

ESTUDIO MIQUEL LTDA.

**PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURAS
PÚBLICAS Y CONCESIONES DE OBRAS
Y SERVICIOS PÚBLICOS EN CHILE**

JUAN ENRIQUE MIQUEL M.
Abogado y Consultor.

Tegucigalpa, 22 de Noviembre de 2002.

Juan Enrique Miquel M., es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y abogado chileno, con más de 32 años de experiencia.

Fue Subsecretario de Obras Públicas de Chile entre 1990 y 1994, participando en la dictación de la moderna legislación sobre concesiones de obras públicas y en la elaboración de los modernos planes de obras públicas fiscales de pago tradicional estatal y por concesión de obra pública.

Como abogado ha asesorado y asesora a numerosas sociedades concesionarias viales en Chile, con amplia experiencia en litigios judiciales.

Como consultor internacional ha participado en la elaboración de normas legales y/o reglamentación de concesiones de Obras Públicas en:

Ecuador, en asesoría jurídica al Consejo Nacional de Modernización -CONAM- en el proceso de reglamentación de concesiones en el marco de la Ley de Modernización del Estado en programa de cooperación del Banco Interamericano de Desarrollo BID, entre Mayo y Octubre de 1994.

El Salvador en asesoría al Ministerio de Obras Públicas de Transporte y luego, a Grupo de Trabajo de la Presidencia de la República, para definir políticas y proyecto de Ley de Concesiones de Obras y Sistemas de Transporte, 1996 - 1997, en el marco de la Cooperación Técnica de la **AID**.

Bolivia, en asesoría al Ministerio de Desarrollo Económico, Viceministerio de Transportes, Telecomunicaciones y Aeronáutica Civil redactó los proyectos de Ley General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte N° 1.874 de 22 de junio de 1998 y de su Reglamento Orgánico aprobado por D.S. N° 25.253 de 18 de diciembre de 1998. Luego, asesoró la organización de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte y primeros proyectos de concesión y a la Municipalidad de Santa Cruz de la Sierra, entre los años 1997 y 2000, en cooperación de la Corporación Andina de Fomento (CAF).

En Chile, prestó y dirigió servicios de consultoría multiprofesional de estudio y licitaciones de las primeras concesiones municipales de estacionamientos subterráneos bajo bienes nacionales de uso público, en los años 1995 a 1997, Municipalidades de Santiago, Valparaíso, Providencia y Vitacura.

Es Miembro Titular de la Comisión de Concesiones de la Cámara Chilena de la Construcción, desde el año 2000.

Ha sido columnista de prensa especializado y ha dictado conferencias y seminarios, nacionales e internacionales sobre infraestructura pública y sistemas de concesiones.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. CONCEPTOS GENERALES SOBRE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PÚBLICA, CONCESIONES Y EXPERIENCIAS MODERNAS EN AMÉRICA LATINA	2
1. CONCEPTOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONCESIONES	2
1.1. Marco Conceptual General	2
1.2. Sistemas Jurídicos de las Concesiones en América Latina	5
1.3. Concesiones Municipales	5
1.4. Análisis Conceptual de Concesión y Privatización	6
2. EXPERIENCIAS DE CONCESIONES EN AMÉRICA LATINA: MÉXICO, CHILE Y ARGENTINA ...	7
2.1. Antecedentes Históricos Generales en América Latina	7
2.2. Inversión y Operación de Empresas Extranjeras	8
2.3. Programa Mexicano de Carreteras	8
2.3.1. <i>Concesiones en Ampliación de la Red de Carreteras (1989 -95)</i>	9
2.3.2. <i>Las Concesiones de Carretera y el Contexto Macroeconómico</i>	9
2.3.3. <i>Características del Proceso Mexicano de Concesiones de Carreteras</i>	9
2.3.4. <i>Ventajas del Proceso Mexicano de Concesión de Carreteras</i>	10
2.3.5. <i>Desventajas del Proceso Mexicano</i>	10
2.4. Caso Chileno de Concesiones de Servicio Público	11
2.4.1. <i>Privatización de Sectores Productivos y de Servicios</i>	11
2.4.2. <i>Objetivos de la Política Macroeconómica en Chile</i>	12
2.4.3. <i>Telecomunicaciones</i>	12
2.5. Proceso Argentino de Privatizaciones y Concesiones	13
2.5.1. <i>Objetivos Sectoriales y Contexto de la Política Macroeconómica</i>	13
2.5.2. <i>Concesiones de Servicio Público</i>	14
2.5.3. <i>Concesiones de Obra Pública</i>	14
II. LA EXPERIENCIA CHILENA, EN PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ALGUNAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS	16
3. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LAS CONCESIONES EN CHILE	16
3.1. Puertos	17
3.1.1. <i>Descripción del Sector Portuario</i>	17
3.1.2. <i>Normativa de Concesiones Portuarias (Puertos Privados)</i>	18
3.1.3. <i>Órganos Estatales Reguladores</i>	18
3.1.4. <i>Desarrollo de Puertos Privados</i>	19
3.1.5. <i>Puertos Públicos</i>	20
3.1.6. <i>Concesiones a Privados en Puertos Públicos</i>	22
3.1.7. <i>Puerto de Mejillones</i>	23
3.1.8. <i>Proyecciones del Sector Portuario</i>	24
3.2. Sector Eléctrico	25
3.2.1. <i>Situación Sectorial</i>	26
3.2.2. <i>Política Sectorial</i>	26
3.2.3. <i>Política e Institucionalidad del Sector Eléctrico</i>	27
3.2.4. <i>Organismos Estatales de Regulación Sectorial</i>	27

3.2.5.	<i>Sistema Integrado Central (SIC)</i>	29
3.2.6.	<i>Sistema Integrado del Norte Grande (SING)</i>	30
3.2.7.	<i>Los Sistemas Integrados del Sur</i>	31
3.2.8.	<i>Principales Efectos Económicos y Sectoriales de la Política Eléctrica</i>	32
4.	LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA EN CHILE. PARTE GENERAL	34
4.1.	Objetivos de La Ley y Política de Concesiones de Obras Públicas	34
4.2.	Institucionalidad y Procedimientos	35
4.2.1.	<i>Régimen Jurídico Vigente en Concesiones de Obras Públicas</i>	35
4.2.2.	<i>Características Destacables de la Legislación</i>	35
4.2.3.	<i>Concepto Legal de Concesión de Obras Públicas</i>	36
4.3.	Institucionalidad Pública	36
4.3.1.	<i>Entidades Públicas Competentes</i>	36
4.3.2.	<i>Sistema de Aprobación de Proyectos</i>	37
4.3.3.	<i>Concepto Legal de Obra Pública Fiscal por Concesión</i>	37
4.4.	Esquema de Negocio y Licitación	38
4.5.	Marco Licitatorio y Contractual de las Concesiones	38
4.5.1.	<i>Factores Económicos de la Concesión y Licitación</i>	38
4.6.	Licitación de Concesiones. Tipo y Participantes	40
4.6.1.	<i>Licitación Nacional o Internacional</i>	40
4.6.2.	<i>Precalificación</i>	40
4.6.3.	<i>Bases de Licitación y Serie de Preguntas y Respuestas</i>	40
4.6.4.	<i>Solemnidades de la Oferta y de su Entrega</i>	42
4.7.	Representación del Ministerio en el Contrato de Concesión y sus Atribuciones	42
4.7.1.	<i>Durante la Licitación</i>	42
4.7.2.	<i>Representación del MOP y Fiscalización del Contrato de Concesión</i>	43
4.7.3.	<i>Regulación de Intervención de la Concesión</i>	45
4.7.4.	<i>Obligaciones de Información de la Concesionaria</i>	46
5.	NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ...	47
5.1.	Normativas de Derecho Público y Privado Aplicables	47
5.1.1.	<i>Normativa de Derecho Público Aplicable a la Concesión</i>	47
5.1.2.	<i>Normativa de Derecho Privado Aplicable a la Concesión</i>	48
5.2.	Perfeccionamiento del Contrato de Concesión	48
5.3.	Contrato de Concesión y IUS VARIANDI del Estado	48
5.4.	Modificaciones al Contrato y Obra en Concesión	50
5.4.1.	<i>Orden de Modificar Obras por Causal de Interés Público</i>	50
5.4.2.	<i>Modificación de Obras del Contrato por Mutuo Acuerdo</i>	51
5.5.	Revisión del Contrato de Concesión por Causa Sobreviniente	51
6.	PRINCIPALES TEMAS ECONÓMICOS Y DE FINANCIAMIENTO DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE	52
6.1.	Elementos Económicos de las Concesiones de Obras Públicas en Chile	52
6.1.1.	<i>Supuestos Macroeconómicos para estas Concesiones</i>	52
6.1.2.	<i>Características Económicas Propias de los Proyectos de Concesión de Obras Públicas</i>	52
6.2.	Capital de la Sociedad Concesionaria	57
6.2.1.	<i>Requisitos de Capital</i>	57
6.2.2.	<i>El capital propio que Requiere la Concesionaria Resulta de la Evaluación del Proyecto</i>	57

