretendo en las siguientes líneas esbozar al menos algunas respuestas.

El peso específico de las garantías involucradas; se trata en términos generales de garantías en las cuales los sujetos que lo otorgan gozan de una alta credibilidad para el mercado, tanto el Estado de Chile como entidades aseguradoras de importancia mundial

¹⁶⁸ Informe de la comisión clasificadora de riesgo del 15 de Noviembre de 2002.

(Monolines).

La necesidad de lograr una buena clasificación; dado los montos que hay en juego en este tipo de inversiones, resulta absolutamente necesario para el éxito de la misma obtener una clasificación de riesgo AAA o similar, por lo tanto esta necesidad obliga a una actuación coordinada de todos los actores involucrados en esta operación, así se requerirá una participación armónica del Estado como impulsor de iniciativas, garante y subsidiario de las mismas; la sociedad concesionaria, el sujeto que va a recibir los flujos; las aseguradoras, que actúan como verdaderos fiadores; e incluso quienes serán los potenciales adquirentes de estos títulos, las AFP's y las Compañías de Seguros

De lo anterior resulta del todo claro la necesidad de analizar las diversas formas de garantías tanto públicas como privadas, reales o financieras que, bajo el amparo de la Ley de Concesiones, han permitido obtener que los instrumentos de deuda emitidos para el financiamiento de las inversiones en infraestructura hayan alcanzado los mejores niveles de clasificación, transformándose en productos sumamente atractivos para el mercado de capitales en general y los inversionistas institucionales en particular, proveyendo los fondos necesarios para la materialización de las inversiones por un lado, pero además generando un interesante mecanismo de financiación interna evitando contraer grandes niveles de deuda externa ya sea pública o privada con el consiguiente desarrollo y profundización del mercado de capitales, quien se ha mostrado sumamente solvente y capaz de invertir altas sumas de dinero en la adquisición de este tipo de instrumentos, teniendo una aplicación real los letreros instalados en muchas carreteras concesionadas del país: "Sus ahorros financiaron esta carretera, esta carretera financiará su pensión".

5.6. Garantías para el financiamiento de Inversiones en Concesiones de Obras Públicas

5.6.1. Introducción

En el modelo financiero en que se basan las concesiones de obras públicas, el denominado financiamiento de proyectos o *Project Finance*, tal como se señaló al principio de este capítulo una de sus características fundamentales consiste en la transferencia contractual de ciertos riesgos propios de la inversión desde el sector público a diversos agentes privados quienes están mas y mejor capacitados para administrar y mitigar dichos riesgos. No obstante en ciertos casos por la magnitud del riesgo involucrado éste no puede ser asignado a un solo agente sino que es compartido con varios agentes participantes en la transacción de manera que la asignación del mismo no implique aumentos excesivos de los costos del proyecto. La situación antes descrita es la que ocurre con el riesgo financiero que dice relación con el pago de la deuda, el cual tal como señalásemos está fundado en la idea de que en este tipo de inversiones la principal

y en algunos casos exclusiva fuente de repago de la deuda serán los flujos futuros que genere el proyecto, los cuales en el caso de las concesiones de obras públicas están directamente ligados a las proyecciones de tráfico o proyecciones de demanda futura del proyecto.

Así el riesgo financiero de la cobertura de la deuda incluyendo capital e intereses, está directamente ligado a la futura demanda del proyecto, así los financistas tomarán como principal elemento a considerar para el estudio del financiamiento de un proyecto de inversión en concesiones de obras públicas los estudios sobre la demanda futura. En este sentido es de común frecuencia que los financistas requieran de algunas garantías otorgadas por otros agentes participantes en la transacción, ya sea el Gobierno de Chile a través del MOP, la propia sociedad concesionaria o sus accionistas, o bien agentes externos, en particular aseguradoras internacionales a efectos de mitigar y en cierto modo compartir el riesgo de la demanda del proyecto.

En síntesis podemos señalar que las garantías otorgadas por los diferentes agentes participantes constituyen un elemento clave para el éxito del proyecto, toda vez que son dichos instrumentos los que aseguran la financiación del mismo, es por esta razón que a continuación estudiaremos pormenorizadamente las diversas formas de garantías contempladas explícita o implícitamente en la Ley de Concesiones que han jugado un rol fundamental en la concreción de las inversiones en infraestructura en Chile en los últimos 10 años. Para efectos de mantener un cierto orden en la investigación ordenaremos las garantías jurídico-financieras en relación con el agente participante en la inversión que la otorga, explicando sus aspectos y particularidades principales, dando énfasis a aquellas garantías que mayor importancia han tenido en permitir el financiamiento de las inversiones. Asimismo desde ya cabe destacar que por lo general este tipo de garantías no son alternativas sino mas bien complementarias por cuanto en una transacción de este tipo pueden estar presentes todas o algunas de las garantías antes señaladas.¹⁶⁹

5.6.2. Garantías otorgadas por la Sociedad Concesionaria

En términos generales debemos señalar que las garantías que puede otorgar la Sociedad Concesionaria para permitir el financiamiento de la concesión están relacionadas con los propios activos de la sociedad, en especial aquellos que están directamente ligados al negocio en cuestión.

5.6.2.1. Prenda Especial de Concesión de Obra Pública

En efecto, la misma ley de concesiones, contiene una norma especial que introduce una nueva forma de garantía, la prenda de la concesión, no incluida hasta ese momento en nuestro derecho.

¹⁶⁹ En efecto en el caso del financiamiento de la Concesión para la construcción y explotación del tramo de la ruta 5 Collipulli-Temuco se presentaron las siguientes garantías: Prenda Especial de Obras Pública, Prenda Industrial, Prenda de acciones, Prenda Comercial de Dinero, Prenda Comercial de Créditos, Ingreso Mínimo Garantizado del Estado de Chile, Póliza de Seguros sobre la emisión de Bonos y Garantías financieras otorgadas por los accionistas de la Sociedad Concesionaria.

Así la Ley de Concesiones establece en su artículo 21, que se refiere a los derechos que goza el concesionario, una suerte de principio general sobre la materia “el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste en el contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas”. Se trata, entonces de un principio de libertad para el concesionario en el otorgamiento de garantías, considerando al derecho de concesión como un bien mueble por lo cual susceptible de ser dado en prenda, en nuestra opinión este principio es de suma importancia por cuanto le da una mayor capacidad de maniobra al concesionario para la obtención de los recursos necesarios, pues si se necesitare de la autorización de la autoridad administrativa lo más probable es que dicho trámite no se verifique con la rapidez que este tipo de operaciones requiere.¹⁷⁰

Empero nuestro legislador no sólo se conformó con el establecimiento de este principio general, sino que además reguló minuciosamente la prenda de concesión de obra pública, así se encuentra establecido en el artículo 43 del DS 900 de 1996.¹⁷¹

En relación con las características de esta prenda especial podemos señalar que responde a las características generales de un contrato de prenda civil, se trata así de un contrato unilateral, oneroso, real y accesorio. Sin embargo al asimilarse, la prenda de concesión, a la prenda industrial tiene como característica que el deudor conserva el uso y la tenencia de la cosa empeñada.

Este contrato, por otra parte, garantiza el derecho del acreedor para pagarse, con preferencia a cualquiera otra obligación, del monto del préstamo, sus intereses, gastos y costas. Sobre este punto debemos señalar que si bien no existe Jurisprudencia respecto a la superpreferencia que establece la ley podemos asimilarla a lo que se ha resuelto respecto a la prenda industrial, en cuanto a que se niega esta superpreferencia.

Por último en relación con los bienes susceptibles de darse en garantía bajo la

¹⁷⁰ Soriano Fuenzalida, Paulina. “Protección de los Acreedores en el Contrato de Concesión de Obra Pública y la Prenda Especial de Concesión de Obra Pública”. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Central de Chile Santiago 1997.

¹⁷¹ Artículo 43°.- Establécese una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer: a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato; b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y c) sobre los ingresos de la sociedad. Esta prenda deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio. Cuando esta prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se anotará, además, en los registros correspondientes de la sociedad. A esta prenda se aplicará lo dispuesto en los artículos 25, inciso primero, 30; 31; 32; 33; 36; 37; 38; 40; 42; 43; 44; 46; 48; 49 y 50 de la ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial. Será competente para conocer de todo litigio y de la ejecución de esta prenda especial de concesión de obra pública, a elección del acreedor, el Juez de Letras de la ciudad cabecera de la Región en la que se encuentre inscrita la sociedad concesionaria o el de asiento de corte en que tuviere su domicilio aquél.

prenda especial de obra pública el texto precedentemente citado señala tres clases de bienes que pueden estar afectos a la prenda de concesión de obra pública:

El derecho de concesión de obra pública; que es el que tiene el concesionario en virtud del contrato de concesión de obra pública y que como lo mencionáramos anteriormente se trata de un bien mueble. Se trata de una prenda bastante eficaz por cuanto si se considera que los plazos a los que se otorgan las concesiones son largos y la tendencia es aumentarlos, por lo cual se trata de una garantía cuya duración en el tiempo está bastante asegurada.

Todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión. Estos pagos pueden ser, por ejemplo, las subvenciones comprometidas en el contrato, el ingreso mínimo garantizado por el Estado, el pago del IVA, etc. También puede ser considerada como una prenda bastante efectiva, ya que el Estado de Chile goza de una buena credibilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, ahora bien si esta situación cambia en el tiempo se verá afectada esta garantía.

Los ingresos de la sociedad por cobro de tarifas u otros ingresos que estuviere autorizada a percibir la sociedad concesionaria en virtud del contrato de concesión tales como los eventuales cobros en peajes u otros. Probablemente se trata de los bienes más riesgosos para dar en prenda, por cuanto son los flujos futuros del proyecto, sin embargo también puede ser la más efectiva ya que el proyecto se financia a través de estos flujos de modo que si no hubieren estudios serios respecto de los flujos la concesión lisa y llanamente no se habría concretado.

5.6.2.2. Prenda Industrial

La ley 5.687 de 1935 crea la Prenda Industrial, con la cual se elimina el desplazamiento de los bienes porque se entiende que por su destinación es mejor que sean utilizados en generar los flujos que puedan cubrir las acreencias.

El artículo 23 de dicha ley señala que la prenda industrial tiene por objeto: “constituir una garantía sobre cosas muebles, para caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquiera clase de trabajos o explotaciones industriales, conservando el deudor la tenencia y uso de la prenda”.

La prenda industrial puede recaer sobre materias primas, productos elaborados, maquinarias, vasijas, productos agrícolas destinados a la industria, herramientas útiles, animales que sean elementos del trabajo industria, maderas, elementos de transportes, acciones, bonos, otros valores y en general todas aquellas especies muebles que en razón de la industria formen parte integrante o accesorio de ella.

Se perfecciona por escritura pública o privada autorizada las firmas ante notario con expresión de las fechas, el que tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo. El contrato debe ser inscrito en el Registro Especial de Prenda Industrial que llega el Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se encuentran los bienes prendados, o en todos ellos si los bienes se encuentran en varios lugares.

La ejecución de la prenda, en caso de no pago de la obligación principal se realiza de

acuerdo con las normas del juicio ejecutivo, con ciertas modificaciones: las publicaciones previas sólo son dos, no se admiten las tercerías, las excepciones admisibles son más reducidas¹⁷². Puede discutirse si una empresa concesionaria puede considerarse una “explotación industrial” en el sentido que lo define el artículo 23 de la ley¹⁷³. Por ser una definición amplia, y porque la ley no dice nada que lo contradiga, parece que sí, ya que el espíritu de la ley es entender por “industrial” cualquier actividad productiva. Por lo tanto, es posible formar como garantía a favor de acreedores una prenda industrial sobre bienes de la concesión, ya sean vehículos, mobiliario administrativo, etc.

En todo caso, por el monto de los bienes potencialmente involucrados (recordemos que una sociedad concesionaria tendrá su dinero mayormente invertido en inmuebles por adhesión y por destinación), no será una garantía realmente fuerte para los inversionistas, sino mas bien complementaria de otras cauciones.

Este tipo de garantía esta mas bien pensada para ser otorgada en favor de los acreedores, sean estos bancos u otras entidades financieras. Esta prenda puede ser utilizada para reforzar la garantía que otorga la prenda sobre valores mobiliarios a favor de los bancos, en el evento que estas instituciones las exijan.