6.3.	Los Ingresos de la Concesión y su Administración	57
6.4.	Garantías del Concesionario al Ministerio	58
6.4.1.	<i>Tipos de Garantías al MOP Durante la Concesión</i>	58
6.4.2.	<i>Incumplimientos del Concesionario que Facultan al MOP para hacer Efectiva la Garantía del Contrato</i>	59
6.4.3.	<i>Garantías del Concesionario a sus Financistas</i>	59
6.5.	Ingresos Mínimos Garantizados por el Estado (IMG)	60
6.5.1.	<i>Concepto y Definición</i>	60
6.5.2.	<i>Ingreso Mínimo Garantizado e Institución de Rentabilidad Compartida</i>	60
6.6.	Prenda Especial de Concesión de Obra Pública	61
6.7.	Norma Especial de Financiamiento Bancario a los Contratos de Concesión de Obras Públicas	62
6.8.	Quiebra del Concesionario	62
6.9.	Distribución de Riesgos del Contrato de Concesión	63
6.9.1.	<i>Principio del Riesgo y Ventura en los Contratos de Concesión</i>	63
6.9.2.	<i>Distribución de Riesgos de los Proyectos</i>	63
6.10.	Hechos Sobrevinientes o Ruptura del Equilibrio Contractual	66
6.10.1.	<i>Conceptos Generales y su Presencia en la Legislación de Varios Países</i>	66
6.10.2.	<i>Necesidad Estatal de su Estipulación</i>	66
6.10.3.	<i>Hecho Sobreviniente en la Ley de Concesiones Chilena de Obras Públicas de Chile</i>	67
6.11.	Riesgo de Tránsito	68
6.12.	Seguro de Cambio o Mecanismo de Cobertura Cambiaria (MCC)	69
6.12.1.	<i>Rechazo Inicial a un Mecanismo de Seguro de Cambio</i>	69
6.12.2.	<i>Seguros de Cambio</i>	69
6.12.3.	<i>Contenido del Mecanismo de Cobertura Cambiaria</i>	71
6.12.4.	<i>Oferta MOP de Incorporar el MCC en Contratos Vigentes</i>	71
6.13.	Régimen Tributario	72
6.13.1.	<i>Conceptos Generales</i>	72
6.13.2.	<i>Objetivos de las Normas Tributarias Incorporadas por la Ley 19.460 de 1996</i>	72
7.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	75
7.1.	Etapa de la Construcción	75
7.2.	Actuaciones Preliminares a la Construcción	75
7.3.	Régimen Jurídico de la Concesión, Etapa de la Construcción	75
7.4.	Régimen Jurídico de la Concesión, Etapa de Explotación	76
7.5.	Establece un Sistema Especialísimo de Conciliación y Arbitraje para la Resolución de Conflictos	76
7.6.	Terminación del Contrato y de la Concesión	80
7.6.1.	<i>La Cesión del Contrato de Concesión</i>	80
7.6.2.	<i>Causales de Terminación de la Concesión</i>	81
8.	PROYECTOS DE CONCESIÓN POR INICIATIVA PRIVADA	84
8.1.	Antecedentes Históricos	84
8.2.	Procedimientos y Etapas	85
8.2.1.	<i>La Etapa de "Presentación", (Art. 4° del Reglamento)</i>	85
8.2.2.	<i>La Etapa de "Proposición"</i>	85
8.3.	Derechos Involucrados al Concluir la "Proposición"	86
8.3.1.	<i>Caso de "Proposición" Aprobada</i>	86
8.3.2.	<i>Caso de Rechazo de la Proposición</i>	87
8.4.	Presentaciones de Origen Privado	88

8.5.	Obras de Iniciativa Privada Licitadas	88
8.5.1.	<i>Obras Viales por Concesión de Iniciativa Privada</i>	88
8.5.2.	<i>Obra Vial por Iniciativa Privada en Licitación como Estatal</i>	89
8.5.3.	<i>Concesiones de Aeropuertos en Iniciativa Privada</i>	90
9.	RESEÑA DE LOS PROGRAMAS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS	91
9.1.	Obras Licitadas	92
9.2.	Proceso de Licitación de Concesiones de Obras Públicas	93
9.2.1.	<i>Obras Camineras</i>	93
9.2.2.	<i>Concesiones de Obras Aeroportuarias</i>	95
9.2.3.	<i>Obras de Cárceles</i>	96
9.2.4.	<i>Concesiones de Obras Hidráulicas</i>	97
9.2.5.	<i>Ferrocarriles, Metro y Estaciones Intermodales</i>	98
9.2.6.	<i>Otras Concesiones</i>	98
9.3.	Cuadro Resumen Obras por Concesión Licitadas de Norte a Sur	98
9.4.	Próximas Licitaciones de Concesiones	101

ANEXOS 102

1. LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE
2. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE
3. LEY GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE DE BOLIVIA
4. REGLAMENTO ORGÁNICO DE LA LEY GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE DE BOLIVIA
5. TRABAJO DE CONSULTORÍA GUSTAVO MANRÍQUEZ LOBOS Y JUAN ENRIQUE MIQUEL M.: OPCIONES DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE LA DIRECCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE

INTRODUCCION.

En América Latina en los últimos 15 años, las nuevas formas de gestión económica han llevado a que se transfiera desde el Estado a los particulares la prestación de servicios públicos o de utilidad pública al privatizar activos estatales, o mediante nuevas empresas mixtas o por concesiones de servicios sanitarios¹, eléctricos, de distribución de gas, telecomunicaciones, telefonía, correo, etc.

Después, se desarrollan formas de participación privada para la construcción y operación de Infraestructuras Públicas, mediante concesiones de obras públicas, adecuadas a las exigencias de la economía moderna y a la prestación de esos servicios públicos dotados de mayores estándares de calidad y seguridad. Estos programas se refieren a:

- mejoramiento de obras existentes, o
- a construcción de obras nuevas, y
- a menudo, en programas mixtos de obras o partes de ellas nuevas y otras a recuperar o mejorar para su operación más moderna y segura.

Las concesiones de obras públicas se utilizan principalmente en **CARRETERAS**, por el déficit y bajo nivel de calidad y servicialidad anterior de esas obras y en **AEROPUERTOS**, los que, en pocos años, se han concesionado en casi en todos estos países.

Ciertos procesos en algunos países alcanzaron gran importancia económica y social como los más de 5.300 Kms. de carreteras de cuota (o peaje) en concesión construidos en México entre 1988 y 1995. Otros procesos de concesión de carreteras o de vías expresas urbanas se han desarrollado en Argentina y Brasil, que por su tamaño son significativos.

Como contrapartida el **CASO CHILENO**, es interesante de estudiar por lo variado de sus políticas en los diversos sectores de actividad y por los programas de concesiones de obras públicas, sostenidos por más de una década, si bien el menor tamaño del país hace que los montos de inversión sean comparativamente menores, pero la gran competencia de empresas nacionales y extranjeras ha asegurado inversiones y tarifas razonables.

En esta exposición procuraremos analizar este último proceso en 4 secciones:

- I. Conceptos Generales de Participación Privada en Infraestructura Pública y Concesiones y Experiencias Modernas en América Latina.
- II. Modelos chilenos de Participación Privada en Otras Infraestructura.
- III. Marco conceptual de las Concesiones de Obras Públicas en Chile, en especial de carreteras y aeropuertos.
- IV. Programas de Concesiones de Obras Públicas en Chile.

Además, en el material anexo del seminario se agrega información técnica y legal.

¹ Provisión de agua potable, alcantarillado, tratamiento de aguas servidas y disposición final.

I. CONCEPTOS GENERALES SOBRE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PÚBLICA, CONCESIONES Y EXPERIENCIAS MODERNAS EN AMÉRICA LATINA.

1. CONCEPTOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y CONCESIONES.

1.1. MARCO CONCEPTUAL GENERAL.

La concepción económica predominante en el mundo globalizado, disminuye el rol económico directo del Estado y expande la acción privada.

Así, en la última década la mayoría de los países de América Latina, han privatizado las empresas estatales productivas de bienes y aquellas proveedoras de servicios, incluidos los bancos, o están próximos a privatizarlos.

En cambio, hasta finales del siglo pasado en América Latina y el mundo, predominó la noción del Estado como responsable de planificar, decidir, financiar, construir y operar las infraestructuras de obras y servicios públicos.

Las políticas públicas, principalmente macroeconómicas y fiscal, buscan eliminar las actividades del Estado como productor de bienes y prestador de servicios, fundándose en los conceptos de:

- saneamiento de las finanzas públicas,
- eliminación o regulación del déficit fiscal,
- limitación del gasto público,
- necesidades recaudatorias del Fisco y
- en ocasiones, el mero ahorro fiscal de las pérdidas operativas por la mala gestión de las servicios o empresas públicas.

Lo anterior, conduce a **PRIVATIZAR ACTIVIDADES** o al desarrollo de **POLITICAS DE PARTICIPACION PRIVADA** en sectores productivos o de servicios e infraestructuras públicas, estas últimas tanto en su construcción como en su operación.

Entre los fundamentos de estas políticas también destaca la necesidad de mejorar las infraestructuras y servicios públicos para elevar su calidad y seguridad, en especial mediante la oportuna y adecuada conservación de las obras.

O simplemente, los nuevos conceptos de **ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA** llevan a revisar y suprimir las restricciones legales, económicas y administrativas que existían o aún existen, para incorporar y ampliar la contratación que el Estado hace a los privados de estudios y proyectos preliminares, así como en la construcción, rehabilitación y conservación de las obras.

Las principales formas de modernizar el Estado en infraestructuras y servicios públicos, son:

A) **LA PRIVATIZACIÓN DE SECTORES O DE ACTIVOS**, como ha ocurrido en diversos países en generación y transmisión eléctrica, transporte terrestre, marítimo y aviación comercial, en puertos marítimos, fluviales o lacustres y en telecomunicaciones, telefonía, correo y otros .

En estos casos, por regla general, se desregula el sector para eliminar el monopolio estatal y se venden las empresas existentes. El Estado generalmente dicta nuevas normativas genéricas y tarifarias para ese sector económico y crea una agencia (a menudo denominada, Superintendencia) destinada a fiscalizar la operación y velar por los intereses generales de la nación y particularmente, de los usuarios.

B) **LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO**, con o sin privatización de los activos de las empresas públicas que antes los prestaban.

Ejemplo: en Chile se privatizaron enteramente las empresas públicas de servicios eléctricos de generación y transmisión, y las de telecomunicaciones, vendiendo los activos estatales preexistentes y cediendo la respectiva concesión de servicios en los territorios operacionales. En cambio, en Colombia, se optó por la inversión y gestión privadas con concesiones temporales prolongadas, que revertirán al Estado, en un largo plazo.

C) **LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**, sean ellas de obras singulares o de sistemas de ellas, con propiedad, regulación y control estatales e inversión y gestión privadas.

En ellas se regula la construcción y operación por los particulares de obras o de sistemas de ellas, con una relación legal y contractual, sujeta a plazos largos que permitan amortizar la inversión inicial y pagar el costo de operación, los que se recuperan mediante cobro (peajes- tasas) a los usuarios de las obras.

Este sistema ha tenido auge en los últimos años. El Estado regula legal y reglamentariamente el sector y existe un contrato que la detalla para la obra misma.

D) **CONTRATOS DE GESTIÓN GLOBAL DE RED VIAL**. Se contrata la conservación de una red vial precisa con una empresa privada, previa definición licitatoria y contractual del estándar que debe tener la obra y sus servicios, durante el período plurianual (3-5 años), basado en un cálculo de las obras y prestaciones a ejecutar en la red. Se controla y se paga directamente por el Estado.

Es equivalente a una concesión de conservación o mantenimiento vial que se puede otorgar a un particular. Difiere en que en la concesión el pago se hace directo por el usuario y en este caso, el financiamiento es hecho por el ente publico central o municipal responsable.

E) CONTRATOS O CONCESIONES PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DENTRO DE EMPRESAS O SERVICIOS PÚBLICOS. Es una fórmula intermedia usada para modernizar empresas o servicios públicos en ciertas obras o sistemas sin privatizar su propiedad, pero en ellos se admite a empresas privadas para la prestación - en todo o parte - de esos servicios, con competencia o como monopolio regulado. Ello puede ocurrir actualmente en numerosos servicios o empresas públicos, tales como:

- **Puertos públicos o privados**, para labores de carga y descarga, abastecimiento, etc.,
- **Ferrocarriles**, en que todos o parte de sus servicios se prestan por privados,
- **Servicios de Aseo y Recolección de Basura**, por empresas que participan de licitación municipal, para contratos plurianuales periódicos,
- **Aeropuertos Públicos**, en que, como mínimo, se contrata a privados la gestión de sus estacionamientos, aseo, salones, locales comerciales, servicios de plataforma (combustible, carga y otros), etc.

Incluso, sistemas similares se utilizan por empresas privadas que contratan ciertas inversiones y ejecución de obras y la posterior prestación de esos servicios para sí mismas y/o terceros, a otras empresas privadas. Ello ocurre cuando la obra y sus servicios se apartan del giro exclusivo o principal de la empresa convocante. Ej.: en Chile, un puerto especializado para la empresa eléctrica EDELNOR, en Mejillones para abastecer la central eléctrica, que sólo requería un puerto a granel. La empresa que construyó ese primer puerto lo opera para prestar esos servicios a granel al mandante y amplió la obra y servicios para ofrecer capacidad adicional de carga a granel al convocante y a terceros.

Actualmente, los programas de **PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA**, superan las barreras "ideológicas o políticas" tradicionales, pues se subordinan a las políticas fiscales según las condiciones económicas generales y las del respectivo sector de la infraestructura o los servicios públicos de cada país, al implementarlas. Son estos conceptos los que precisan los objetivos y formas de los programas.

Así, entre el 82 y el 92, los Gobiernos de Francia y España, ambos presididos por socialistas moderados, que debían mejorar rápidamente sus infraestructuras de transporte terrestre, usaron sistemas opuestos. **Francia** construyó algo más de 6.000 Kmts de Autopistas de alto estándar, por concesión. **España**, en cambio, que en el 82 sufrió un golpe fuerte en las concesiones viales, por una cláusula de "seguro de cambio" (divisas) que amplificó una crisis del sistema, materializó un enorme programa fiscal de autovías y ferrocarriles rápidos, que expandió intensa y críticamente el gasto público, hasta tener que paralizar el programa a fines del 92, como consecuencia de la crisis fiscal.

Otro ejemplo: Bolivia, dió en concesión transitoria en 1995 el Lloyd Aéreo Boliviano, con un pago al Estado de US\$ 25 millones, por aquélla, cuando Chile había privatizado el 100% de LAN-CHILE, 7 años antes.

1.2. SISTEMAS JURÍDICOS DE LAS CONCESIONES EN AMERICA LATINA.

En general, el régimen jurídico de los países latinoamericanos, derivado del derecho romano y del colonial español, con un diverso grado de desarrollo en cada país y legislación general o especial aplicable, distingue tres tipos básicos de concesiones:

- Las **concesiones de uso público**, consisten en un permiso de autoridad para utilizar un bien nacional de uso público o estatal, para ciertos objetos. Ej.: concesiones de playa y las de litoral, éstas para puertos u otros servicios similares.
- Las **concesiones de servicio público**, consisten en un permiso o acto de autoridad administrativa para ejercer cierta actividad, por un plazo determinado o indefinido, sobre un territorio operacional, en condiciones de monopolio natural o de cierta competencia, en que el Estado regula el régimen tarifario y sus condiciones operativas. Los activos pueden ser total o parcialmente estatales o pertenecer a la empresa operadora que, en este caso, es un ente económico plenamente autónomo.
- Las **concesiones de Obra Pública**, destinadas a su construcción, conservación y operación.

1.3. CONCESIONES MUNICIPALES.

En varios países su régimen municipal establece, dos instituciones asimilables, que son:

A) El **permiso**, para el uso de bienes nacionales de uso público o municipales. Por lo general, es asimilable al concepto de "concesión de uso público", de los cuales, el más conocido es el "permisos para uso de calles", con fines comerciales.

B) La **concesión municipal**. Las que se conciben y aplican de modo amplio, con muy poca regulación lo que permite gran flexibilidad para su adaptación a otras figuras económicas modernas, contratadas como "concesión", de servicios o de obras públicas, Ej.: construcción y operación por privados y pago municipal.

Su debilidad radica en la falta de reglamentación, en las carencias de garantías a otorgar por el concesionario a los terceros financistas o garantes del financiamiento por la no existencia de propiedad inmueble, en los limitados territorios de los municipios, que generan obras o servicios muy locales y la misma debilidad económica y de facultades de éstos últimos.

Ambas, pueden usarse en las diversas actividades municipales y en especial para:

- servicios sanitarios, de su dependencia,
- obras viales urbanas, en ciudades como en Buenos Aires en que se construyeron y operan ciertas autopistas elevadas de alto estándar urbano,

- manejo del subsuelo de bienes públicos o municipales, lo que posibilita importantes obras en comunas de grandes ciudades para estacionamientos vehiculares públicos subterráneos, o pasos peatonales con locales comerciales u otros objetos de interés.

1.4. ANÁLISIS CONCEPTUAL DE CONCESIÓN Y PRIVATIZACIÓN.

La privatización de empresas o de activos estatales y las concesiones de obras públicas son modos diversos de participación de particulares, en ciertas actividades económicas. Sin embargo, pueden presentar diferencias conceptuales y prácticas.

La privatización implica una transferencia de dominio de activos existentes del Estado, a particulares. La propiedad privada se adquiere completa, con todos sus atributos de gestión y enajenación.

La concesión de obra pública privatiza la gestión, pero implica la propiedad estatal de las obras, que es de su esencia. A su vez, la gestión se regula por el marco legal y por el contrato (fijado por las Bases de Licitación y oferta ganadora).

El alto interés público de las obras en concesión, no permite privatizarlas y justifica la propiedad y regulación (control) estatal. Este concepto difiere de la noción **sajona del BOT** o del **BOOT** y otras similares, que ha divulgado el Banco Mundial (Build, Operate and Transfer o Build, Own, Operate and Transfer).

Dicha propiedad estatal de las obras, genera la necesidad de un régimen especial de garantías, para financiamiento de estos proyectos.

A cambio de la inversión y gestión en contratos de concesión, el concesionario y sus financistas pueden recuperar su inversión y costos y obtener una ganancia, más o menos regulada y/o asegurada, por:

- A) la fijación contractual de tarifas máximas,
- B) eventuales subsidios,
- C) posibles garantías estatales de uso (tránsito) o ingresos mínimos, y
- D) de aportes o pagos del Estado al concedente que resultan de las Bases de Licitación y de la oferta adjudicada.

2. EXPERIENCIAS DE CONCESIONES EN AMÉRICA LATINA: MÉXICO, CHILE Y ARGENTINA.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS GENERALES EN AMÉRICA LATINA.

En el período colonial en Iberoamérica, se usaron peajes y pontazgos para financiar obras. Los primeros puentes de madera sobre ríos y algunos tramos de caminos, se financiaron con pontazgo y peajes a carretas y mulas de carga.

Durante la República, en diversos países continuó el desarrollo de caminos, puentes y puertos, por concesiones de peajes.

Varios entre los primeros ferrocarriles latinoamericanos se iniciaron o desarrollaron como inversión privada, algunos de los cuales aún se encuentran en operación con dicho estatuto jurídico, por lo general muy deteriorados y dedicados sólo a carga.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, desde mitad del siglo XX, se abandonó la construcción y operación privada o en concesión de obras camineras y ferroviarias, asumiendo el Estado como el único proveedor y operador de diversas infraestructuras públicas. Así, la inversión privada se sustituye por la estatal y el cobro de peajes se suprime para reemplazarlo por el financiamiento del presupuesto público.

El rol económico del Estado se reforzó por la Teoría Económica Keynesiana, que le otorgó el papel de regulador de los ciclos económicos. Esa doctrina fue muy divulgada tras la crisis económica mundial de fines de los años 20 de ese siglo.

También, la CEPAL, tras la Segunda Guerra, instó por el rol del Estado como promotor del desarrollo nacional y a favor de la sustitución de importaciones, para la industrialización de estos países.

En los años 60 la "Alianza para el Progreso" con sus afanes desarrollistas, reforzó dicha tendencia del activo rol económico estatal.

Chile, a fines de los '80, privatizó los activos estatales en empresas de telefonía y las principales de electricidad, y a comienzos de los años 90 estructuró programas de inversión privada en puertos y concesiones de obras públicas en carreteras y aeropuertos.

México, a fines de los 80 fue pionero en un masivo programa de concesiones para construir carreteras de alto estándar y en los 90, desarrolló programas de participación privada en servicios sanitarios y otorgó en concesión redes de aeropuertos y ferrocarriles.

Argentina, en los años 90, dió en concesión carreteras existentes para ser conservadas y operadas así como programas de obras nuevas, además de privatizar o dar en concesión los servicios públicos en todas las áreas, tales como empresas eléctricas, Aerolíneas Argentinas, puertos, telefonía, servicios sanitarios, trenes, carreteras, etc. Debe remarcarse que a pesar de la grave crisis que ha azotado a ese país en 2001 y 2002,

ninguno de esos servicios ha fallado ni presentado los problemas de carencia de servicios que existieron en los años anteriores a estas privatizaciones o concesiones.

Brasil, se incorporó a estos procesos en los años 90, vendiendo importantes industrias estatales, incluidas las acerías y licitó las empresas públicas eléctricas y de telefonía. Por su parte, en programas del Gobierno Federal y de algunos estados, entre los cuales destaca Sao Paulo, ya llega a 9.000 Kmts. de carreteras de peaje, habiendo realizado las últimas por sistema de concesión, si bien muy cerrado a las empresas brasileñas.