5.6.2.3. Prenda de Valores Mobiliarios a Favor de Bancos

En la ley de Mercado de Valores N° 18045, artículo 118, se establece la Prenda de Valores Mobiliarios a favor de Bancos. La prenda a favor de un banco sobre acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita, podrá constituirse por escritura pública o privada, y deberá además notificarse por medio de un ministro de fe a la respectiva sociedad, y anotarse en los libros respectivos

Los bonos y cualesquiera otros valores mobiliarios al portador que se entreguen a una empresa bancaria en garantía de operaciones o contratos que se celebren o que hayan de celebrarse más adelante con la misma empresa, se entenderán constituidos en prenda a favor de ésta, por su sola entrega, siempre que no conste expresamente que dicha entrega se ha efectuado con un objeto distinto. Los créditos a la orden podrán darse en prenda a un Banco mediante el endoso en garantía, sin necesidad de notificación al deudor

Constituida la prenda el Banco acreedor gozará del derecho de hacerse pagar con el valor de la cosa empeñada, y con preferencia a los demás acreedores del deudor. Se entiende que se constituye a favor de todas las obligaciones que el deudor tenga con el banco, a menos que expresamente se circunscriba a obligaciones determinadas.

Por el mero incumplimiento de la obligación principal garantizada con esta prenda, podrá el banco, después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete

¹⁷² Artículo 44 Ley 5.687 “En los juicios ejecutivos no se admitirán sino las excepciones de pago de la deuda, de remisión, comprobadas por escrito, y de prescripción. En los demás casos quedarán a salvo los derechos del deudor para que los haga valer en la forma que proceda”.

¹⁷³ El artículo 23 de la Ley establece que la presente Ley está destinada a caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquier clase de trabajos o explotaciones industriales.

días desde la fecha de dicha notificación, proceder a la subasta de las acciones, a través de un corredor de bolsa autorizado, en una Bolsa de Comercio, legalmente establecida, por orden escrita del Banco al acreedor.

Por lo mismo que hemos dicho en las secciones anteriores, y además que los bancos locales representan sólo una pequeña cuota del financiamiento por lo general (proviene mayormente del extranjero), esta garantía por si sola no sostiene un financiamiento de gran escala, como lo es el de una concesión.

5.6.3. Garantías constituidas por los Accionistas de la Sociedad Concesionaria

Por el contrario de lo que ocurre con la Sociedad Concesionaria los accionistas o *sponsors* de la misma al ser quienes aportan con el capital de la sociedad y quienes recibirán las utilidades que la sociedad genere en el futuro, su compromiso con el negocio y los acreedores de la sociedad está relacionado con el otorgamiento de garantías de tipo financieras que tienen un alto grado de liquidez. Dentro de este tipo de figuras destacan las siguientes:

5.6.3.1 *Comfort Letter* o Cartas de Resguardo

Las "Cartas de Resguardo" o "Cartas de Apoyo" o "Cartas de Consuelo" o "Cartas de Patrocinio" como se las denomina en el derecho español, son cartas enviadas por una empresa o sociedad domiciliada en el extranjero por medio de las cuales respaldan o resguardan las obligaciones a ser contraídas por sus sucursales o filiales en Chile. No son, desde luego, una garantía legal formal, de aquellas reconocidas en el sistema jurídico chileno, aunque en algunos casos, dependiendo de la fuerza que la redacción les da, podrían llegar a asemejarse a una fianza, aunque ello es discutible jurídicamente.

Por regla general, las *Comfort Letter* no crean obligaciones legales, sino solamente un compromiso de resguardo o apoyo a las obligaciones contraídas por una sucursal o una sociedad filial o relacionada que, según el tenor mismo de su redacción, puede ser mayor o menor, muy vago o más específico. En ciertos casos, según sus términos y la legislación del país en que se emiten pueden llegar a constituir una verdadera garantía, del tipo fianza. En cualquier caso, no constituyen garantías de aquellas que sirven para ampliar los márgenes de crédito a que se refiere el artículo 84 de la Ley General de Bancos.

El emisor, el contenido y forma de las *Comfort Letters* varía, caso a caso, y, por lo tanto, su redacción, la naturaleza y capacidad jurídica de quien la emite, la intención expresa y tácita para su emisión, si se suscribió o no previa resolución del directorio de la matriz, entre otros factores, deben ser tenidos en consideración a los efectos de evaluar el grado de compromiso que contrae su emisor.

Hay que considerar también que en definitiva la validez y fuerza legal de los compromisos que se contraen a través de las *Comfort Letters* dependen de la legislación del país donde se emiten y de las decisiones judiciales de los tribunales de ese país

respecto de estos instrumentos.

Finalmente, en nuestro sistema jurídico las *Comfort Letters*, cumplidas ciertas condiciones, pueden constituir una garantía de carácter especial, pero al solo y exclusivo efecto de la clasificación de cartera de créditos comerciales. Los requisitos que exige la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) son altos y suponen ciertos costos legales:

Que el documento sea suscrito por la sociedad o casa matriz de la empresa deudora ("*Parent Guarantee*") a favor del Banco;

Que los instrumentos de oferta pública emitidos por la sociedad emisora estén clasificados en primera categoría de riesgo por una empresa calificadora internacional;

Que la matriz se comprometa a pagar en forma irrevocable, al solo requerimiento del Banco, las obligaciones del deudor en caso que su filial situada en Chile no pague en la fecha convenida;

Que el compromiso de resguardo de que se trata pueda hacerse efectivo ejecutivamente por la vía judicial, conforme a la legislación del respectivo país;

Que el Banco cuente con un informe completo de Fiscalía en el que se indique el monto y tipo de créditos garantizados, las condiciones de la exigibilidad, el plazo de validez y la forma de la ejecución.¹⁷⁴

Respecto de los dos últimos requisitos señalados, debe considerarse que la Fiscalía del Banco, para emitir su informe y opinión deberá a su vez requerir una opinión legal de un estudio jurídico extranjero de su confianza, tanto respecto de la exigibilidad como de la forma de ejecución judicial de la *Comfort Letter* según la legislación de su país de origen.

Además, que de ser exigible ejecutivamente en el país extranjero y darse la necesidad de demandar su cumplimiento judicial, habrá que contratar un estudio jurídico extranjero a fin de que inicie y lleve hasta su término el respectivo juicio ejecutivo. Todo lo anterior significa costos que deben ser considerados al momento de aceptar una *Comfort Letter* como una garantía, la cual será válida solamente para la clasificación de la cartera de créditos comerciales, de cumplirse todos los requisitos señalados.

5.6.3.2 Cartas de Crédito *Standby*

Las cartas de crédito *standby* ("SBLC", en adelante) son documentos, generalmente bancarios, que se utilizan en los negocios internacionales para el evento de incumplimiento de una o más obligaciones de los deudores, las que hasta un determinado monto quedan garantizadas por ella, contrayendo el banco emisor la obligación de pagarla a sólo requerimiento del beneficiario que en dicho instrumento queda designado, en caso de ocurrir el incumplimiento.

Las SBLC tienen una naturaleza jurídica especial, sui generis, peculiar, incomprensible en el sistema jurídico chileno: son garantías que constituyen una obligación principal, puesto que si se incumple la o las obligaciones que garantizan, basta que el beneficiario así lo haga saber y requiera el pago de la SBLC para que ella deba

¹⁷⁴ Ver: N° 2.6 del Capítulo 8-28 de las normas de la SBIF

pagarse.¹⁷⁵

Se trata por tanto de una garantía autónoma a la cual se le ha dado categoría de contrato principal. Así, la SBLC es completamente autónoma e independiente del contrato o transacción entre el ordenante y el beneficiario, de modo tal que el emisor de ella, o garante, no puede decidir si el beneficiario o el ordenante han cumplido o no con sus obligaciones ni puede excepcionarse del pago de la SBLC alegando que las obligaciones garantizadas no existen o que han sido cumplidas fiel y oportunamente. Bastará que el beneficiario requiera el pago de la SBLC, formulado éste según los términos acordados, para que el garante o emisor de la SBLC deba pagarla. Si bien esta es una característica difícil de comprender y armonizar con nuestro sistema jurídico, es ella precisamente la que da a la SBLC su excepcional eficacia como garantía.

El examen del tenor literal de la SBLC, para que este instrumento sea aceptable para un Banco, debiera llevar a concluir que ella es de carácter irrevocable; incondicional; pagadera a solo requerimiento, formulado éste según tenor indicado expresamente en la propia SBLC; que la operación que se garantiza vence antes del vencimiento de la SBLC; que es endosable (si no lo indica, entonces se considera nominativa); que queda sujeta a las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional para que el caso que surja alguna dificultad o disputa entre las partes.¹⁷⁶

Finalmente a efectos de determinar el valor crediticio de las SBLC ciertos autores¹⁷⁷ señalan que la SBLC se debe adecuar a las exigencias de la SBIF, esto es, que se trate de una SBLC irrevocable, pagadera a sola presentación, cuyo emisor sea un banco clasificado en primera categoría de riesgo por una empresa clasificadora internacional y que no esté emitida por la casa matriz del banco extranjero a favor de cuya sucursal en Chile se extiende la garantía ni por otra sucursal de ese banco en el extranjero.¹⁷⁸

5.6.4. Garantías otorgadas por el Estado

Uno de los aspectos de mayor importancia en la financiación de las concesiones de obras públicas y la vez uno de los hechos que mayor discusión y debate ha generado son las garantías y subsidios que el Estado de Chile, a través del MOP, otorga para asegurar la materialización de muchos de éstos proyectos. Por un lado se afirma que la justificación del otorgamiento de garantías y subsidios del Estado en cuanto éste es el receptor de las inversiones y el titular de los activos concesionados, asimismo se sostiene que al ser

¹⁷⁵ No obstante puesta figura es sumamente utilizada en operaciones y procesos de licitación públicos a través de las denominadas Boletas de Garantía Bancaria. Para más información sobre el particular véase: Castillo

¹⁷⁶ Cámara de Comercio Internacional "Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional" Versión 1993, Publicación 500.

¹⁷⁷ Winter Igualt, Rodrigo. "Las Cartas de Crédito *Stand-By* ante la legislación chilena" Editorial Centro de Perfeccionamiento Técnico Ltda., Santiago 1993.

¹⁷⁸ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Recopilación de Normas N° 2.5 Capítulo 8-28 y Capítulo 1-12.

inversiones en servicios públicos que constituyen insumos básicos para el desarrollo económico del país, por último no se debe perder de vista que el propio legislador ha permitido la participación económica del Estado en el financiamiento de inversiones de infraestructura cuando éstas se realizan al amparo de la Ley de Concesiones, por cuanto es la propia Ley de Concesiones la que establece dentro de los factores a calificar en la evaluación económica de las propuestas el subsidio solicitado al Estado.¹⁷⁹

No obstante lo anterior durante los años de vigencia de la Ley de Concesiones han surgido diversos cuestionamientos a la política gubernamental relativa al otorgamiento de subsidios y garantías, tanto en relación con el monto de los mismos como también con la necesidad de su otorgamiento, pues se argumenta que el Estado, quien de acuerdo a lo establecido en la propia Constitución, debe tener un rol de prescindencia en las diferentes áreas de la economía.

En este sentido ciertos autores argumentan que al otorgarse garantías elevadas ya sea bajo la forma de subsidios o ingresos garantizados, no se hace un análisis cuidadoso del costo económico de las mismas, pues al final con esta forma de participación estatal son todos contribuyentes del país y no los usuarios o directos beneficiarios de la inversión quienes asumen los riesgos del negocio. Del mismo modo bajo la forma de otorgamiento de garantías estatales no se está dando un adecuado tratamiento a la inversiones que realmente sean social y privadamente rentables por cuanto muchos proyectos sólo se materializarán por el valor que los agentes privados asignen a dichas garantías más que por los flujos futuros del proyecto.¹⁸⁰

Sin perjuicio de lo anterior podemos sostener que en el caso de Chile, dado el tratamiento contable en las finanzas públicas que se le da a las garantías estatales, el Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Hacienda es sumamente estricto y riguroso en el otorgamiento de este tipo de garantías tal como veremos más adelante. Dentro de

¹⁷⁹ Art. 7 Ley de Concesiones de Obras Públicas: “La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación: a) estructura tarifaria, b) plazo de concesión, c) subsidio del Estado al oferente, d) pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión, e) ingresos garantizados por el Estado, f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor, g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, h) puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación, i) oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida ésta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. En todo caso, esta oferta sólo podrá realizarse en aquellas licitaciones en las que el Estado garantice ingresos de conformidad a lo dispuesto en la letra e) anterior, j) calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios, k) consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total del proyecto...”

¹⁸⁰ Klein, Michael, “Risk, taxpayers, and the role of government in project finance” World Bank, Private Sector Development Department Working Papers 2000.

las formas que ha tomado en Chile el otorgamiento de garantías estatales para el financiamiento de inversiones en concesiones de obras públicas destaca especialmente el Ingreso Mínimo Garantizado, el cual analizaremos en detalle a continuación. Adicionalmente haremos mención a otras formas de garantías estatales que se han presentado en el pasado.