Perú ha desarrollado programas de privatización de empresas productivas y de prestación de servicios públicos estatales en puertos y concesiones de aeropuertos y carreteras.

Otros países, como Bolivia, Colombia y Ecuador prepararon nuevos marcos legales para ejecutar programas y obras en diversos ámbitos.

2.2. INVERSIÓN Y OPERACIÓN DE EMPRESAS EXTRANJERAS.

Debe destacarse que, en todos estos países, desde el inicio de las privatizaciones o importantes programas concesiones o en una etapa posterior sea en los servicios eléctricos, en telecomunicaciones, portuarios, correos, aeroportuarios, ferroviarios y de carreteras se requiere de inversión o financiamiento extranjeros y ciertamente, en los procesos más exitosos o de gran tamaño, han postulado y postularán empresas europeas y/o norteamericanas o incluso, de otros países latinoamericanos

Aún hoy, por la anterior presencia de empresas extranjeras, en algunos países de Latino América y el Caribe el concepto de concesión puede generar rechazo por recuerdo o imágenes políticas de presencia o dominación extranjera.

El tema debe tratarse cuidadosamente al definir la política de implantación de estos sistemas y obras, pues para que ellas funcionen requieren de un grado importante de aceptación de los usuarios.

Para subsanar este problema, además, de la difusión y preparación comunicacional y las políticas adecuadas a la realidad de cada país, en los procesos mismos puede estimularse consorcios multinacionales y con empresas locales que postulen, pero sin distorsionar las condiciones económicas y de transparencia del negocio que se privatiza o licita en concesión. Este tipo de distorsiones, que siempre terminan pagando caro los usuarios, se presentan al exigirse consorcios con empresas nacionales escasas o por pedir se ocupe determinados tipos o cupos de trabajadores nacionales.

2.3. PROGRAMA MEXICANO DE CARRETERAS.

Entre 1989 y 1994, el Gobierno Mexicano impulsó un fuerte programa de inversión privada en infraestructura, en que predominaron las carreteras y de modo posterior, en servicios sanitarios y tratamiento de aguas servidas. De ellos, el programa vial fue muy grande e intenso. En el período se otorgó:

2.3.1. Concesiones en Ampliación de la Red de Carreteras (1989 -95)

A)	a PARTICULARES	:	3.485 Kmts.
B)	a BANOBRAS	:	237 Kmts (BANCO DE FOMENTO)
C)	a GOBIERNOS DE LOS ESTADOS	:	<u>1.626 Kmts</u>
	TOTAL EN CONCESIÓN	:	5.348 Kmts.
	NO CONCESIONADAS	:	<u>1.621 Kmts.</u>
	GRAN TOTAL	:	6.969 Kmts.

Para dimensionar la importancia de las obras construidas puede señalarse que en los mismos tiempos en un plazo de 10 años sólo el gobierno francés desarrolló un programa similar por concesión de algo más 6.000 Kmts. de "Autoroutes" de muy alto estándar.

2.3.2. Las Concesiones de Carretera y el Contexto Macroeconómico.

- Ese proceso representó un intento cíclico de iniciar la modernización y privatización de áreas económica que el Estado había desarrollado históricamente o que resultaron estatizadas por la crisis de los años 82 y siguientes.
- El primer objetivo es reactivar la economía del país, mediante una fuerte y concentrada inversión en construcción de obras públicas.
- Utiliza proyectos viales anteriores desarrollados por el Estado, sin optimización productiva y que no podían financiarse, por el presupuesto público, y
- Concentra el uso de los recursos sectoriales para conservar las vías existentes.

2.3.3. Características del Proceso Mexicano de Concesiones de Carreteras.

- El Programa fue priorizado por razones políticas, efectuado sin ley y sin preparación especial, ni competencias internacional,
- los agentes financieros existentes eran estatales, ya que el proceso fue liderado por la Banca que aún no se reprivatizaba,
- Los proyectos tienen inversión excesivamente alta, en un programa de obras que no se adecuó a estudios o estimaciones realistas de uso vehicular, ni estudió la disposición al pago de los usuarios,

- Sólo se licitó y contrató la construcción de obras nuevas, de alto estándar, su conservación y operación, con alta inversión inicial, sin graduarla en etapas, en función de aumentos de la demanda,
- Se licitó y adjudicó por factor "plazo", con tarifas prefijadas de valor alto por Km.,
- La recaudación tarifaria fue entregada en garantía a Fondos Fiduciarios (o con cesión de derechos de cobro), disociándose el negocio de la construcción del global de la concesión, ya que fueron empresas constructoras las que desarrollaron las obras y se generaron costos muy altos,
- Actuaron como **promotores estatales**: los Gobiernos Federal, Estatales y Municipalidades.
- **Promotores privados**: Constructores, técnicos, agentes financieros e Inversionistas.
- Todas las carreteras en concesión con pago de "cuota" o "peaje" disponían de una alternativa no tarifada.
- Las carreteras en concesión han tenido bajos flujos derivados de las altas tarifas y de la alternativa vial no tarifada.
- El programa concluyó con recompra (rescate) estatal parcial de concesiones, en parte pendiente.

2.3.4. Ventajas del Proceso Mexicano de Concesión de Carreteras.

- En un período corto mejoró fuertemente la disponibilidad de carreteras, en una cantidad de unos 5.348 Kmts. de vías de alto estándar,
- Gran expansión del tamaño de las empresas nacionales de la construcción,
- Mejora de las tecnologías disponibles en el país en la construcción y gestión vial, en especial de recaudación de peaje, sistemas de señalización, seguridad vial y del tránsito, etc., y
- Actualmente, se prepara el diseño de una segunda etapa con normativa ad-hoc y correcciones al proceso.

2.3.5. Desventajas del Proceso Mexicano:

- Actuó con un cronograma o " tiempo político" apresurado, sin tener condiciones generalizadas de mercado y sin un adecuado mercado de capitales privado,

- Proceso con "sobreinversión" y "sobrecostos", pues predominaron sin contrapesos los criterios de las empresas de construcción, en desmedro del equilibrio económico que debe mantener el negocio global de la concesión,
- Las altas tarifas llevan a un uso menor del necesario en estas concesiones,
- Necesidad de renegociar las concesiones o su financiamiento,
- El período difícil se agravó por crisis económica de mediados de los '90 y la lentitud del posterior "rescate".

En el largo plazo las obras han seguido operando pero la crisis económica mexicana posterior y la falta de recursos públicos para efectuar inversión fiscal, acentúa dos efectos negativos:

- a) bajo uso de la mayor parte de las obras, y
- b) las mayores empresas de la construcción están en quiebra o muy disminuidas.

2.4. CASO CHILENO DE CONCESIONES DE SERVICIO PUBLICO.

2.4.1. Privatización de Sectores Productivos y de Servicios.

Si bien en 1982, se dictó en Chile una Ley de Concesiones de Obras Públicas, ella no llegó a operar, por desencadenarse ese año la mayor crisis económica de finales del Siglo XX.

Ella llevó a que el Estado interviniera la banca y asumiera numerosas empresas productivas en quiebra o prequiebra, algunas de las cuales se habían privatizado o reprivatizado a fines de los años 70.

Años después, al iniciarse la recuperación económica y como parte de la política definida para ello, se organizó la privatización y capitalización de los Bancos y empresas productivas y de servicio, que estaban bajo transitorio control estatal. De este modo, se vendió las principales empresas estatales productivas, y se destaca de modo total, las áreas consideradas de servicio público:

- transporte marítimo,
- aviación comercial y
- transporte automotor terrestre.

Junto con ese proceso se redefinió las concesiones de servicio público y una política de privatización de empresas de:

- electricidad a partir de 1982 y 1986, y
- en telefonía fija desde 1988 y en la nueva inalámbrica, (móvil o celular) por zonas geográficas y finalmente, en la larga distancia.

Las concesiones pasaron a ser una mera autorización de funcionamiento de la autoridad con plazo indefinido. En cambio, mediante reforma legal se definió políticas y normas de tarificación a precio real, sin subsidios cruzados.

Luego, fueron licitadas las concesiones con privatización de los activos existentes, dando cierta ventaja a la capitalización de sus trabajadores.

2.4.2. Objetivos de la Política Macroeconómica en Chile.

La privatización de empresas públicas de los años 80 tuvo las siguientes características:

- Se priorizó el saneamiento y viabilidad de las empresas.
- No se enfatizó la "recaudación" fiscal.
- El precio obtenido por el Estado fue relativamente bajo, por las condiciones generales post-crisis de la economía.
- Se pidieron planes de desarrollo de las empresas mediante compromisos de inversión.

2.4.3. Telecomunicaciones.

En general, la telefonía local y la transmisión de larga distancia fue monopólica por años.

En la **telefonía fija**, los efectos propios de la privatización de las empresas concesionarias de servicio fueron amplificados por una transformación tecnológica y de mercado, aún mayor creada por:

- a) el vertiginoso ingreso y expansión de la telefonía móvil o celular,
- b) la extensión de los sistemas de transmisión de datos e imagen, por fibra óptica, y
- c) modificación técnico- legal de admitir el sistema de multi - portador o multicarrier.

Así, estos elementos se combinaron de modo rápido transformando totalmente el sector, que históricamente se articulaba por concesión de servicio público por ser considerado como monopolio natural, por lo que recibía una regulación tarifaria estimada necesaria y existía lentitud en materializar inversiones para expandir el sistema.

De este modo, el país pasará en pocos años de un sistema considerado monopolio natural y por lo tanto, muy regulado con poca dinámica e inversión retardada respecto a las necesidades, a un sistema que se caracteriza por la creciente competencia nacional e incluso internacional, con muy alta dinámica en su oferta y en expansiones de su capacidad instalada.

En el sector de telecomunicaciones, primero se constituyeron tres grandes empresas y cinco, medianas. En esa época, se zonificó el país otorgándose dos concesiones de telefonía celular por cada zona, iniciándose cierta competencia. La difusión masiva y baja de sus precios generó cierta competencia.

En 1994, por la vía de establecer y regular la operación de un "multicarrier", se abrió la competencia en las comunicaciones de larga distancia nacional e internacional, a la que ingresaron 9 operadores. Ella originó una baja de precios, en una intensa guerra de mercado. La estabilización de la multitransmisión, dejó como resultado 3 empresas mayores y muchas de rango menor.