5.6.4.1. El Ingreso Mínimo Garantizado en las Concesiones de Obras Públicas (IMG)

5.6.4.1.1. Naturaleza Jurídica del IMG

Muchas son las opiniones acerca de lo que viene a ser el ingreso mínimo garantizado, así se ha señalado que se trata de una especie de seguro, una garantía o subsidio estatal.

Garantía. El IMG se creó precisamente como un mecanismo de mitigación de riesgos en la estructuración de proyectos de concesión, por el cual se le garantiza a la sociedad concesionaria un piso mínimo de ingresos a todo evento. Así al dejarse establecido de antemano el ingreso que va a recibir la sociedad concesionaria, se permite elaborar toda una estructura financiera en base a esos flujos sin elevar el riesgo del proyecto lo que constituye un piso para comenzar a estructurar el financiamiento. Además el IMG puede prendarse, ya que es uno de los elementos que componen la Prenda sobre concesión de obra pública (artículo 43 letra b) de la Ley de Concesiones)¹⁸¹, lo que constituye otra garantía adicional en donde se puede utilizar.

Subsidio Estatal. Para efectos de la configuración del IMG como garantía, el Estado debe realizar aportes al concesionario, en caso de que este no reciba un ingreso mínimo, constituyendo estos aportes un subsidio estatal que buscan que el concesionario no se desincentive con el proyecto y que además dicho aporte le sirva para comenzar a generar los ingresos suficientes acorde a la inversión realizada.

Seguro: En lo que respecta a la acepción de Seguro que se le ha dado al IMG, tenemos ciertos reparos ya que las sociedades aseguradoras, según el artículo 4, inciso 1° del DFL 251, sobre Compañías de Seguros, prescribe que sólo podrán desarrollar esta actividad Sociedades Anónima, sin señalar nada respecto del Estado, el cual a todas luces no es una S.A. Además existe una razón más de fondo la cual es que el estado al actuar como asegurador estaría desarrollando una actividad económica cosa que no puede realizar sino por la autorización dada vía ley de quórum calificado, según ya se señaló. Por tales motivos creo no apropiado hablar de “seguro” y sí utilizar los términos de garantía o subsidio ya que son vocablos no excluyentes entre sí, además son los que más se acomodan y causan menos problemas al tratarlos, sin desconocer, claro esta, la naturaleza jurídica como obligación antes señalada de IMG.

(iv) Aceptación Jurídica: Sin embargo, a pesar de que se acepta y más aun, el IMG

¹⁸¹ Artículo 43.- “Establécese una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer: b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y c) sobre los ingresos de la sociedad, ...”

está configurado como garantía y un subsidio estatal, creemos que también es muy conveniente analizar esta institución desde la perspectiva jurídica. Así, el IMG corresponde a una obligación (que asume el Estado), emanada del contrato de concesión y que esta sujeta a una condición que es el hecho futuro e incierto de que el concesionario no reciba cierto nivel de ingresos por la explotación de la obra concesionada. Se trataría entonces de una obligación condicional negativa¹⁸² y suspensiva para el Estado. Desde el punto de vista de la Sociedad Concesionaria, el IMG constituiría un derecho sujeto a la condición suspensiva¹⁸³ y negativa de que no reciba los ingresos suficientes por la explotación de la concesión.

5.6.4.1.2. Constitucionalidad del IMG.

La creación de todos estos mecanismos que buscan mitigar el riesgo en las concesiones fue muy criticada desde principio, pues se ataca el hecho que el Estado asuma riesgos que algunos estimaban que debían afrontar solamente los privados, además, con las modificaciones que se ha realizado a estos mecanismos para ir adaptarlos al sistema, especialmente el IMG que en un principio funcionaba como un monto fijo luego paso a transformarse en una banda en la cual el Estado participa en los ingresos por la explotación de las obras al sobrepasar el nivel máximo de la banda, a lo que se agrega el hecho de que en algunos casos el Estado no ha dado esta garantía en forma gratuita. Según esto, no esta demás señalar que cabe la duda acerca de si el Estado está desarrollando una actividad económica para la cual no esta autorizado por una ley de quórum calificado (la ley de concesiones no es una Ley de Quórum calificado, es un DFL, a saber su configuración legal original es el DFL MOP N° 164 del año 1991).

Corresponde en primer término referirnos acerca de un principio fundamental que inspiran el Orden Público Económico a la luz de nuestra constitución, definir que se entiende por “actividad Económica”, “Actividad Empresarial”, “Estado Empresario”, “Participación del Estado”.¹⁸⁴

Subsidiaridad. Este principio nos plantea que la sociedad y principalmente el Estado, deben dar ayuda (subsidio) a los miembros y grupos que la necesiten para desarrollar su actividad y alcanzar su perfección. Pero por otro lado indica claramente que lo que puede y debe dar el Estado es sólo ayuda. En este sentido no debe entenderse la subsidiaridad del Estado como la mera prescindencia de la intervención de este en la economía, sino que la verdadera subsidiaridad exige que el Estado debe intervenir todo lo que sea necesario para efectuar aquello que los particulares no pueden realizar por si mismos.¹⁸⁵

Actividad económica y actividad empresarial. Según el anteproyecto de la ley

¹⁸² Artículo 1474 del Código Civil. La condición es positiva y negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca.

¹⁸³ Es suspensiva porque su derecho s posterga hasta el acaecimiento de la condición, la cual es negativa por lo ya analizado en relación al artículo 1474 del Código Civil.

¹⁸⁴ Ruiz-Tagle Vial, Pablo. “Principios constitucionales del estado empresario, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. N° 62. Santiago de Chile. 1999.

interpretativa sobre el artículo 19 N° 21 de la Constitución, la actividad empresarial es la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado. Sin embargo, otros autores ¹⁸⁶ (entre los que se cuenta el Señor Enrique Ortúzar, presidente de la comisión de estudio para el establecimiento para una nueva Constitución para Chile), señalan que estos conceptos son mutables en el tiempo y que no pueden ser objeto de establecimiento jurídico, tanto a nivel legal como constitucional y que es el juez el que en cada caso debe establecer el concepto. Lo que si se pueden establecer son ciertas directrices como la existencia de un organismo determinado y unitario, habitualidad, producción e intercambio de servicios, y el lucro.

Participación del Estado. Es la ejecución a cualquier titulo de una actividad empresarial. Definición dada por el anteproyecto de la ley interpretativa de sobre el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

A la luz de lo señalado respecto del principio de subsidiaridad, el ingreso mínimo garantizado se encuadra en ese concepto, aún más el IMG es una materialización de este principio que en nada contraria a la constitución. En lo que dice relación a lo cambiante que puede ser el concepto de “Actividad Económica”, esto no constituye mayor problema ya que dadas las directrices que debe poseer una empresa, punto en los cuales la doctrina esta conteste, de ningún modo el IMG constituye una inconstitucionalidad. En efecto el Estado no otorga esta garantía con el fin de percibir ingresos, sino que por el contrario, su razón es otorgar facilidades en la concesión, jamás esta en la vista del Estado el hecho de producir para sí, ni menos buscar el lucro al establecer el IMG. No se dá la habitualidad entendida esta como una cierta permanencia en el tiempo de la actividad (el IMG es mientras dure la concesión y no opera al menos de cumplirse la condición negativa).

En conclusión, el IMG, no constituye vulneración a la constitución mientras se respete el principio de subsidiaridad, no entrase la entrada de privados a desarrollar una actividad económicas (el IMG hace por el contrario intensifica esto) y no haya detrás un fin de lucro por parte del Estado.

5.6.4.1.3. Establecimiento del IMG

La tendencia a considerar al IMG como garantía, subsidio o seguro sin más prevenciones jurídicas, se debe a que este fue concebido desde sus orígenes como un mecanismo de mitigación de riesgos. Así el IMG nació relacionado al ámbito de las carreteras en donde los cobros de peajes eran la forma de recuperar la inversión y obtener utilidades por parte de las concesionarias, sin embargo muchas empresas que ganaron licitaciones estimaron un crecimiento del país del orden del 5 y 7 % lo cual no era descabellado por cuánto esa tasa crecía Chile en la época de los 90'. Sin embargo, por diversos factores, el

¹⁸⁵ Bertelsen Repetto, Raúl. “Estado empresario en la Constitución de 1980” en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile N° 14. Santiago. Chile. 1987.

¹⁸⁶ Precht Pizarro, Jorge. “El estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile N° 14. Santiago Chile. 1987.

crecimiento del país disminuyó a tal punto que en los años 1997 y 2002 la baja de los flujos de tráfico llegó a tasas cercanas al 20%.

En un principio el IMG fue pensado como una garantía de tráfico mínimo, lo que no llegó a aplicarse. Luego esta forma de disminuir riesgo se ideó¹⁸⁷ como una cantidad fija predeterminada que crecía anualmente (ya podríamos hablar de IMG). Sin embargo a contar de la concesión del tramo Santiago-Los Vilos en la Ruta 5, se incorporó la fórmula actual que funciona como forma de banda.

En la licitación de la carretera que une Santiago con Viña del Mar y el tramo Santiago-Talca, el Estado señaló que no se incluiría la garantía estatal a la demanda, lo que representa el no otorgar este tipo de garantía en forma gratuita a los dos proyectos con la rentabilidad más alta de todos los concesionados, los interesados debían aportar una prima anual por el beneficio, por lo cual el IMG en su aplicación práctica pasa a asimilarse mucho en la forma de operar a un seguro

El IMG hoy en día encuentra su consagración legal en el artículo 7° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el que señala que la licitación de la obra material de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendiendo uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación; y en su letra e) menciona los Ingresos Garantizados por el Estado, a lo que se agrega la letra i) que señala que la oferta del oponente de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida esta en la forma establecida en las Bases de Licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. Tal oferta sólo puede realizarse en aquellas licitaciones en las que el Estado garantice ingresos.

5.6.4.1.4. Operatividad del IMG

El IMG, es el principal aporte del Estado a la sociedad concesionaria y se traduce en que el primero le ofrece al concesionario un nivel de ingresos basado en una fórmula que funciona como una banda (compuesta por dos líneas de pendiente positiva), dentro de las cuales la sociedad concesionaria año a año puede ubicarse en cualquier punto, pudiendo darse alguna de las siguientes alternativas:

Que el ingreso total del período se ubique dentro de la banda; caso en el cual no opera el IMG (no se cumplió la condición jurídicamente hablando).

El ingreso total se ubica bajo el nivel de ingresos establecidos en la banda; caso en el cual operara el IMG lo que se traduce en que el Estado deberá pagar al concesionario lo que falte hasta enterar el nivel mínimo dado por la línea inferior de la banda.

Si ocurre la situación inversa en la cual los ingresos del concesionario son mayores a los estimados por la banda superior; este exceso se repartirá en partes iguales entre el estado y el concesionario.

Así el menor ingreso representado por la banda inferior tiene por objeto asegurar al

¹⁸⁷ Martínez T., Jaime y Duarte, Pilar. Boletín Jurídico Carey y Cia Ltda., de agosto del 2004, Santiago. Chile.

concesionario un ingreso mínimo que alcance a cubrir sus costos en la mayoría de los escenarios de demanda posibles. Por otra parte, el peaje máximo tiene por objeto limitar el daño social que podría acarrear un aumento excesivo de costos vía sobrepagos.

5.6.4.1.5. Beneficios del IMG

El IMG puede mejorar significativamente la capacidad de una concesión para obtener financiamiento, al reducir la incertidumbre asociada con las proyecciones de la demanda, estableciendo un piso de ingresos a la concesión lo cual es de suma importancia cuando hablamos de proyectos financieros sin historia ya que con el IMG esta se presenta como un punto preestablecido

También el IMG produce el efecto de disminuir el riesgo de los proyectos lo que a su vez reduce el riesgo de los financistas y por ende el costo del crédito, esto debido a que una parte de los ingresos proyectados por el concesionario está cubierta por el IMG por tanto ese riesgo pasa de ser riesgo de demanda a riesgo país, pues es un organismo del Estado el que paga de manera que se reduce el riesgo global del proyecto.

5.6.4.1.6. IMG en la Ley de Presupuestos y en la contabilidad del Estado

En el Informe de Finanzas Públicas, proyecto de la ley de presupuesto del sector público para el año 2005, presentado por el Director de Presupuestos, Mario Marcel Cullell a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos del Congreso Nacional en octubre del 2004, señala que el IMG es el principal pasivo contingente en el sistema de concesiones, es decir, es un pasivo sujeto a condición, la cual es el hecho que la sociedad concesionaria obtenga un ingreso menor que el mínimo garantizado en U.F.

188

Por último cabe señalar que dicho documento trata al IMG como una garantía que busca reducir el riesgo soberano de los proyectos y que también resulta fundamental para la estructuración del financiamiento requerido para la ejecución de las obras, ya que reduce el riesgo de los financistas, no así de quien aporta el capital.