La habilitación de sistemas de transmisión de señales por "cable de fibra óptica" y el uso de distintos sistemas satelitales, ha expandido muy fuertemente el área de las telecomunicaciones, expandiendo el mercado a la prestación de servicios: informáticos, televisivos y en general, abriendo la fase de los multimedia masivos.

Las empresas de telecomunicaciones, junto a las eléctricas por años se situaron, entre las más dinámicas y rentables del mercado y disponen de gran capacidad para invertir por su manejo de importantes recursos financieros propios y de mercado.

No parece necesario exponer conclusiones en esta parte, ya que en el capítulo siguiente se analizan experiencias de concesiones de servicio público y luego, las de obras públicas,

2.5. PROCESO ARGENTINO DE PRIVATIZACIONES Y CONCESIONES.

Las privatizaciones, con venta de empresas públicas y otros activos o concesiones de diverso tipo se iniciaron en los años 90 de modo extenso, rápido y generalizado, en las diversas actividades económicas estatales conjuntamente, como forma de enfrentar los ya críticos déficit presupuestarios públicos y las deficiencias severas que tenían diversos servicios públicos y de utilidad pública, tales como por ejemplo:

- a) insuficiencia de los servicios eléctricos con crisis de abastecimiento en ciertas condiciones de incremento de demanda,
- b) insuficiencias de servicios telefónicos,
- c) déficit de carreteras y falta de vías rápidas urbanas en Buenos Aires,
- d) déficit de Aerolíneas Argentinas y necesidad de mejorar su capital y gestión,
- e) necesidad de hacer operar los trenes suburbanos y urbanos en Buenos Aires, y
- f) necesidad de modernizar y hacer eficiente la gestión de los puertos de Buenos Aires y después, de diversos en la Hidrovía del Paraná.

2.5.1. Objetivos Sectoriales y Contexto de la Política Macroeconómica.

- Sanear las cuentas nacionales y el endeudamiento fiscal, por lo que al privatizar se persiguen objetivos simultáneos de:
 - i.- Disminuir el gasto fiscal (presupuesto) generado por las pérdidas operativas de las empresas o entes públicos y resolver sus necesidades de aumento de capital, y
 - ii.- Recibir fuerte inversión extranjera, para reestructurar la deuda externa.

- Sanear la inversión y sobretodo, operación de las empresas, asegurando la conservación de los equipos y maquinarias, abandonados en gestión estatal.
- Consolidar otros resultados de las políticas macroeconómica y fiscales como inflación, paridad cambiaria, política laboral y otros.

2.5.2. Concesiones de Servicio Público.

A comienzos de los años 90, en Argentina se actuó en:

- a) servicios eléctricos de generación y distribución, mediante concesiones con privatización de activos separadas,
 - b) telefonía fija y móvil (celulares),
 - c) servicios sanitarios y tratamiento,
 - d) puertos,
 - e) trenes suburbanos y
 - f) otros.
- Los procesos licitatorios indujeron gran participación de empresas extranjeras, que por lo general actuaron en consorcio con empresas o grupos económicos locales.
 - Algunas ventas de acciones de empresas fueron sólo parciales al inicio, para concluir la privatización cuando su precio mejoró por la acción privada.
 - Existieron ciertas rigideces en los procesos operativos, por interferencias políticas en materias de tarifas y laborales, que fueron superadas.

2.5.3. Concesiones de Obra Pública.

Ellas pueden desarrollarse por el gobierno federal, por las provincias y algunas de la ciudad de Buenos Aires, por Municipios.

- Al inicio de los años '90, se inician concesiones de carreteras, en un primer proceso destinado a la conservación y gestión de caminos existentes, sin obras iniciales y con cobro inmediato de peaje. Produjo reacción negativa de los usuarios y llevó a reformular el programa.
- En la segunda fase, se licitan concesiones de conservación y otras de obras nuevas.
- Se definen tarifas por Km., menores en los casos de concesiones de sola conservación.
- No se inicia el cobro de tarifas, sin haber realizado obras previamente, al menos de conservación o mejoramiento, señalización y la habilitación de otros servicios: como telefonía SOS., remolque, asistencia caminera y otros.

- Las concesiones de obra nueva corresponden a nivel nacional o municipal. En general, son en parte concesiones de obra nueva y en otra, de mejoramiento del estándar de obras existentes.
- Tienen gran importancia las obras de urbanas y suburbanas de Buenos Aires, Ej.: su Acceso Norte, principal del país y con menor uso el Acceso Oeste y las de largas distancias a partir de ella, como por Ej.: al Norte y a Mar del Plata (Ruta 2).
- Las concesiones viales son predominantemente ejecutadas por consorcio de empresas extranjeras (españolas e italianas) y algunas, nacionales.
- En general, el sistema ha funcionado eficientemente en la segunda etapa.
- Dificultades expropiatorias en el desarrollo de algunas obras, por motivos políticos retardaron el desarrollo de las obras. Se producen renegociaciones.
- Los servicios camineros (Vialidad Nacional y las provinciales), disminuyen su actividad y se concentra en los caminos no concesionados.

II. LA EXPERIENCIA CHILENA, EN PARTICIPACIÓN PRIVADA EN ALGUNAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS PÚBLICOS.

Como experiencias modernizadoras de la gestión estatal y de participación privada en la prestación de servicios públicos por concesión, se analizará la institucionalidad reciente y actual de los puertos y servicios eléctricos, cuyas características sectoriales definieron las modalidades y fases de su desarrollo.

Las concesiones de Obras Públicas propiamente tales, se tratarán separadamente.

3. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LAS CONCESIONES EN CHILE.

Las Concesiones de Uso Público se regulan por la normativa general o en la especial, del ente estatal que administra el bien público sobre el que recae, Ej. : el Ministerio de Bienes Nacionales o los Municipios, destacan entre ellas las concesiones de litoral que se otorgan para la construcción de puertos llamados "privados".

Las Concesiones de Servicio Público están sujetas al régimen legal específico de cada actividad económica. Así, hay normas específicas para:

- ❖ Servicios Sanitarios;
- ❖ Servicios Eléctricos;
- ❖ Servicios de Telecomunicaciones,
- ❖ gas de red tradicional, ahora con la competencia de las redes de gas natural,
- ❖ distribución de gas licuado, y
- ❖ Servicios de transporte público, según cada tipo: ferrocarriles, buses, etc.

Las Concesiones de Obras Públicas tienen una normativa legal única y de amplia aplicación, para regular la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales por concesión, prevista en el Art. 87 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

A modo de ejemplo analizaremos las políticas de los últimos años en puertos públicos y privados y en el sector eléctrico.

3.1. PUERTOS.

3.1.1. Descripción del Sector Portuario.

En los años 90 en Chile existían 11 puertos públicos y 25 puertos y terminales privados.

A) Reformas de los Años 80 para Operación Privada de Puertos Públicos.

Los puertos públicos corresponden al desarrollo histórico geográfico del país y los privados, eran a esa época el resultado de actividades de gran minería en el norte del país o madereras en el sur y sólo es una más reciente y limitada actividad la de los privados en puertos de carga general.

La construcción de los puertos públicos fue realizada, en diversas épocas, por el Ministerio de Obras Públicas, MOP y en las últimas décadas, se operaba por la Empresa Portuaria de Chile, **EMPORCHI**.

Ya en los años 80, EMPORCHI entregó la operación de las faenas portuarias públicas a empresas privadas que prestan todos los servicios, con grandes cambios en el sector, reflejados en fuertes aumentos de productividad y eficiencia.

Así, los puertos públicos, pasaron de monopolios operados por el Estado, a puertos cuya infraestructura era administrada por la EMPORCHI, en tanto las operaciones están a cargo de empresas privadas en competencia.

Otro importante cambio en los puertos chilenos fue su progresiva tecnificación, con introducción masiva de contenedores o muy en especial de modernos sistemas de carga de graneles y la tendencia a la integración de las redes de transporte terrestre con ellos.

Estos avances de gestión en los puertos públicos y privados optimizaron el uso de capacidad instalada, hasta alcanzar en varios de los puertos principales, a comienzo de los 90, niveles de utilización cercanos a los de saturación, con fuertes pérdidas al sistema por los días de espera de los barcos.

B) Superación del Déficit de Infraestructura Portuaria a lo Largo del País.

Entre 1990 y 94, el Gobierno se vio en la necesidad de retomar inversiones públicas portuarias, para instalar nuevos frentes de atraque, como para recuperar otros, en la zona centro y sur del país.

El programa estatal tuvo una inversión de unos US\$ 200 millones en infraestructura, ejecutadas con financiamiento del presupuesto nacional y alguna cofinanciación del Banco Mundial. Su costo total se ha estado reembolsando por EMPORCHI al Estado, en pocos años de operación, sin aumentar tarifas por la mayor actividad y utilidad generadas por las obras construidas.

El sector privado, también aumentó las obras e inversión, mediante la construcción o ampliación de frentes de mar propios para el embarque de sus productos, con sistemas automatizados. Destaca el puerto y el minero-ducto construidos por la empresa minera Escondida, que moviliza actualmente más de 1 millón de toneladas / año, propias y otras centenas de toneladas de otra minera (Outukumpu), con sólo 8 personas por turno.

Los nuevos puertos privados de carga general son:

- Ventana, Vª Región,
- Lirquén y Coronel, ambos en la VIIIª R. y
- Corral, en la Xª, desde 1993.

EMPORCHI, empresa estatal era la propietaria y operaba los puertos públicos y pese a sus resultados rentables, finalmente, a partir de 1997 se estimó que no lograría mantener la dinámica de inversiones sectoriales requeridas por el crecimiento sostenido de las exportaciones, que desde los 80 Chile impulsó con continua alza de los volúmenes de minerales, madera y derivados y frutas, que demandan infraestructura de transporte. El sistema portuario ha constituido pieza clave, pues moviliza el 90% del comercio exterior.

Hoy, en general, no sólo hay consenso sino que existe norma legal expresa para que las nuevas inversiones en infraestructura y sistemas portuarios se realicen por empresas privadas, incluso en puertos públicos en actual uso, salvo falta de interés en los privados.

3.1.2. Normativa de Concesiones Portuarias (Puertos Privados).

El régimen para la construcción y operación de puertos privados, se encuentra sujeto a la concesión de litoral, reguladas por la Ley sobre Concesiones Marítimas (DFL 340 de 06/04/60) y por su Reglamento D.S. 660 de 14/06/88.