5.6.4.1.7. IMG como Obligación Contractual del Estado

El IMG como obligación tiene su fuente en el Contrato de Concesión, el cual tiene como principal característica que el concesionario está sometido a un estricto régimen de Derecho Público impuesto por la ley, el reglamento y las bases de licitación. Sin embargo, se observan en dicho contrato otras normas con un claro carácter contractual. Se han planteado discusiones en la doctrina administrativa en el sentido si estamos o no en presencia de un contrato, sin embargo unánimemente se ha señalado que es un "Contrato Administrativo".

Lo anteriormente señalado queda reforzado por lo establecido en la propia Ley de Concesiones que entiende a tal contrato como un acto bilateral entre la administración del Estado y la Sociedad Concesionaria. Así el artículo 21 inciso 1° de la Ley de Concesiones

¹⁸⁸ <http://www.dipres.cl>

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

Determinada la esfera dentro de la cual se sitúa el Contrato de Concesión, debemos referirnos a la responsabilidad del Estado por las obligaciones contenidas en él. El contrato de concesión genera obligaciones para el Estado, las cuales pueden ser incumplidas, así pueden considerarse incumplimientos del Estado el ejercicio incorrecto de los poderes de intervención, la ruptura del equilibrio económico del contrato, el incumplimiento de cláusulas contractuales como la mora o retraso en el cumplimiento de sus obligaciones de hacer o de pagar, o el incumplimiento definitivo de sus obligaciones.

Si bien podemos distinguir entre responsabilidad administrativa y responsabilidad civil, son principios comunes a ambas la reciprocidad de las prestaciones y el principio de buena fe. Este último principio es fundamental, puesto que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, ya que le señala reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes, además, el cumplimiento de las obligaciones, contribuye a la moral de la gestión contractual pública y a equilibrar la relación entre las entidades públicas y los contratistas. Por consiguiente, el incumplimiento de los postulados de buena fe por parte de la administración se traduce en la obligación de resarcir los daños siempre que se pruebe su existencia y cuantía. El principio de reciprocidad enunciado apunta al equilibrio financiero del contrato de concesión, se traduce su incumplimiento en la obligación de restablecer la equivalencia económica en diversos supuestos de alteración patrimonial de la relación contractual.

En relación a los Ingresos Mínimos Garantizados, aquí nos interesa el incumplimiento desde el punto de vista económico, en la eventualidad de que el Estado incumpla con el pago del Ingreso Mínimo Garantizado. El artículo 37 del Reglamento de la Ley de Concesiones se refiere a los pagos previstos en el contrato de concesión, norma que complementa la contenida en las bases de licitación. Dicha norma dispone que:

El Fisco realizará los pagos que correspondan en virtud del contrato de concesión, conforme al procedimiento y plazos establecidos en el contrato de concesión y en el Decreto Ley N° 1263 de 1975 del Ministerio de Hacienda, Orgánico de Administración Financiera del Estado.

La Sociedad Concesionaria debe presentar, durante el mes de Octubre del año anterior, la relación de todos los pagos que tenga que efectuar el Fisco a la Sociedad Concesionaria, indicando el motivo, la cuantía estimada y el plazo en que deberán realizarse, debiendo reiterar el pago que corresponda con un mes de anticipación a la fecha del pago, lo que no obsta a la realización del pago.

Los pagos que deba efectuar el Fisco se realizarán mediante vale vista o cheque nominativo, extendidos a nombre de la Sociedad Concesionaria o de quién corresponda

legalmente.

Los incumplimientos de la Administración en los contratos de concesión están regidos por la Ley de Concesiones y en las bases de licitación, pero existe una norma general en el DFL MOP N°850 de 1997 contenida en la letra j) del artículo 5° y que será aplicable en defecto de cualquier otra estipulación expresamente prevista en el contrato y que otorga competencia al Ministerio de Obras Públicas para convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87.

Cualquier acto del MOP contrario a las obligaciones señaladas por la ley para el ejercicio de las potestades públicas es un incumplimiento de obligaciones y si como consecuencia lesiona el interés jurídico del contratista es fuente de responsabilidad contractual y daría derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

El Estado puede incurrir en mora tratándose de obligaciones de dar o de hacer, como cuando se retrasa en los pagos comprometidos. Es un principio básico del sistema de Concesiones aquél en cuya virtud la administración debe cumplir con las obligaciones que sobre ella pesan respecto de la posición económica del concesionario, de manera que si el modo de compensación previsto exige el otorgamiento de compensaciones o subvenciones, la administración debe facilitarlas, en la misma forma a cómo debe comportarse cuando el modo de retribución del concesionario se encuentra previsto mediante la percepción de tarifas procedentes de los usuarios.

El no pago o su mora puede deberse a que tal pago no haya sido expresamente contemplado en la Ley de Presupuesto. El artículo 89 de la Constitución en su inciso 1° dispone que “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.” Los gastos pueden ser fijos o variables. Los fijos son aprobados por leyes generales o especiales y son incorporados a la Ley de Presupuesto sin variación. Los variables son aquellos que no han sido aprobados por otras leyes distintas de la ley anual de presupuesto, tales egresos pueden ser modificados libremente en cada presupuesto, pero la moción para su aumento corresponde exclusivamente al Presidente de la República, no pudiendo el Congreso ejercer su propia iniciativa sino para reducirlos o suprimirlos. Surge la interrogante si la consagración del Ingreso Mínimo Garantizado en la Ley de Concesiones ¿puede considerarse como ley permanente? o ¿corresponde a un gasto variable? No obstante lo anterior, la imprevisión presupuestaria no será causa para que el Fisco no pueda pagar una obligación contenida en el contrato que tiene mérito ejecutivo, puesto que el artículo 28 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado establece que el Ejecutivo podrá ordenar pagos, excediéndose de las sumas consultadas en los rubros correspondientes para el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas dictadas por autoridad competente. La no provisión presupuestaria podría dar lugar a un retraso en el cumplimiento de la obligación pero no a un incumplimiento definitivo.

Podemos concluir que el Ingreso Mínimo Garantizado es una obligación que emana del contrato de concesión, que se encuentra ubicado en la esfera contractual administrativa, por lo que su incumplimiento conlleva una responsabilidad contractual

para el Estado la que se traduce en la obligación de restablecer el equilibrio económico y en la de resarcir los perjuicios ocasionados, siendo ello perseguible por los mecanismos que a continuación pasamos a analizar.

5.6.4.2. Otras formas de Garantías Estatales para el Financiamiento de Inversiones en Concesiones de Obras Públicas

5.6.4.2.1. Seguro de Tráfico o Mecanismo de Distribución de Ingresos

Por medio de este mecanismo el Estado establece un determinado flujo de o retorno de la concesión y conforme al mismo transforma al contrato de concesión de plazo fijo en uno variable. Como contraprestación de esta garantía ofrecida por el Estado, la concesionaria debe pagar una “prima” bajo la forma de realización de obras adicionales.¹⁸⁹

5.6.4.2.2. Mecanismo de Cobertura Cambiaria

Es aquel ideado para mitigar el riesgo de cambio de las concesionarias que obtienen financiamiento en el extranjero (créditos, bonos). Las fluctuaciones de tipo de cambio se atenúan por la vía de establecer un tipo de cambio referencial equivalente al valor en pesos del tipo de cambio observado a la fecha del primer ingreso de divisas al país con cargo al financiamiento extranjero.

Conforme el mecanismo de cobertura cambiaria, cuando el tipo de cambio en base a la cual la concesionaria haga el servicio de la deuda al exterior sea mayor (sobre un cierto rango) que el tipo de cambio referencial, el Estado deberá compensarle la diferencia al año siguiente. A diferencia con lo que ocurre con el seguro de tráfico, no se exige contraprestación por parte de la concesionaria para que acceda al mecanismo de cobertura cambiaria. Sin embargo la concesionaria deberá pagar al año siguiente la diferencia al Estado cuando el tipo de cambio vigente al momento del servicio a la deuda sea menor, dentro de un determinado rango, al tipo de cambio referencial.

5.6.4.2.3. Licitación por el Valor Presente de los Flujos de Pago (MVPI)

5.6.4.2.3.1. Introducción

Consiste en un novedoso mecanismo de licitación implementado en Chile a finales de la década de los noventa que si bien tiene una base netamente económica en los hechos constituye una interesante garantía otorgada por el Estado a los inversionistas del proyecto. Para mayor entendimiento haremos una breve explicación del mecanismo tradicional de licitación para concesiones a plazo fijo para luego explicar cómo funciona el mecanismo licitatorio MVPI y sus fundamentos por los cuales ha sido interpretado por el mercado inversor como una interesante garantía financiera que además tiene la particularidad que no implica grandes sobre costos para el Estado.

¹⁸⁹ Martínez T, Jaime y Duarte, Pilar, “Mecanismos de Mitigación de Riesgo en Concesiones de Obra Publica”, en Boletín Legal de “Carey y Cia. Ltda.”. Santiago. Chile. Agosto 2004.

5.6.4.2.3.2. Licitaciones a Plazo Fijo

Antes de hablar de las licitaciones por MVPI nos referiremos a las licitaciones a plazo fijo que a juicio de algunos autores es esencial a cada concesión. En efecto casi todas las licitaciones, principalmente de carreteras, han utilizado mecanismos de plazo fijo. En algunos casos el regulador fija el peaje o tarifa y gana quien ofrece el menor plazo de concesión (un ejemplo internacional de este mecanismo es el proyecto del Túnel del Canal de la Mancha, el Eurotúnel, en dónde sus accionistas están solicitando la ampliación del plazo de 65 a 99 años); y la segunda alternativa es que el regulador fija la duración de la concesión y gana quien ofrece la menor tarifa o peaje.

Esta limitación temporal es así porque, según algunos autores ¹⁹⁰ la esencia de la concesión ha exigido acotar un periodo de tiempo limitado durante el cual posee eficacia y despliega sus efectos, y convenir en que una vez transcurrido el mismo resulta preciso declarar su extinción.

La justificación de este principio es plural, y toma por base una variada gama de motivos que concluyen todos ellos en una misma consecuencia final. Es posible destacar, desde esta perspectiva, que la fundamentación del principio de temporalidad que rige la concesión de servicio público suele aludir a los siguientes aspectos:

En primer lugar al hecho de que el objeto real que subyace es la retribución al concesionario de los gastos derivados de la previa construcción de la obra pública que se ha encargado financiar;

En segundo lugar, se invoca la circunstancia de que el concesionario, desempeña a la par que la gestión del servicio, la posesión de bienes de dominio público, lo que exige que se limite el periodo durante el cual lo puede hacer legítimamente en prevención de que pueda usucapir tales bienes (prescripción como modo de adquirir el dominio).

Finalmente se puede aducir que la propia idea de servicio público exige la temporalidad de su gestión, con el fin de evitar la privatización del servicio.

Se desprende de lo anterior que es esencial la limitación temporal de la concesión, luego esto ¿contradice o pugna con las licitaciones de menor valor presente de los flujos de pago?, la duda cabe porque al ocupar este sistema de licitación el tiempo de duración de esta se hace variable, sin embargo a lo que a mi respecta, creo que igualmente se debe respetar el límite máximo impuesto por la ley en su artículo 25 vale decir 50 años ya que de no ser así se vulneraría los principios enunciados en el párrafo anterior.

5.6.4.2.3.3. Licitaciones por Menor Valor Presente de los Ingresos (MVPI)

Como ya antes mencionábamos, su característica esencial es la duración variable de la concesión, ajustándose automáticamente a la demanda por utilizar la obra concesionada. El mecanismo es:

El regulador fija el valor máximo y mínimo que podrá tener la tarifa o peaje, por lo

¹⁹⁰ Rufián Lizana Dolores, "Manual de Concesiones de Obras Públicas". Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile. 1999. Citando a Mestre Delgado.

general anualmente.

Gana la concesión aquella que solicita el menor valor presente de los ingresos por tarifa o peaje.

Las bases de licitación establecerán la duración máxima de la concesión. En Chile es de 50 años.

La concesión termina cuando se alcance el valor presente de los ingresos por peajes solicitado por el concesionario, o cuando se alcance el plazo máximo de concesión. Lo que suceda primero.

La tasa de descuento utilizada para calcular el valor presente de los ingresos se fija en las bases de licitación.

5.6.4.2.3.4. Ventajas de este mecanismo de licitación.¹⁹¹

Dentro de las ventajas de este novedoso mecanismo de licitación destacan las siguientes:

Reducción del riesgo de demanda. Al permitir que la concesión se ajuste a la demanda, las licitaciones por MVPI reducen significativamente el riesgo que enfrenta el concesionario. La razón es que al alargar el plazo de la concesión permite a menudo que el concesionario recupere su inversión y obtenga utilidades normales. Este tipo de mecanismo permite que el plazo de la concesión se renegocie automáticamente.

Renegociación, discreción y modificaciones del contrato; El contrato se hace más flexible. Un ejemplo de esto sería cuando se decida poner termino anticipado a la concesión por una razón no imputable al concesionario, en este caso se le debe compensar por lo no recibido en el tiempo que le quedaba por explotar la obra, ahora bien, el monto de tal compensación se hace más fácil de calcular al tratarse de licitaciones por MVPI, ya que aquí se sabe de antemano lo que se le debe pagar al concesionario por el monto dejado de percibir en lo que retaba de la concesión. Sin duda que esto constituye una garantía para la sociedad concesionaria, además que ahorra conflictos. También relacionado con esta garantía, es el caso de las expropiaciones al concesionario. En una concesión de plazo fijo se hace más fácil al gobierno argumentar que la compensación compensatoria es justa, esto porque podría señalar que el concesionario obtuvo ingresos excesivos en la explotación de la obra. Esto en una licitación por MVPI, el ingreso que falta para completar lo solicitado en la oferta ganadora es una referencia simple y clara que se puede comparar fácilmente con la compensación ofrecida por el gobierno. Por lo tanto al gobierno le será más difícil justificar un comportamiento oportunista.

Optimidad del MVPI. Este mecanismo permite separar el proceso de fijación de tarifas del problema del financiamiento de la concesión. El financiamiento de la concesión depende de la suma solicitada por el concesionario. Una vez definida esta suma, el regulador puede modificar las tarifas o peajes con el fin de obtener el cobro óptimo para distintos niveles de demanda. El efecto de este ajuste sobre el concesionario es menor, ya

¹⁹¹ Engel, Fischer y Galetovic. Centro de Estudios Públicos. Santiago de Chile. 1999.

que la duración de la concesión varía, de modo que los ingresos percibidos no cambian (aunque si los costos de mantención y operación). En las licitaciones a plazo fijo, los cambios de las tarifas de cobro tienen un impacto importante sobre las utilidades del concesionario.

Otras ventajas adicionales. Las renegociaciones son más transparentes y aún más, menos probables, por el hecho que las concesiones licitadas por MVPI son menos riesgosas. Además la oferta ganadora revela el ingreso que recibirá el concesionario lo que hace más fácil utilizar el proyecto como colateral debido a que el acreedor conocerá con mayor exactitud el valor presente de los flujos de ingresos.

Este esquema de licitación, ha sido utilizado en combinación con tres esquemas (lo que de alguna manera disminuye sus beneficios), a saber: licitación por menor ingreso garantizado, concesión larga con opción de salida y licitación por MVPI y fue en las bases de licitación del Complejo Costanera Norte-Avenida Kennedy, la primera licitación de una concesión vial urbana que se realizó en el país.

5.6.5. Garantías otorgadas por Aseguradoras Internacionales a los Bonos emitidos por la Sociedad Concesionaria para el financiamiento de Inversiones en Concesiones de Infraestructura

5.6.5.1. Los Monolines. Naturaleza de su Negocio

Las compañías aseguradoras denominadas Monolines aseguran un solo tipo de negocios, esto es la emisión de títulos de deuda. Estas compañías cumplen un importante rol en el sector público facilitándoles el acceso al mercado de capitales ya que garantizan el pago del principal y sus intereses en tiempo y forma. Los sectores de operación de estas aseguradoras internacionales son básicamente tres:

US Municipal Bond Market; Juegan un rol central en el aseguramiento de obligaciones de estado y gobiernos locales como también es usado para garantizar las deudas de entidades que cubren necesidades públicas esenciales, tales como educación, transporte, salud, etc.

US Asset-Backed Securities Market . Créditos provenientes de fuentes respaldadas con hipotecas, cuentas por cobrar y *pools* de bonos corporativos respaldadas con otros activos.

Mercado Internacional. Garantías financieras de un amplio rango de transacciones incluido infraestructura y *project finance*, obras del gobierno local y deuda soberana y cuasi soberana.

En relación con los beneficios de la participación de este tipo de agentes financieros podemos destacar los siguientes. Para el tomador del seguro, se reducen intereses manteniendo bajos los costos de financiación, ampliando el acceso al mercado de capitales e incrementando el atractivo para inversionistas institucionales e inversores individuales.

Por su parte para los inversionistas, la garantía sobre los bonos emitidos constituye una garantía incondicional de pago del capital e interés en tiempo y forma, el análisis de expertos y cuidadosa gestión de crédito como también un continuo monitoreo del desarrollo y hasta el final de la transacción y haciéndose exigible en cualquier evento de incumplimiento (lo que se busca es que la operación financiera se mantenga con liquidez y bien evaluada en el mercado).

Todas las operaciones aseguradas quedan clasificadas en AAA lo que según los estándares de la aseguradora es cero perdida o muy pocas posibilidades de *default*. Sobre el 95% de las obligaciones aseguradas son *investment rate* o grado de inversión antes de ser aseguradas.

Aunque los criterios específicos de la aseguradora varia dependiendo del tipo de estabilidad del bono asegurado, sin embargo hay algunos factores generales considerados:

Historia financiera

Calidad de administración del negocio

Demografía

Términos de perspectiva

Criterios de respaldo de activos

Calidad y monto de los activos que sirven de colateral

Cumplimiento previo del contrato.

La obligación esencial de garantía del *Monoline* es asegurar el pago del principal en tiempo y forma con todos sus intereses. Es también mas arriesgado que los estándares de caución de obligaciones. Los seguros convencionales (comunes y corrientes) son garantías condicionales de cumplimiento de contrato y no incondicional garantía de pago financiero. Los criterios de los *Monolines*, aunque similares a los estándares y métodos de las demás compañías de seguros, son definitivamente más complejos. La garantía financiera de la aseguradora trae consigo la estabilidad del activo del cual provienen los flujos de pago y constituye un suficiente colateral.

5.6.5.2. Los Monolines en el Financiamiento de Concesiones en Chile

Éstas han operado en estructuras de financiamiento en concesiones en la emisión de Bonos de Infraestructura. En efecto, los *Monolines* han tenido una importante presencia debido a la característica de tener solamente una línea de garantías además de tener estas en su mayoría clasificación de riesgo AAA en la escala *Standard and Poors* y *Fitch* y *Aaa* según *Moody's*.

Los *Monolines* que están activos en el mercado de infraestructura son MBIA, YASUDA, ACE, AMBAC, AXA, XL CAPITAL, COMPO, FSA entre otros. Estas compañías para aprobar su participación requieren cómo condición central que la clasificación inicial de los bonos (*stand alone basis*) alcance como mínimo grado de inversión (BBB – o Baa3), así el mejoramiento crediticio se logra a través del otorgamiento por parte de la compañía aseguradora AAA de un seguro completo para el pago de los cupones de los

bonos en plazo y forma.

Las compañías financieras realizan un *swap* de garantías, en la cual la ganancia en *spread* de pasar de un bono Baa3 a un bono Aaa es repartida entre la sociedad concesionaria y la compañía aseguradora.

Supongamos, por ejemplo que un bono Aaa alcanza un tasa de UF+6.29%, mientras que el mismo bono clasificado Baa3 alcanza una tasa de UF +7.69%. La ganancia del mejoramiento crediticio asciende a 140 puntos básicos. Por ejemplo si la compañía de seguros cobra un precio de 100 puntos básicos por la garantía a cambio de tomar todo el riesgo, la empresa concesionaria gana 40 puntos básicos. En efecto la empresa sin seguro se endeuda a UF+7.69 mientras que con seguro se endeuda a UF+6.29%+ costo del seguro.

En Chile, en todas las operaciones en que ha intervenido *Monolines* se a clasificado con AAA, sin embargo no hay que olvidar que todas, y más aun, el sistema de concesiones de obra pública en Chile se ha estructurado en base a la existencia de un ingreso mínimo garantizado, el cual claramente ayuda a la estabilidad de la operación. Pese a esto, con la implementación de una securitización (que no se ha hecho en el área de concesiones) de un pool de activos atractivo se puede mitigar el efecto de no contar con un ingreso mínimo o por lo menos bastará con una garantía de menor valía y residual para lograr una buena estructura de financiamiento.

En el mercado local, son nueve las sociedades concesionarias que han colocado bonos de infraestructura: Talca-Chillán, Ruta de la Araucanía, Autopista del Bosque, Rutas del Pacífico, Autopista del Sol, Autopista Los Libertadores, Variante Melipilla, Costanera Norte y Autopista Central. A Diciembre del 2003, la inversión total realizada por las mencionadas concesiones alcanzaba a cerca de US\$ 2,270 millones. A esa misma fecha, el monto acumulado de colocación de bonos correspondiente a los respectivos proyectos alcanzó a US\$ 1,748 millones, lo que equivale al 77% del financiamiento de la inversión total realizada. Lo anterior evidencia la importancia que ha tenido el desarrollo del mercado de bonos.

La primera emisión de bonos de infraestructura en Chile fue efectuada por la Autopista Talca-Chillán en noviembre 1998 por un monto de US\$ 116,5 millones. A la fecha, los mayores montos colocados en el mercado local corresponden a Autopista Central, por un total de US\$ 370 millones, y a Costanera Norte por un total de US\$ 290 millones. Durante los últimos años, la evolución de las colocaciones de bonos en el mercado doméstico muestra un sostenido crecimiento, en línea con las distintas concesiones que se han adjudicado. Con excepción de la concesión Variante Melipilla, las clasificadoras de riesgo han asignado la categoría «AAA» a todas las otras emisiones de bonos de infraestructura realizadas en Chile. Si bien todos los proyectos que alcanzaron la categoría «AAA» presentan las fortalezas suficientes para sustentar una clasificación de riesgo en grado de inversión, tanto en escala local como global, la clasificación asignada obedece a que las emisiones cuentan con una póliza de garantía, irrevocable e incondicional, otorgada por una compañía aseguradora internacional, para su pago íntegro en las fechas establecidas en el contrato de emisión que es la proporcionada por los *Monolines*. Considera, asimismo, las clasificaciones de riesgo en escala global asignadas por *Standard and Poor's* a estas compañías aseguradoras, que

en todos los casos corresponden a categorías superiores a la clasificación de riesgo soberano de Chile: «A-/Positivas» en escala global.

Cuadro N° 10: Emisiones de Bonos de Infraestructura en Chile

FECHA EMISION	EMISOR	MONTO NOMINAL	PLAZO	TASA INTERÉS BONOS	SPREAD	SOBRE C/PRC MONOLINER
Noviembre 1998	Ruta 5 tamo Talca Chillán SA.	U. F. 5 millones	9 años	U F. + 8,8%	1,51	AAA
Diciembre 1998	Soc. Concesionaria SCL Terminal Aéreo	US\$ 213 millones	14 años	US\$ + 6,95 %		AAA
Agosto 2000	Soc. Concesionaria Ruta de la Araucanía (Temuco Collipulli Temuco)	US\$ 198 millones	20 años	UF +9,16%	2,91	AAA
Marzo 2001	Soc. Concesionaria Autopista del Bosque SA. (tramo de la ruta 5 Chillán – Collipulli)	U. F. 8 millones	20,5 años	U F. + 6,37 %	1,02	AAA
Agosto 2001	Soc. Concesionaria Autopista del Maipo	US\$ 421 millones	21 años	US\$ + 7,37 %		AAA
Abril 2002	Soc. Concesionaria Rutas del Pacifico SA.	U. F. 12 millones	A- 12 años B- 23 años C- 23 años	Serie A U.F. + 5,5 % Serie B U F. + 6,67% Serie C U F. + 5,8 %	0,55 1,71	AAA
Abril 2003	Soc. Concesionaria Autopista los libertadores, SA.	U. F. 3,67 millones	23 años	Serie A U F. + 5,0 % Serie B U F. + 5,8 %	1,90 1,03	AAA
Julio 2003	Soc. Concesionaria Melipilla	US\$ 16 millones	21 años	UF+6,49		AA+(ch)
Diciembre 2003	Sociedad Concesionaria Autopista Central	U.F. 13 millones	23 años	UF +5,3%		AAA
Diciembre 2003	Soc. Concesionaria	U.F. 9,5	A- 12 años B-	Serie A U.F. + 5,0		AAA

	Costanera Norte		21 años	% Serie B U F. + 5,5%		
--	-----------------	--	---------	--------------------------	--	--

Fuente: SVS

5.6.5.3. Obligaciones de Reembolso.

Esto dice relación a como se hace efectiva la garantía proporcionada por el *Monoline*, esto es el pago en tiempo y forma del capital e intereses en caso de incumplimiento por parte del emisor.