Además, se aplican normativas de:

- Ley de Navegación,
- Ley Orgánica del MOP, en relación a funciones de la Dirección de Obras Portuarias,
- Ley General de Construcciones y Urbanizaciones, y
- Reglamento General de Orden, Seguridad y Disciplina en las Naves y Litoral.

El plazo de cada concesión varía de 5 a 30 años, según el monto de la inversión. Pueden renovarse esas concesiones, si se cumple con los fines y condiciones constructivas y operacionales del proyecto. Además, ellas pueden modificarse, prorrogarse, ampliarse, arrendarse o transferirse, con autorización previa, vía Decreto Supremo.

3.1.3. Órganos Estatales Reguladores.

Diversas autoridades estatales intervienen para otorgar y controlar concesiones de litoral.

La Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, [DIRECTEMAR] es la autoridad estatal que controla y fiscaliza la costa marítima y de los ríos y lagos navegables por buques de más de 100 toneladas, y

La **Dirección de Obras Portuarias del MOP, [DOP]** que construye o reconstruye la infraestructura de los puertos públicos y sus accesos, con financiamiento estatal, aprueba y controla los proyectos técnicos de los puertos privados en construcción y en operación.

De otra parte, para estimular la participación sectorial privada el Gobierno promovió proyectos y facilita el trámite administrativo de dicha concesión en un sólo proceso, en que participa:

- El Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Marina, quien es la encargada de otorgar la concesión respectiva;
- El MOP, que revisa el proyecto y supervisa la obra y su conservación;
- El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en lo relativo a la política tarifaria; y
- El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Los Gobiernos Regionales y ciertos Municipios han promovido o promueven proyectos portuarios.

3.1.4. Desarrollo de Puertos Privados.

En este sector, al inicio de los años 90, existía una fuerte necesidad de desarrollar puertos eficientes en apoyo a proyectos mineros o madereros, para facilitar el desarrollo exportador de ciertas Regiones (VIIIª, Xª y XIIª) y para resolver congestión (San Vicente) o problemas de deterioro por sismo o antigüedad de puertos fiscales muy importantes (San Antonio y Valparaíso).

Por ello, entre 1990 y 1995, se promovió y ejecutó una inversión portuaria de gran magnitud, en 16 Puertos existentes o nuevos, con un total de 24 sitios de atraque, en los cuales los particulares construyeron, financiaron y operaron 14 sitios y puertos especializados y de carga general, mientras el Estado hacía lo propio en otros de 10 sitios localizados en puertos complementarios.

Hay otro caso, que opera desde 1991, que corresponde al Sitio 1 Norte del puerto público de San Antonio, para concentrado de cobre a granel, que fue realizado y es operado por una empresa de la gran minería privada del cobre.

Ese proceso de construcción privada, no fue organizado por el Estado, pero lo facilitó y promovió, otorgando rápida autorización de las concesiones de litoral e ingenierías. En otro caso, postergó inversiones fiscales para posibilitar algunas privadas como el nuevo puerto privado en Coronel. Debe destacarse que es la iniciativa empresarial privada, la que ha aportado esta dinámica.

Además, en algunos casos los respectivos Gobiernos Regionales y/o los Municipios interesados han jugado un rol promotor y de cooperación en la creación o ampliación de puertos públicos o privados.

**PUERTOS CON
ADMINISTRACIÓN PRIVADA**

Tocopilla
Mejillones
Caldera
Ventanas
Oxiquim
Lirquén
Penco
Molo 500
Muelle CAO
Coronel Puchoco
Jureles
Corral
San José Calbuco
Muelle Micsa
Patillos
Caleta Michilla
Caleta Coloso
Chañaral
Huasco
Guayacán
Quintero
Las Salinas
T. P. San Vicente
Cabo Negro

3.1.5. Puertos Públicos.

A] Puertos Fiscales Comerciales. A inicios de los años 90, en Chile había 10 puertos fiscales mayores comerciales, principalmente históricos y los más nuevos habían sido construidos 20 años antes, a lo menos. En esos años se agregaron 2 puertos nuevos en la XIª y XIIª Región, en el extremo sur, y se rehabilitaron o ampliaron otros.

La Dirección de Obras Portuarias del MOP, que construye y/o reconstruye la infraestructura de los puertos fiscales, con financiamiento del presupuesto nacional, o de la Empresa Portuaria de Chile (EMPORCHI), era responsable de operar los puertos y de adquirir y mantener sus equipos.

Durante la década de los años 80, se configuró un sistema de operación al interior de las faenas portuarias que entrega a empresas privadas, con gran competencia, la prestación de todos los servicios de carga y descarga, abastecimiento, etc.

Entre 1990 y 1997, se efectuaron las siguientes obras portuarias estatales:

- A) reconstrucción del Muelle Barón, en Valparaíso, que volvió a operar en 1992 y que desde el presente año, 2002, se destina a operar cruceros,
- B) construcción del Sitio Cero del Puerto de San Vicente, Talcahuano, 1993, que se sumó a otros 2 sitios anteriores,
- C) construcción nueva de 1 Sitio en Chacabuco, XI Región, que permitió operar el nuevo puerto desde 1993,
- D) reconstrucción de 3 Sitios en el Puerto de San Antonio para carga general, para operación moderna de contenedores, que entraron en operación entre 1994 y 1995,
- E) reconstrucción de 3 sitios del Puerto de Valparaíso, que entran en operación en 1996 y 97, todos para carga general adecuada para la operación moderna de contenedores, y
- F) construcción de 1 puerto en Bahía Catalina, Punta Arenas, para carga general, que desde 1996 complementó al muelle anterior, el cual ahora recibe cruceros y pasajeros.

De ellos, el puerto de Chacabuco fue construido por **EMPORCHI** directamente y con financiamiento derivado de su propio presupuesto. Los demás, han sido financiados por la ley de presupuestos del Estado y algunos, con cofinanciación parcial del Banco Mundial. El costo total de las obras será reembolsado al Fisco, por la **EMPORCHI**, en pocos años desde su puesta en marcha, sin subir tarifas, por la mayor actividad y utilidad generadas.

Costos de Obras Portuarias: Se constató que las inversiones públicas y privadas tenían valores similares, de entre US\$ 9 y US\$ 14 millones por sitio, dependiendo de las condiciones del litoral, suelo y volumen del muelle. Los sitios especializados tienen una inversión menor y son muy mecanizados y automatizados. Destaca el Puerto Coloso, que mueve cerca de más de 1.000.000 toneladas / año y requiere sólo de 8 personas para su operación completa, por turno.

B] EMPRESA PORTUARIA DE CHILE, EMPORCHI.

Históricamente, la **EMPORCHI** operaba 11 puertos públicos definidos en su ley orgánica, desde Arica a Punta Arenas, con distancia extrema N – S de 4.200 Kms. (2.625 millas). El Presidente de la República, puede autorizar otros. Pero, si el Estado desea nuevas concesiones de territorio marítimo para construir puertos, deben tramitarse igual que las de privados. Es decir, obtenidas por la Dirección de Obras Portuarias del MOP y otorgadas por la Dirección del Territorio Marítimo.

Si bien, era posible utilizar la normativa de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, para constituir y operar puertos públicos, durante 1997 el Gobierno de la época tramitó un proyecto especial para la EMPORCHI, que originó la Ley N° 19.452 publicada en Diciembre de 1997, que crea 10 empresas públicas regionales y prescribe el funcionamiento de ellas con concesiones y operación de privados, de modo preferente.

PUERTOS de empresas regionales EX – EMPORCHI		
Nombre	Ubicación	Manejo de Puerto
Arica	Iª Región	prepara 2ª licitación en concesión
Iquique	Iª Región	
Antofagasta	IIª Región	en concesión
Coquimbo	IIIª Región	
Valparaíso	Vª Región	en concesión
San Antonio	Vª Región	
Talcahuano*	VIIIª Región	en concesión
San Vicente*	VIIIª Región	
Puerto Montt	Xª Región	en concesión
Chacabuco	XIª Región	
Pta. Arenas	XIIª Región	

Ambos puertos constituyen la empresa de la VIIIª Región.

3.1.6. Concesiones a Privados en Puertos Públicos.

Por la Ley N° 19.452 de 1997, **EMPORCHI** se transformó en 10 empresas portuarias autónomas, que cubren los 11 puertos públicos ubicados en 8 de las 13 regiones del país, que podrán competir entre sí y con otros puertos públicos o privados de su región.

Desde inicios de 1998 las empresas ex-EMPORCHI se limitan a administrar, explotar, mantener y desarrollar la infraestructura, excluyendo la prestación de servicios a las naves o a la carga, salvo en forma subsidiaria. Además, toda nueva infraestructura portuaria deberá hacerse por concesión.

Respecto a la administración de los puertos estatales, se buscó reforzar la autonomía y descentralización de la actividad portuaria, promoviendo competencia entre ellos, en especial entre los puertos de Valparaíso y San Antonio, que originan empresas diferentes.

Las nuevas empresas propietarias y administradoras de los puertos estatales deberán incentivar su desarrollo y promover una operación eficiente y moderna, acorde a su objeto social. Los directivos y ejecutivos, responderán como personas y profesionales por su desempeño, según la normativa exigible en las sociedades privadas. Su evaluación de desempeño velará por la maximización del beneficio social.

Las funciones de las nuevas empresas publicas portuarias son:

1. Fijar tarifas por los servicios que presten y por uso de los bienes que exploten directamente;
2. Coordinar la operación de los agentes y servicios públicos que intervengan al interior de los recintos portuarios;
3. Formular el "plan maestro" y el "calendario referencial de inversiones" de los puertos y terminales que administren, y
4. En general, elaborar y supervisar el cumplimiento de la reglamentación necesaria para los puertos y terminales que administren, **incluido el de uso de frentes de atraque.**

Por ello, las empresas públicas regionales han continuado externalizado aún más su operación, incorporando privados para optimizar el interés social, sea como operadores o bajo la modalidad de concesión.

Entre los años 1998 y 1999 se licitaron concesiones sobre los principales puertos públicos, con las siguientes modalidades:

- a) Modalidad de concesionario mono-operador por cada puerto, pero hay puertos que compiten unos con otros en las regiones,
- b) Modalidad de multioperadores para los servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa, y el porteo en los recintos portuarios, que deberán realizar particulares debidamente habilitados.
- c) Incompatibilidad de participar en concesionaria de puertos a las empresas que dispongan de un determinado volumen (%) de carga en la región u operen otro puerto competitivo en la misma región (publico o privado), y
- d) Las labores de almacenamiento y acopio que se realicen en los puertos que administren las empresas, podrán ser realizadas con la participación de éstas o por particulares.