Para entender esta parte cabe hacer algunas referencias a obligaciones previas a la de reembolso. En primer termino la compañía de seguros acepta emitir y entregar la Póliza de Seguro a los inversionistas (representante de los tenedores de bonos, banco Arranger tratándose de créditos sindicados, etc), lo que se encuentra supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones previas las que varían dependiendo de la operación de que se trate, y así se habla por ejemplo de conseguir ciertas autorizaciones, creaciones de cuentas en donde se depositaran las garantías y otros dineros, el pago de impuestos (timbre y estampillas), la evacuación de informes legales, técnicos, etc., y otras condiciones que se estipulen.

El emisor deberá pagar al *Monoline* una prima a una tasa a convenir periódicamente en donde se suele pactar una cláusula de caducidad del plazo (aceleración) de modo facultativo para la aseguradora para que esta opte en dar por vencidas en forma anticipada todas las primas impagas o espere el vencimiento de la última, todo esto respaldado por la firma de un pagaré.

También es muy probable que el *Monoline* imponga ciertos *covenants*, cuyo incumplimiento trae como consecuencia la no operación del seguro (límites a la responsabilidad del *Monoline*) y también se exija a los acreedores beneficiados con esta garantía que se abstengan de solicitar, bajo cualquier legislación aplicable al contrato, la quiebra del emisor o cualquier otra medida que tenga efectos similares.

Ahora bien, para hacer efectivo el seguro, primero se hace necesario:

Incumplimiento de una obligación por parte del emisor, establecida a ser cubierta en el contrato de garantía por el *Monoline*.

No haber incurrido el emisor en incumplimiento de las condiciones previas, de los *covenants* o en el pago de las primas.

Notificar a la Compañía de Seguro según la forma pactada (por lo general es un medio escrito o escriturable como fax, correo electrónico, etc.)

Que el acreedor beneficiario no haya solicitado la quiebra o alguna medida similar.

Que se trate de un crédito efectivamente garantizado y que no se encuentre subordinado a otro.

El procedimiento para hacerla efectiva es notificar al *Monoline* del incumplimiento de la obligación por parte del garantizado, a lo cual el *Monoline* tiene un lapso de tiempo muy restringido (generalmente 24 horas), que es precisamente uno de los puntos que

hace elevar la clasificación de la emisión, para pagar al solicitante el capital y los intereses

La aseguradora al realizar estos pagos y con el fin de evita la especulación el emisor en cuanto a que este le resulte mas barato pagar la prima que sus compromisos, el *Monoline* se subroga en los derechos del acreedor al cual fue realizado el pago por este, de modo tal que tiene acciones contra el emisor recuperar de el monto pagado, claro esta que esto es bajo ciertas condiciones que estarán presentes en el contrato.

También, como ya algo se ha adelantado, por lo general en estas emisiones se instauran créditos subordinados en donde los *Senior* prefieren a los *Junior* en el tiempo de pago y además de esto también se puede pactar que el *Monoline* garantice una parte de la deuda (garantía parcial) respecto de ciertos acreedores. Todo esto en busca de una mejor alternativa de transacción.

Luego de haber realizado un breve pero completo análisis de las diversas formas de financiamiento de las inversiones en concesiones de obras públicas, sin duda que resulta un tanto complejo señalar algunas conclusiones que parecieran ser definitivas en un tema que sigue desarrollándose y creando nuevas y mas novedosas estructuras de transacciones en nuestro país y en donde la movilidad y rapidez con que se desenvuelven los actores le otorga un dinamismo lo cual beneficia no solo a los agentes directamente involucrados en estas transacciones, sino que además a los usuarios y público en general , pues al obtenerse de manera más económica el financiamiento de estas inversiones este ahorro debería transferirse en algún grado a los usuarios quienes deberán pagar menos por el uso de esta infraestructura de primer nivel. Asimismo otros agentes también resultan beneficiados, como son los inversionistas institucionales y los fondos de inversión quienes encuentran en los instrumentos de financiamiento de las concesionarias de obras públicas atractivas alternativas que además de generar un mayor valor sus fondos constituye un fuerte apoyo al desarrollo de la economía del país generando valor adicional.

Uno de los temas a tener presente dice relación con el hecho que debido a la crisis económica que afectó a nuestro país los pasados años generó un fuerte impacto en las concesiones de obras públicas dadoque muchos de los estudios tráfico apuntaban a un mayor crecimiento de la economía y por ende un mayor tráfico y uso de las concesiones, lo cual ha llevado al Estado a tener que asumir una actitud mas subsidiaria que la adoptada en un principio, no obstante ciertos estudios indican que de todos modos las situaciones en que se han debido activar las garantías estatales en particular, los ingresos mínimos han sido escasas debido mas bien en una situación particular que a una baja general en los tráficos proyectados.

Finalmente otro de los hechos relevantes a destacar es la actuación y comportamiento del mercado capitales chileno el cual, más allá de algunas situaciones particulares en que se mostró vacilante y con ciertas dudas en relación a los nuevos productos que este tipo de inversiones ponía a su disposición especialmente al comienzo del proceso, se ha mostrado como un mercado profundo y serio, capaz de financiar y asumir compromisos en este sentido por altas sumas de dinero incluso durante el período de recesión económica que afecto a nuestro país los pasados años.

En efecto, durante los pasados tres años se emitieron en el mercado de capitales bonos para el financiamiento de una serie de proyectos de infraestructura por un monto que superó los 1,5 billones de dólares. Frente a esto los inversionistas institucionales en general asumieron una actitud acorde con las exigencias del sistema. El desafío futuro del mercado financiero nacional está en generar nuevas estructuras que atiendan las nuevas inversiones en infraestructura que requiere nuestra economía, como son los casos de infraestructura hospitalaria y de escurrimiento fluvial (colectores de aguas lluvias), de lo cual haremos una breve mención en el capítulo siguiente.

En síntesis se trata de un mercado atractivo y veloz en sus cambios que le depara desafíos tanto al sector público como privado, que no debe por ningún motivo estancarse, sino todo lo contrario tratar de implantarse con los cambios que se requieran en otras áreas de nuestra economía.

CONCLUSIONES

ALGUNAS PROPUESTAS FUTURAS

En términos generales la conclusión básica que se obtiene luego de analizar críticamente, como la presente memoria de prueba lo intentó, los principales aspectos regulatorios y financieros envueltos en los procesos de las concesiones de obras públicas, es evidente, este modelo de inversión a permitido el desarrollo y financiación de inversiones en infraestructura por montos que superan los 6 billones de dólares, mejorando sustancialmente los niveles y calidad de la infraestructura en Chile, en especial la infraestructura vial, portuaria y aeroportuaria.

Desde una visión histórica de largo plazo se podría afirmar que las concesiones de obras públicas constituyen quizás la principal reforma económica del Estado de los últimos quince años, siendo comparables con experiencias como la creación de las Administradoras de Fondos de Pensión en los ochenta o las empresas estatales amparados en la CORFO durante los cuarenta y cincuenta. Nos basamos para sostener esta afirmación en el hecho inequívoco que las concesiones de obras públicas como medio de desarrollo en Chile del concepto de asociación público privada llenaron un sensible vacío que padecía nuestra economía como era la carencia de una infraestructura adecuada base fundamental para un desarrollo sostenible en el largo

plazo.

Sin embargo las concesiones de obras públicas como modelo de inversión fueron más allá de satisfacer necesidades físicas del país, también han permitido el desarrollo de otras áreas de la economía chilena, como son la de los servicios financieros, las áreas de ingeniería y construcción, el apoyo legal y contractual y de desarrollo institucional. No olvidemos que muchos de estos proyectos de inversión constituyen complejas obras civiles tanto en su proyección como posterior construcción; asimismo los contratos de concesión y de financiamiento y garantía como la solución de las futuras y muchas veces no previstas controversias han sido desafíos a los cuales los abogados chilenos no estaban habituados. En este sentido surge el desafío de los profesionales chilenos que han participado en el desarrollo de los proyectos de buscar nuevos y más atractivos mercados, tanto dentro del país (materia a la que nos referiremos mas adelante) como en otros países de la región tan carentes de la infraestructura adecuada, los capitales y el diseño institucional como lo era Chile hace 15 años atrás.

Sobre esto último pareciera ser recomendable que el Estado de Chile inicie acercamientos institucionales con naciones vecinas y organismos multilaterales de la región (Banco Interamericano de Desarrollo, Organización de Estados Americanos, Corporación Andina de Fomento, Banco Mundial, Instituciones del MERCOSUR, etc) de manera tal de aportar el *know-how* de Chile en esta materia de modo de hacer viable en el mediano plazo proyectos de infraestructura internacionales que permitan una mayor y mejor integración económica y comercial con las demás naciones de la región, base fundamental para el desarrollo de la región. Este hecho no sólo generaría grandes dividendos políticos y económicos para el Estado de Chile, sino que además permitiría que nuestra economía continuara su procesos de diversificación de la canasta exportadora, pues además de la exportación de materias primas a los principales centros industriales del mundo, podría exportar servicios profesionales en diversas áreas a las naciones vecinas lo cual generaría, en la medida en que dichas políticas cuenten con el respaldo institucional adecuado, grandes dividendos al país, pues se abrirían nuevas oportunidades de negocios para las empresas nacionales generando un marco global de inversiones con mecanismo probados y aceptados por los mercados financieros internacionales.

Ahora bien retomando la idea inicial, cabe preguntarse ¿Cuáles han sido los factores que han permitido el desarrollo de estas inversiones en infraestructura en Chile?, algunos de ellos consideramos han sido esbozados a lo largo de la presente investigación, no obstante haremos un intento por sintetizar los factores principales:

Desarrollo de una política pública clara para incentivar la inversión en la materia; En efecto la Ley de Concesiones vino a ser la culminación de un proceso de investigación, análisis y diagnóstico de una necesidad que Chile padecía. En ella no sólo participaron diversas instancias estatales, sino que también se le dio cabida a otros agentes como empresas de ingeniería y construcción, como también agentes financieros¹⁹². De este

¹⁹² Compendio de exposiciones : Seminario Internacional "Las Concesiones de Obras Públicas : una Nueva Opción de Inversión para el Sector Privado" / [organizado por] Ministerio de Obras Públicas, Departamento de Concesiones, (realizado en Santiago de Chile, los días 12 y 13 de enero, 1993)

modo se buscó determinar por qué, dado los niveles de crecimiento que ya observaba el país los niveles de inversión en infraestructura pública seguían siendo extremadamente bajos. La respuesta a lo anterior estaba fundada en la existencia de una industria muy poco desarrollada, en donde las empresas de construcción sólo competían entre sí por la construcción de proyectos determinados por funcionarios del MOP basados en pagos sobre precios unitarios sin una visión de largo plazo y con financiamientos tradicionales fundados en esquemas de un porcentaje de anticipo, financiamiento por capital propio y créditos internos de las constructoras con altas tasas de interés las que finalmente eran traspasadas al mandante como precio, en este caso el MOP, lo que generaba una industria con altos niveles de desconfianza (no pocas constructoras de obras públicas eran insolventes) que atendía más a subsistir que a la inversión.

Creación de la Institucionalidad necesaria para la materialización de las inversiones; No sólo las empresas privadas padecían de una visión sesgada y cortoplacista también el MOP padecía de estos males. Se trataba de una entidad sumamente numerosa (todavía lo es, pero en menor medida) con un bajo grado de especialización que atendía numerosas y muchas veces contrapuestas necesidades. Así mediante la creación de la Coordinadora Nacional de Concesiones se intentó dar respuestas a las crecientes necesidades que generaría el desarrollo de estos proyectos. No fue un proceso sencillo de hecho padeció de muchas imperfecciones y desafortunadamente se conocieron graves casos de corrupción y malversación de recursos fiscales que llevaron por cuestionar por algún tiempo la efectividad del modelo. Si bien se ha avanzado muchísimo en la gestión de la infraestructura pública, todavía existen desafíos en esta materia en especial en lo relativo a la forma en que deben administrarse los proyectos en explotación, por cuanto en un primer momento se dio un mayor énfasis en la generación y construcción de proyectos creando un organismo pro inversión, ahora debe evolucionar dicho organismo a además de fomentar e incentivar inversiones futuras transformarse un regulador fuerte y conecedor de la industria que respetando los derechos otorgados a los inversionistas privados otorgue la adecuada protección a los usuarios de la infraestructura pública. Sobre esto último pareciera cada vez más clara la idea de crear una superintendencia de concesiones de obras públicas encargada y especializada de la gestión de las obras cuando éstas se hayan en etapa de explotación, evitando una integración vertical del sistema.