Otro aspecto importante de la ley, es la definición explícita de los contratos de concesión como instrumento y mecanismo privilegiado para el desarrollo de nuevos frentes de atraque o el mejoramiento de los existentes. Con ellos en los puertos públicos los inversionistas pueden construir, mejorar y operar sitios y demás infraestructura con reglas claras y estables que faciliten su financiamiento y operación e incentiven el aumento de productividad y la integración de los modos de transporte.

3.1.7. Puerto de Mejillones.

La costa chilena en sus primeros 3.000 Kmts. desde el norte carece de bahías abrigadas y con suficiente profundidad para que sean capaces de recibir grandes barcos para transporte intercontinental, conocidos como Post Panamá, pues tienen un calado mayor que el admitido en ese canal. La excepción es la bahía de Mejillones, que se encuentra protegida en parte por una península al norte de Antofagasta.

El Estado decidió impulsar su construcción, tanto para generar progresivamente un gran puerto de alta capacidad regional y nacional como para atender a los países del MERCOSUR y del sector S-E del Pacífico.

En Mejillones, ya existía un sitio portuario ejecutado a inicios de los años 90, requerido por la empresa eléctrica EDELNOR, cuya construcción y operación se hizo mediante una concesión de empresa privada a otra.

Para forjar este nuevo paso, el Gobierno decidió crear una empresa portuaria mediante la División Norte de CODELCO, empresa estatal del cobre, que requiere mayor capacidad de carga por la expansión de la nueva mina (Radomiro Tomic) que se preparaba para entrar en explotación, además, de Chuquicamata que opera hace años.

Para ello, CODELCO² creó la Empresa Portuaria de Mejillones, la cual solicitó y obtuvo la concesión de litoral y los terrenos de respaldo, que también eran bienes públicos. Con ello inició los estudios requeridos para construir el puerto.

Luego en licitación internacional, se adjudicó el contrato de construcción y operación del tipo concesión de obra que se construye, mantiene y opera contra el pago que genera la explotación de la obra. La obra debe comenzar a operar en noviembre de 2003.

Para asegurar los flujos que fueren atractivos a los interesados, CODELCO garantizó una base de movilización de carga por el puerto de 1.000.000 de toneladas / año. Esta garantía implica que en caso de no alcanzar a movilizar en un año ese nivel de carga, CODELCO pagará la diferencia de precio entre el tonelaje transportado y el que correspondería al millón de toneladas. Este concepto fue una adaptación de la institución de los ingresos mínimos garantizados por el estado propio de las concesiones de obras públicas y que resulta fundamental para tener interesados en la concesión y en su financiamiento.

El financiamiento de la construcción se ha ejecutado con capital propio del consorcio³ chileno y créditos bancarios de corto plazo. Por su aporte, el Banco Interamericano de Desarrollo, lidera el financiamiento de bonos de largo plazo.

3.1.8. Proyecciones del Sector Portuario.

Como resumen, podemos señalar que:

- A) En 6 años (1991/96), se ejecutaron obras e inversión en 15 sitios privados y 10 fiscales todos en funciones, superando el anterior déficit, para sustentar la expansión de la economía nacional y la prestación de servicios a partir del Pacífico,

² CORPORACIÓN DEL COBRE DE CHILE, es la corporación estatal propietaria y administradora de la gran minería del cobre estatizada en 1971 y compite con grandes y modernas empresas privadas chilenas y extranjeras

³ Se trata de la unión formada por una empresa constructora y otra, naviera, que ya operan puertos propios, incluido el existente de carga a granel de Mejillones y otros estatales.

para regiones de países vecinos: Bolivia, Brasil y Paraguay en el Norte y la Argentina en el resto del país.

Con inversión pública y privada de unos US\$ 300.000.000 en infraestructura y de otros US\$ 200 millones en equipamiento operativo, se concluyó una primera fase, posibilitada por la sana situación económica del sector público y privado, y por la dinámica de una economía muy vinculada al comercio exterior que requiere crecientes servicios de transporte marítimo.

- B) Ha habido una significativa competitividad en precio y eficiencia entre el sistema público y privado de puertos, así como una complementación territorial.
- C) El Gobierno no efectuará nuevas inversiones en puertos fiscales. Pero, si la inversión privada no se concreta en plazos acordes con el auge exportador, el Estado deberá realizarlas, según la subsidiariedad del Estado, en materias productivas.
- D) Desde 1997, aprobada la Ley sobre EMPORCHI se han constituido las empresas públicas por puertos y se ha dado en concesión a privados los puertos o sitios fiscales mayores, como Iquique, Valparaíso, San Antonio y San Vicente - Talcahuano, que mueven los mayores volúmenes de carga general del país.
- E) En el área privada hubo importantes proyectos de expansión y actualmente existen puertos privados de carga general, como:

Ventanas, en el norte de la Vª Región,
Lirquén, al norte de la VIIIª Región,
Coronel, Al sur de la VIIIª Región, y
Corral, en el norte de la Xª Región.
- F) En las concesiones operacionales de los puertos públicos se abrió gran espacio a la inversión privada, nacional o internacional asociada, con predominio fuerte de los grupos nacionales y con aseguramiento de que los futuros desarrollos de infraestructura, serán realizados por privados.
- G) Las políticas sectoriales han evolucionado de manera rápida. De una primera fase de alta inversión pública y privada para superar déficit o congestión portuaria, se pasa a redefinir la actividad estatal para regular la concesión o arrendamiento a privados de los sitios portuarios.

3.2. SECTOR ELÉCTRICO.

El sector se organiza con concesiones de servicio público para abastecer de electricidad a la población y la actividad económica. Actualmente, no se regula las tarifas a los "grandes clientes" (empresas industriales, mineras o de servicio, Ej.: Metro de Santiago), sino sólo a los consumidores menores, principalmente población y empresas menores.

3.2.3. Política e Institucionalidad del Sector Eléctrico.

Acorde a la política económica del país, las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad son desarrolladas en Chile por el sector privado, cumpliendo el Estado una función reguladora, fiscalizadora y subsidiaria.

Las empresas tienen amplia libertad para decidir sus inversiones, comercializar sus servicios y operar sus instalaciones, por lo que responden del nivel de servicio que otorgan a cada segmento, acorde a las obligaciones legales, reglamentos y normas que forman el marco regulatorio del sector.

Hoy participan de la industria eléctrica nacional un total de 26 empresas generadoras, 5 empresas transmisoras y 36 empresas distribuidoras, que en conjunto suministran una demanda agregada nacional que en 1999 alcanzó los 36.084 GWh. Esta demanda se localiza territorialmente en cuatro sistemas eléctricos interconectados.

Las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio en sus respectivas zonas de concesión, así como de respetar las tarifas máximas fijadas por la autoridad para vender electricidad a sus clientes de bajo consumo.

Las empresas generadoras y transmisoras están obligadas a coordinar la operación de sus centrales y líneas de transmisión que funcionan interconectadas entre sí, para preservar la seguridad del sistema y garantizar la operación a mínimo costo.

Los propietarios de líneas eléctricas que emplean bienes nacionales de uso público, están obligados a permitir el uso de sus instalaciones para el paso de energía eléctrica, con derecho a recibir un pago por quienes hacen uso de ellas.

La operación de las centrales generadoras se coordina en cada sistema eléctrico por un **Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC)**, organismo formado por las principales empresas de generación y que planifica la operación óptima del sistema y valora económicamente las transferencias de energía entre todos los generadores.

3.2.4. Organismos Estatales de Regulación Sectorial.

Los organismos del Estado que participan en la regulación del sector eléctrico son:

- la Comisión Nacional de Energía (CNE),
- el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y
- la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC).

Además, en el ámbito de cada institución cumplen sus roles específicos y de supervigilancia:

- la Comisión Nacional del Medioambiente (CONAMA),
- la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS),
- las municipalidades y los organismos de defensa de la competencia.

3.2.5. Sistema Integrado Central (SIC),

Es el principal y más antiguo sistema del país. Como tal se integró mediante sucesivas expansiones y conexiones de subsistemas que colocan su base entre 1968-1972. Hoy opera desde Tal Tal en el norte hasta la Isla de Chiloe por el sur, con una extensión superior a 2.500 Kmts. Su fuente histórica y aún muy principal es la hidrotérmica, compuesta por numerosas centrales de embalses o de pasada.

A su vez, el Sistema Integrado de Despacho Económico de Carga (CEDEC –SIC) se regula por el DFL 1 de 1981, Ley General Eléctrica y empieza a operar en el año 1982.

En 1990 tenía una capacidad instalada de poco más de 3.000 MW, principalmente basados en energía generada de fuentes hídricas.

El SIC es aún muy dependiente de la generación hidroeléctrica, la que aporta hoy un 60,5% del total. En años de escasez de recursos hídricos en ciclos por sequía prolongada (Ej. 1988 a 1991 y 1994 a 1997), se arriesgó la falta de suministro en años finales del ciclo, por lo que debían aplicarse tarifas especiales de desincentivo del consumo por horarios o racionar. Ello ha estimulado el reequilibrio de la generación incorporando gas natural, más amistosa ambientalmente o generación de ciclo combinado. En 2003 deberá entrar en operación la central del embalse RALCO, en la Cordillera de la VIIIª Región.

El restante 39,5 % de la electricidad es producido por centrales térmicas a carbón, fuel, diesel y ciclo combinado.

En el SIC los principales activos se privatizaron en la segunda parte de los años `80, transfiriendo las concesiones de territorios, incluyendo esos grupos de modo conjunto las funciones de:

- a) generación,
- b) porteo y
- c) distribución a minoristas.

Posteriormente estas funciones han sido separadas. Como consecuencia se generaron dos grandes grupos eléctricos privados:

A- GRUPO DE EMPRESAS ENDESA, creada por el Estado a partir de 1938, como ente facilitador de la electrificación, requisito previo a la industrialización nacional, para lo cual desarrolló la gran capacidad hidroeléctrica del centro sur del país.