El crecimiento económico y desarrollo de los servicios financieros; No se puede perder de vista el hecho que la Ley de Concesiones fue dictada a comienzos de la década de los noventa, en uno de los períodos más prósperos de la economía de Chile, de modo tal que sin duda las proyecciones de tráfico, los niveles de riesgo país y de crecimiento de la economía eran sumamente alentadores generándose una fuente de nuevos e interesantes negocios. Tanto es así que sin duda a finales de la década de los noventa y comienzos del siglo XXI el nivel de inversiones en nuevos proyectos decayó bastante, más allá de los esfuerzos del MOP de generar nuevos proyectos de inversión, no obstante tal como se señaló en la capítulo IV si bien la baja en el crecimiento de la economía nacional impactó en los niveles de ingresos esperados de muchas concesionarias, esto no llegó al extremo de, salvo en casos puntuales, ejecutar las garantías estatales de ingreso mínimo. En estos días con una nueva reactivación de la economía nacional se espera una consolidación de los proyectos ya ejecutados así como

un nuevo impulso para nuevos proyectos de inversión.

La existencia de un cuerpo normativo adecuado para promover y proteger las inversiones y que al mismo tiempo daba garantías a los distintos agentes participantes. Probablemente desde la perspectiva legal uno de los hechos de mayor relevancia que permitió llevar adelante la política pública de desarrollo de la infraestructura pública fue precisamente la dictación de la Ley de Concesiones, la cual no sólo creaba una serie de figuras jurídicas nuevas para nuestro ordenamiento jurídico, sino que además en sus sucesivas modificaciones fue generando normas especiales que facilitaban especialmente la financiación de los proyectos de inversión. En este sentido la dictación del DFL 164 de 1996 fue un hecho clave que permitió la incorporación global del mercado de capitales y los inversionistas institucionales al negocio de las concesiones de obras públicas. Muchas de sus normas especiales ya fueron analizadas en distintos pasajes de la presente memoria de prueba, no obstante haciendo una breve mención de dichas normas especiales podemos encontrar excepciones a la ley de Bancos y del Mercado de Capitales, tratamientos tributarios especiales para la sociedad concesionaria en lo que dice relación con el impuesto a la renta y el IVA, la creación de la prenda especial de concesión de obra pública, facilidades para el MOP para efectuar las expropiaciones necesarias, la creación de mecanismos especiales, eficaces y especializados para la resolución de las controversias, incentivos claros para la promoción de proyectos a través de la iniciativa privada, etc. Después de estos años la Ley de Concesiones se presenta como un estatuto jurídico de probada eficacia y gran desarrollo práctico que ha permitido estructurar una serie de transacciones de gran complejidad como asimismo ha permitido al Estado apoyar política y financieramente, a través del otorgamiento de garantías y subsidios directos, aquellos proyectos que siendo privadamente rentables son considerados socialmente necesarios. Del mismo modo no se debe perder de vista que la Ley de Concesiones, dada la gran cantidad de inversionistas extranjeros participantes ha podido apoyarse en otro texto jurídico de gran eficacia, que si bien tiene un carácter genérico ha sido un útil herramienta para promover la inversión, nos referimos al DL 600 que promueve la Inversión extranjera como también al organismo creado para llevar a cabo tal misión, el Comité de Inversiones Extranjeras.

Aplicación de nuevas tecnologías y las modificaciones que hacen posible su aplicación; Quizás uno de los aspectos menos resaltados del modelo de incorporación de capitales privados a través de inversiones en concesiones de obras públicas es el hecho de en muchos casos los privados han sido capaces de incorporar nuevas tecnologías de primer nivel mundial que han colaborado sustancialmente en dar un mejor servicio a los usuarios de la infraestructura aumentando los niveles de seguridad. Ejemplos de lo anterior abundan así los teléfonos de emergencia, la nueva señalética vial siguiendo estándares internacionales, el control fotométrico de la infraestructura son algunos de los ejemplos del desarrollo de tecnologías al servicio de las concesiones de obras públicas. Mención aparte merecen los sistemas denominados “*free flow*” conocidos en nuestro país como televías o simplemente “Tag” los cuales constituyen un sistema innovador que incorpora tecnología de primer nivel permitiendo el desarrollo de inversiones en autopistas urbanas de alta velocidad. Este tipo de innovaciones muchas veces son de difícil implementación pues requieren cambios legales, económico e incluso de los

hábitos de los consumidores y usuarios. En el caso de la implantación en Chile del sistema *free flow*, además de tener un costo económico relevante se hizo necesario regular la integración tecnológica de los distintos operadores y concesionarios, distribuir los más de 800.000 dispositivos entre los usuarios y efectuar las modificaciones a la normativa vigente, en particular la ley de tránsito a efectos de permitir la implantación del sistema. En síntesis la asociación público –privada permite generar innovaciones tecnológicas muy bien valoradas por los usuarios de los servicios en la medida en que éstas se muestren útiles mejorando en nivel de prestación de servicios.

Por otra parte especial mención merece el rol que el Estado ha cumplido y deberá cumplir en el futuro en relación con las inversiones a través de concesiones de infraestructura. En este sentido es necesario hacer una distinción entre el rol como regulador de las obras viales ejecutadas que se encuentran en etapa de explotación de aquel como impulsor de nuevos proyectos e inversiones.

En relación con el primero de los roles, sin duda que se requiere una nueva institucionalidad que permita hacer frente a los diversos problemas y controversias que surgirán en el futuro, una institucionalidad cuya finalidad sea precisamente la gestión estratégica de cada proyecto, haciendo al Concesionario cumplir las obligaciones establecidas en el Contrato y Bases de Licitación sin perder de vista el hecho de que se trata de una relación de largo plazo que tiene una serie de objetivos comunes y complementarios. Sobre este particular existen una serie de estudios que sugieren precisamente la separación de la institucionalidad del Estado entre aquella destinada a la promoción y materialización de las inversiones en infraestructura de aquella cuya finalidad sea gestionar y controlar la explotación de las inversiones materializadas basándose en la idea de que los intereses del Estado varían de un caso a otro, lo cual sumado al hecho que en la mayoría de los casos se trata de un monopolio producto de una licitación competitiva la forma de control debe ser diferente, de lo contrario podría presentarse un caso de “captura del regulador”.¹⁹³

Los desafíos futuros del Estado como promotor de inversiones de largo plazo en infraestructura están en tener la capacidad de “adaptar” el modelo jurídico- financiero establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, orientadas principalmente a proyectos que son capaces de autosutentarse en el largo plazo, hacia proyectos de infraestructura en otras áreas en donde muchas veces por su alta rentabilidad social, pero baja rentabilidad privada, requerirán aportes directos del Estado para su financiación. Si bien desde un principio se entendió que la Ley de Concesiones de Obras Públicas tenía como finalidad el desarrollo de infraestructura vial, portuaria y aeroportuaria en Chile, ya se han dado algunos avances para extender el modelo de concesiones a otras áreas de la infraestructura, dentro de las cuales podemos destacar las siguientes:

Infraestructura Penitenciaria. Se encuentran en fase de construcción dos proyectos de infraestructura penitenciaria en donde la forma de pago de la inversión consiste básicamente en un pago fijo a la infraestructura, otro pago igualmente fijo por la

¹⁹³ Araya Alcántara, Claudia Lorena. “Captura regulatoria en las concesiones viales en Chile”. Tesis Magíster en Ciencias de la Ingeniería, mención industrial. Universidad de Chile. 2000. Pag. 23.

operación de la infraestructura y un pago variable dependiendo del número de internos del penal fijándose un número mínimo y uno máximo a efectos de asegurar un nivel de servicio adecuado.

Infraestructura para la evacuación y drenaje de aguas lluvias. Se trata de un área con altas necesidades en infraestructura. Se han desarrollado una serie de estudios en la materia en especial en lo relativo a la forma de pago de las inversiones en cuanto a si ésta la pagarán directamente los usuarios de la misma o bien por medio de pagos del Estado como en el ejemplo anterior. El principal problema que ha surgido dice relación con determinar los usuarios o beneficiarios de la infraestructura y la forma en que éstos pagarían la inversión, será uno de los temas que sin duda se discutirán en el futuro. En efecto en estos momentos se encuentra en discusión en el Congreso Nacional el Proyecto Ley Mensaje N° 004-349 que modifica la Ley 19.525 estableciéndose la forma de pago de la inversión.

Infraestructura Hospitalaria. Sin duda se trata de una de las áreas donde se presentan las mayores carencias de infraestructura, lo cual sumado a las reformas en materia de prestaciones de salud la transforma en una materia prioritaria de desarrollo. El gran desafío en esta materia está en cómo determinar las áreas que serán de competencia de la sociedad concesionaria y aquellas que seguirán dependiendo del Servicio Nacional de Salud. En este sentido pareciera lógico la externalización vía contrato de concesión de muchos de los insumos hospitalarios como serían la infraestructura misma, la limpieza, lavandería, servicios de alimentación de pacientes, personal y visitas, etc. Del mismo modo resulta interesante tomar en consideración que muchos de los actuales hospitales cuentan con grandes extensiones de terreno muchas de ellas con alta plusvalía, las cuales si son mejor administradas pueden generar excedentes que permitan en parte financiar la inversión.

En síntesis de lo anteriormente señalado consideramos que el principal desafío de la Ley de Concesiones como estatuto jurídico “pro inversión” está en tener la suficiente adaptabilidad para afrontar esta nueva generación de proyectos, los cuales si bien no serían rentables privadamente en si mismos, constituyen grandes necesidades de la ciudadanía que el Estado está llamado a satisfacer.

Por otra parte no se debe perder de vista el hecho de que el Estado en estos momentos destina importantes recursos a la rehabilitación y mantenimiento de esta infraestructura, en especial la hospitalaria, sin que esto signifique un mejoramiento sustancial en la calidad de los servicios prestados; por tanto y teniendo presente el bajo riesgo que presenta el endeudamiento estatal y la experiencia que se ha desarrollado en la estructuración de este tipo de transacciones, es que entendemos que el desafío futuro del Estado en materia de concesiones de infraestructura está en desarrollar inversiones de largo plazo que si bien no puedan autosustentarse si sean capaces de mejorar los niveles de servicio y justifiquen la participación del Estado en el financiamiento de las mismas. Consideramos que de otro modo no se puede entender lo señalado al comienzo de la presente investigación en relación con el deber del Estado de proveer la infraestructura como forma eficiente de promover al bien común y el mejoramiento de los niveles de vida de todos los ciudadanos de la República.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES y DOCUMENTOS CONSULTADOS

ARAYA ALCÁNTARA, CLAUDIA LORENA. "Captura regulatoria en las concesiones viales en Chile". Tesis Magíster en Ciencias de la Ingeniería, mención industrial. Universidad de Chile. 2000.

ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN. "Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: Concesión de servicio público, externalización y sociedad". Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. N° 56-57. Chile. 1993.

ÁVILES HERNÁNDEZ, VICTOR MANUEL. "Orden Público Económico y Derecho Penal". Editorial Jurídica Conosur. Chile. 1998.

AYLWIN AZOCAR, PATRICIO. "El Juicio Arbitral". Santiago. Chile. 1943.

AYLWIN AZOCAR, PATRICIO. "Derecho Administrativo". Editorial Universitaria. Chile. 1961.

BERTELSEN REPETTO, RAÚL. "Estado Empresario en la Constitución de 1980". Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile N° 14. Santiago. Chile. 1987.

- BOSSI TRINCADO, MARCELO.** “Los Bonos: Una opción de financiamiento de las Empresas”. Memoria de prueba para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Católica Valparaíso. Chile. 2000.
- BLUMENTAL, DAVID.** “*Sources of Funds and Risk Management for International Energy Projects*”.
- CALDERON, CESAR; WILLIAM EASTERLY AND LUIS SERVEN.** “*Infrastructure Compression and Public Sector Solvency in Latin America*” Princeton, N.J.: Princeton University Press. USA. 2003.
- CÁMARA DE DIPUTADOS.** Sesión N° 59. Chile. 1995.
- COHEN REMY AND PERCOCO.** *Working Paper “The Fiscal Implications of Infrastructure Development”.* Sustainable Development Department. Inter-American Development Bank. Washington D.C. USA.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** Dictamen N° 26.889. Chile 1982.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** Dictamen N° 23.701. Chile 1999.
- CORDERO VARGAS, RICARDO.** “El Rol Regulador del Estado en Obras Viales Concesionadas”. Tesis para la obtención del grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. Chile. 1999.
- CORREA OPAZO, PEDRO.** Informe en Derecho de 16 de Octubre de 2000, acerca de “Facultad de los árbitros arbitradores para fallar en conciencia, aún contra derecho o tenor literal de un contrato”.
- CORTE SUPREMA.** Fallo Rol N° 31.615, de 13 de Septiembre de 1995.
- CORTE SUPREMA.** Informe N° 223. 25 de Abril de 1995, dirigido al Presidente de la Comisión de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados.
- CRUZ, CARLOS e HINOJOSA, SERGIO.** “Experiencias Internacionales en Concesión de Carreteras”. Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997.
- DAILAMI, MANSOOR AND LEIPZIGER, DANNY.** “*Infrastructure Project Finance and Capital Flows: A new Perspective*”. Paper presented at the Conference on Financial Flows and World Developmen. The University of Birmingham. UK. 1997.
- DANIELS, RONALD AND TREBILCOCK, MICHAEL.** “*An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure*”. El presente artículo es el Capítulo VI del libro: “*Public-Private Policy Partnership*”. MIT Press. USA. 2000.
- DAROCA OLLER, SEBASTIÁN.** “Análisis de las diferencias entre la demanda proyectada en las carreteras concesionadas y la demanda real y sus efectos en el negocio de concesión” Tesis Magíster en Gestión y Dirección de Empresas. Departamento de Ingeniería Industrial Universidad de Chile. Chile. 2000.
- DROMI, ROBERTO.** “La licitación pública”. Editorial Ciudad Argentina. Argentina. 2° Edición. 1999.
- DUGUIT, LEÓN.** “Las Transformaciones del Derecho Público”. Traducción Francisco Beltrán. Madrid. España. 1915.

- ENGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD y GALETOVIC, ALEXANDER.** “Licitación de Carreteras en Chile”. Revista Estudios Públicos N° 61. Centro de Estudios Públicos. Chile. 1996.
- ENGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD y GALETOVIC, ALEXANDER.** “*Infrastructure Franchising and Government Guarantees*” Capítulo IV de la Publicación: “*Dealing with Public Risk in Private Infrastructure*”. World Bank Latin American and Caribbean Studies, The International Bank for Reconstruction and Development, Washington D.C. USA. 1997.
- ENGLER PALMA, MARIA CECILIA.** “Mecanismos Jurídicos de Administración de Riesgos”. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Chile. 1997.
- FE LLER & RATE.** “Informe de Clasificación de Riesgo Concesión Talca- Chillán” elaborado por la clasificadora de riesgo Feller&Rate disponible en www.feller-rate.cl .
- FELLER & RATE.** “Bonos para Concesiones de Infraestructura”. Abril. 1998. disponible en www.feller-rate.cl (última visita 10/05/2005)
- FINNERTY, JOHN.** “*Project Financing*”. Simon and Schuster Company. 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN.** “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Civitas. Madrid. España. 1984.
- GARCÍA -TREVIJANO FOS, JOSÉ.** “Los Actos Administrativos”. Editorial Civitas Segunda Edición. 1999.
- GÓMEZ-LOBO, ANDRÉS e HINOJOSA, SERGIO.** “*Broad Roads in a Thin Country: Infrastructure Concessions in Chile*”. Mineo. Chile. 1999.
- GÓMEZ-LOBO, ANDRÉS y JILES, JUAN.** “Participación Privada en Obras de Infraestructura: La Experiencia Mundial”. Serie Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Compilación Ministerio de Obras Públicas. Chile. 1997.
- GONZALEZ CASTILLO, JOEL.** “La Boleta Bancaria de Garantía”. Editorial Lexis-Nexis. Chile. 2002.
- JEZEL, GASTÓN.** “Los Principios Generales del Derecho Administrativo”. Traducción de Carlos García Oviedo. Editorial Reus. Madrid. España. 1928.
- KLEIN, MICHAEL.** “*Managing Guarantee Programs in Support of Infrastructure Investment*”. Policy Research Working Paper N° 1812. World Bank Private Sector Development Department. 1997.
- KLEIN, MICHAEL.** “*Risk, taxpayers, and the role of government in project finance*” World Bank, Private Sector Development Department Working Papers. 2000.
- LLISET, FRANSEC y LLISET, ANNABEL.** “Manual de los Contratos Públicos” Editorial Bayer Hnos. Tercera Edición. Barcelona. 2002.
- MARCEL CULLEL, MARIO.** “Aspectos Macroeconómicos del Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público del Año 2002”. Presentación hecha ante el Congreso Nacional Octubre 2001.
- MARTINEZ T, JAIME y DUARTE, PILAR.** “*Mecanismos de Mitigación de Riesgo en Concesiones de Obra Pública*”. Boletín Legal de “Carey y Cia. Ltda.”. Santiago. Chile. Agosto 2004.
- MAYER, OTTO.** “Derecho Administrativo Alemán”. Ediciones Desalma. Buenos Aires.

Argentina. 1982.

MAYORGA, ROBERTO; MORALES, JOAQUÍN y POLANCO, RODRIGO. “Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias”. Editorial Lexis Nexis. Primera Edición. Chile. 2005.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Seminario Internacional "Las Concesiones de Obras Públicas: Una Nueva Opción de Inversión para el Sector Privado (1993 : Santiago de Chile). Compendio de exposiciones : Seminario Internacional "Las Concesiones de Obras Públicas : una Nueva Opción de Inversión para el Sector Privado" / [organizado por] Ministerio de Obras Públicas, Departamento de Concesiones, (realizado en Santiago de Chile, los días 12 y 13 de enero, 1993)

MIQUEL, JUAN ENRIQUE. “Modificaciones al régimen legal de concesiones de obras públicas, introducidas por la ley 19.460 de 1996”. Mimeo Banco del Estado. Chile. Octubre de 1996.

MORALES NÚÑEZ, JOSÉ MIGUEL y VILLAGRA MARTÍNEZ, MARCO ANTONIO. “El Contrato de Concesión de Obra Pública: Fundamentos de Derecho Administrativo”. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago. 2001.

MORAND VALDIVIESO, LUIS. “Legislación Bancaria”. Editorial Jurídica de Chile. Chile.1999.

MORRILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO. “Dominio Público”. Editorial Trivium. Madrid. España. 1992.

NEVITT, PETER. “*Project Financing*”. Euromoney Publications. London. UK. 1983.

OPORTUS DURÁN, CARLOS. “Repertorio Jurídico de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte: Legislación, Reglamentación y Jurisprudencia de la Ley 15.840 de 9 Noviembre de 1964 y Normas Legales posteriores”. Chile. 1973.

OTERO LATHROP, MIGUEL. Informe en Derecho “El contrato de concesión de obra pública autopista Santiago – San Antonio”, de 16 de Noviembre de 2000.

PARADA VÁSQUEZ, JOSÉ RAMÓN. “Derecho Administrativo, Parte General”. Tomo I. Sexta edición. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. España 1994.

PHILIPPI IZQUIERDO, JULIO. “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”, Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. Vol. 3. Chile. 1973.

PRECHT PIZARRO, JORGE. “El estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile N° 14. Santiago. Chile. 1987.

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Segunda parte. Sección 1°. Santiago. Chile. 1966.

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Tomo 89. 2° parte. Sección 2°. Pág. 144 y ss.

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Tomo 94. 2° parte. Sección 2°. Pág. 94.

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Tomo 86. Sección 2° Mayo – Agosto. Pag. 85.

REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Tomo 94. 2° parte. Sección 2°. Pag. 98 y ss.

- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO.** “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, no publicado.
- RUIZ-TAGLE VIAL, PABLO.** “Principios constitucionales del estado empresario” Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, N° 62. Santiago de Chile. 1999
- RUFÍAN LIZANA, DOLORES M.** “Manual de Concesiones de Obras Públicas”. Fondo de Cultura Económica. Chile. 1999.
- SARMIENTO G., JORGE.** “Concesión de Servicios Públicos”. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- SAVAS, EMMANUEL.** “*Privatization and Public-Private Partnership*”. Seven Bridges Press, LLC. New York. USA. 2000.
- SENADO DE LA REPÚBLICA.** Sesión N° 57. Diario de Sesiones del Senado. Chile. 1996.
- SENADO DE LA REPÚBLICA.** Sesión N° 24. Diario de Sesiones del Senado. Chile. 1996.
- SYDNEY, LEVY.** “*Build Operate Transfer, Paving the Way for Tomorrow’s Infrastructure*” John Wiley & Sons. INC. Canada. 1996.
- SILVA CIMMA, ENRIQUE.** “Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995.
- SORIANO FUENZALIDA, PAULINA.** “Protección de los Acreedores en el Contrato de Concesión de Obra Pública y la Prenda Especial de Concesión de Obra Pública”. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Central de Chile. Santiago. 1997.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** Fallo emitido el 26 de Agosto de 1996 en causa rol N° 244.
- VARGAS FRITZ, JOSÉ FERNANDO.** “La Concesión de Obras Públicas”. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago. Chile. 1997.
- WARNER, WAIDE JR. AND ALTMAN, EMILY.** “*Credit Agreement and Collateral Agreements in International Infrastructure Projects*”. Commercial Law and Practice Course Handbook Series N° A4-4494. Practising Law Institute. USA. 1996.
- WINTER IGUALT, RODRIGO.** “Las Cartas de Crédito Stand-By ante la legislación chilena”. Editorial Centro de Perfeccionamiento Técnico Ltda.. Santiago. Chile. 1993.
- WORLD BANK.** “*Infrastructure for Development: World Development Report*”. Oxford University Press. New York. USA. 1994.
- YESCO MBE, E.** “*Principles of Project Finance*” Academic Press. Primera Edición 2002.
- ZANOBINI, GUIDO,** “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Editorial de Palma. Buenos Aires. Argentina. 1954.

LEYES CONSULTADAS

Códigos de la República

Constitución Política de la República.
Código Civil.
Código Orgánico de Tribunales
Código Penal
Código de Procedimiento Civil

Leyes

Ley N° 15.840 Orgánica Del Ministerio de Obras Públicas
Ley N° 19.252
Ley N° 5.687 Sobre el Contrato de Prenda Industrial
Ley N° 18.045 de Mercado de Valores
Ley N° 18.046 sobre de Sociedades Anónimas
Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
Ley N° 19.704 fija Texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
Ley N° 19.300 Orgánica Constitucional sobre Bases del Medio Ambiente
Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.
Ley N° 19.031
Ley N° 19.738 fija Normas para combatir la Evasión Tributaria
Ley N° 4.287 sobre Prenda de Valores Mobiliarios a favor de los Bancos
Ley 19.164

Decretos Leyes (DL)

DL 1263 Orgánica sobre Administración Financiera del Estado
DL 600 Estatuto de Inversión Extranjera
DL 824 sobre Impuesto a la Renta
DL 825 sobre Impuesto a la Venta de Bienes y Servicios
DL 3500 establece nuevo Sistema de Pensiones.

Decretos con Fuerza de Ley (DFL)

DFL N° 164 Ley de Concesiones de Obras Públicas
DFL N° 1 de 1993 Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado
DFL N° 1 de 1997 Ley General de Bancos
DFL N° 206 de 1960 Ley General de Caminos
DFL N° 591 Fija las Normas de Carácter General Relativas a la Ejecución, Reparación y Mantenimiento de Obras Públicas
DFL N° 251 de 1931 Ley sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.
DFL N° 2186 de 1978
DFL N° 340 de 1960 Establece Normas para el Otorgamiento de Concesiones Marítimas.

Reglamentos

Decreto Supremo MOP N° 24° Fija el Reglamento de Concesiones de Obras Públicas.
Decreto Supremo N° 587 Aprueba Reglamento de Sociedades Anónimas.

Otras Normas

“Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional” Versión 1993, Publicación 500.
Recopilación de Normas N° 2.5 Capítulo 8-28 y Capítulo 1-12. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

PAGINAS WEB VISITADAS

Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN):
<http://www.mideplan.cl/publico/categoria.php?catid=23&secid=5>

Coordinadora General de Concesiones

<http://www.concesiones.cl>

Concesionarios de Obras Públicas S.A. Asociación Gremial <http://www.copsa.cl>

Empresa de los Ferrocarriles del Estado

<http://www.efe.cl>

Superintendencia de Valores y Seguros

<http://www.svs.cl>

Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones <http://www.moptt.cl>

Clasificadora de Riesgo Feller&Rate

<http://www.feller-rate.cl/>

Diario Oficial

<http://www.anfitrion.cl/actualidad/20ulle/01061919738.html>

Banco

Santander

Central

Hispano

<http://www.gruposantander.es/ieb/prestamos/Prestamosmod2.htm#2>

Banco

Edwards

http://www.bancoedwards.cl/banchile/asesoria_f/pag_asesoria/lineas_neg1.htm

<http://usuarios.lycos.es/Masterdeluniverso/palesmecanismos.htm>

Sociedad

Concesionaria

Américo

Vespucio

Norte

Express

:

http://www.vespucioexpress.cl/emision_bonos/I_parte_prospecto_Linea_bonos.pdf

Ministerio de Hacienda

<http://www.minhda.cl/castellano/contenido/prensa/comunicados> .

Dirección de Presupuestos

<http://www.dipres.cl>