Dispone de las mayores concesiones de uso no consuntivo de aguas y fue adquirida por accionistas nacionales, vinculados a un grupo profesional aliado a los trabajadores, quienes participaron en el esquema reactivador de "capitalismo popular", con que se procuró salir de la crisis.

B.- GRUPO DE EMPRESAS GENER O CHILGENER, segundo grupo en generación, instalado en la zona central con territorio operacional que incluía la ciudad de Santiago y

permite comprar directamente a cualquiera empresa generadora del SING, que actualmente son 6.

A su vez, el SING (zona desértica), al iniciarse los años 90 disponía de poca capacidad de generación, concentrada en las ciudades de la costa. Progresivamente se requirió una fuerte expansión por los diversos proyectos de gran minería del cobre, incluidos algunos estatales de CODELCO y varios, de consorcios privados nacionales y extranjeros.

En los años 90 se privatiza la empresa EDELNOR luego de asegurar su generación eléctrica a carbón con un planta nueva, que no alcanzaba a satisfacer la demanda de los proyectos de gran minería del cobre pública y privada.

Después, se produce la lucha de las empresas eléctricas dominantes, por construir en el SING 2 gasoductos desde Argentina para asegurar la demanda creciente de los proyectos mineros del Norte Grande. Así, se construyeron ambos para abastecer principalmente centrales de ciclo combinado que hoy indican sobreinversión en capacidad instalada, de tal magnitud que se estudia la interconexión de ambos sistemas SING y SIC.

Así, a Diciembre de 2000 el SING contaba con una capacidad instalada de 3.352 MW y la demanda máxima de ese año alcanzó a los 1.211 MW. En el SING operan 6 empresas de generación que junto a una de transmisión, forman el actual Centro de Despacho Económico de Carga SING.

El parque generador del sistema SING está constituido por unidades a carbón, fuel, diesel y, desde 1999, por centrales de ciclo combinado a gas natural. Sólo existen dos pequeñas centrales hidroeléctricas en Chapiquiña (interior de Arica, 3000 mts. s. n. m.) ligada a obra de riego) y la de Cavanca, que usa el importante desnivel de caída del agua potable que aprovisiona Iquique, entre estanques de la empresa sanitaria.

El sistema de transmisión está constituido, principalmente, por las líneas eléctricas de propiedad de las empresas de generación, líneas eléctricas de los propios clientes y líneas eléctricas de las empresas cuyo giro es la transmisión de energía eléctrica.

Operan el SING tres empresas de distribución de energía: EMELARI S.A. que abastece a la ciudad de Arica, ELIQSA S.A. que abastece a la ciudad de Iquique, y ELECDA S.A., que suministra la energía en la ciudad de Antofagasta y a una parte del SIC, correspondiente a la zona de Taltal. En conjunto, estas tres empresas atienden a un total de 218.553 clientes.

3.2.7. Los Sistemas Integrados del Sur.

A) SISTEMA DE AYSEN. Atiende la XIª Región y su generación es térmica en 76%. Su capacidad instalada alcanza los 17,1 MW (2000) y en el año 2000 su demanda máxima alcanzó los 13,75 MW. Opera una sola empresa, EDELAYSEN S.A., que desarrolla la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, atendiendo a 18.703 clientes.

- En Chile, desde el inicio de la política de participación privada:
 - a) la oferta de energía creció y no ha limitado nuevos procesos productivos,
 - b) los precios a valor real han bajado:
 - i.- por un mejor cálculo tarifario,
 - ii.- sobretudo por la competencia, entre mayoristas de generación,
- Gran rol en la modificación de política sectorial y que permitió la innovación tecnológica se originó en la disponibilidad de gas natural argentino, que se materializó en 4 gasoductos que se construyeron en 5 años desde la Argentina y las nuevas posibilidades para el gas boliviano de la zona de Tarija, si -además de cruzar el país- para exportar a los EEUU, decide vender en Chile.
- El **resultado de estas políticas en la generación es que en 15 años:**
 - a) el SIC duplicó su capacidad instalada y**
 - b) el SING multiplicó la suya por 4 veces.**
- En este marco, un sector que era típicamente caracterizado como un monopolio "natural" y por lo mismo, estatal o muy controlado por la autoridad sectorial y con inversiones de ampliación de capacidad instalada que se materializaban tarde, ha pasado a tener importantes condiciones de mercado y de competencia con una cierta sobre oferta que permite la expansión de la actividad económica, por precederla oportunamente.

4.2. INSTITUCIONALIDAD Y PROCEDIMIENTOS.

4.2.1. Régimen Jurídico Vigente en Concesiones de Obras Públicas.

Se basa en:

- **DFL MOP N° 850** dictado el 12 de Septiembre de 1997⁴, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LEY N° 15.840 ORGÁNICA DEL MOP y del DFL MOP N° 206 de 1960, LEY DE CAMINOS y sus modificaciones posteriores, en cuyo artículo 87 se establece la posibilidad de ejecutar y explotar dichas obras por concesión a particulares.

- **DFL MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas**, cuyo texto actualizado se contiene en el **DS MOP N° 900**, promulgado el 31 de octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 35.644 del 18 de Diciembre de 1996

- **DS MOP N° 956, Reglamento de la Ley de Concesiones**. Fue promulgado el 6 de Octubre de 1997 y **publicado en el diario oficial del 20 de Marzo de 1999**.

- Además, cada Base de Licitación y por tanto, el respectivo contrato de concesión, por las amplias facultades legales del Ministerio, norma específicamente los requisitos económicos, técnicos, administrativos y los procedimientos de cada licitación y contrato.

4.2.2. Características Destacables de la Legislación.

Las reformas legales de los años 1991, 1993 y 1996 modernizaron y ampliaron la normativa de las concesiones de obras públicas, para viabilizarlas. Su objetivo central fue redefinir su carácter contractual, acotando las áreas en que el Estado actúa como autoridad, separándolas de aquéllas, en que sólo es contraparte de un contrato de derecho privado.

Las características generales de su régimen legal pueden resumirse en:

- Es de amplia aplicación a casi cualquier tipo de obra pública.
- Genera un régimen dual:
 - a) de derecho público, en un área precisa de relaciones y
 - b) un sistema contractual de derecho privado, con derechos y obligaciones bilaterales y conmutativas para ambos contratantes. (Fisco y concesionario).
- Somete todo contrato de concesión de modo obligado a licitación pública.
- El MOP define las condiciones de cada licitación y contrato, ajustándolas a las características de cada proyecto.

⁴ Publicado en el Diario Oficial, Edición N° 36.000, del 25 de febrero de 1998.

Sin embargo, todos los actos e instrumentos principales del proceso de desarrollo de una concesión requieren **la firma conjunta de los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda**: Bases, Decreto de Adjudicación, modificaciones al contrato, etc.

También, los principales actos de una concesión, requieren el Trámite de Toma de Razón por la Contraloría General de la República de los DS o Resoluciones administrativas del MOP que los aprueban y existen solemnidades de publicación en el Diario Oficial.

El Presidente de la República debe autorizar, previamente, la licitación de la obra, la que se solicita en prospecto conjunto de ambos Ministerios. A su vez, en los casos de obras en territorios legalmente definidos como "zonas fronterizas", deberá consultarse al Consejo de Seguridad Nacional. (Art. 14 N° 3 letra b) Reglamento)

La mayoría de las funciones del MOP le corresponden, al Director General de Obras Públicas. En 1995, el DGOP efectuó la primera delegación funcional de atribuciones y funciones a un **Coordinador General de Concesiones**, con subdelegación a directivos y gerentes de áreas. En la etapa de construcción y operación, la parte fiscal se conjuga con una representación de la DGOP y del Servicio competente del MOP, según la materia.

4.3.2. Sistema de Aprobación de Proyectos.

Antes de licitar una concesión se le somete al sistema de aprobación de proyectos de inversión pública, por lo que debe participar la entidad correspondiente, según su materia, sea: MIDEPLAN, SECTRA, COMISION NACIONAL DE RIEGO u otro.

4.3.3. Concepto Legal de Obra Pública Fiscal por Concesión.

El Art. 1° de la Ley de Concesiones define su ámbito de aplicación al decir que, por sus normas se regirá: "La ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, por el sistema" de concesiones de obras públicas, establecido por el Art. 87 del DS. MOP. N° 294 de 1982. Ello incluye las obras confiadas al MOP de vialidad, riego, puertos, aeropuertos y arquitectura.

El actual artículo 39 inciso 1° de la Ley de Concesiones, explicitó más la amplitud del concepto, al preceptuar, que: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por Obras Públicas cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación, o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio."

Con ello, se habilita el concesionamiento de cualquier obra pública y de sus áreas de servicio, que no esté confiada a otro Ministerio, Servicio o empresa públicos o a los Municipios. Así, se puede otorgar por concesión de obras públicas obras nuevas de: Metro, Ferrocarriles, Puertos o Aeropuertos u otras no encargadas a otro ente público.

El actual Art. 39, de la ley extiende las concesiones a obras de competencia de otro ente público, que así lo acuerde con el MOP, por "convenio-mandato".

- Plazo de la concesión, que no puede exceder de 50 años o del plazo menor a aquel indicado en las Bases de Licitación como plazo máximo.
- Subsidio del Estado al Oferente, para proyectos en que la rentabilidad social no sea recuperable por la tarifa del proyecto y justifique aporte del Estado.
- Pagos del concesionario, los que han sido regulados en forma restrictiva en la última modificación legal. Sólo se admiten por entrega de infraestructura preexistente.
- Ingresos garantizados por el Estado. Como regla general, se genera una banda en que el Estado garantiza entre 65 y 70% de los ingresos necesarios durante la explotación, que se presupone debe atender el pago de los costos de operación y el servicio de la deuda.
- Grado de compromiso que asume el oferente durante la construcción de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor. En general, esos riesgos se están trasladando a seguro.
- Fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión. Corresponde por ser contratos de larga duración, en que no se puede prever las condiciones que se presentarán durante toda su vigencia.
- Puntaje Obtenido en la calificación técnica. En licitaciones con origen en iniciativa privada, sólo puede utilizarse para dirimir empates.
- Rentabilidad extraordinaria. Oferta del oponente de reducir tarifas o plazo de la concesión o de efectuar pagos al Estado, cuando la rentabilidad exceda un máximo preestablecido.
- Consideraciones ambientales.
- Calificación de otros servicios adicionales, si se les incluye en las Bases.
- Ingresos totales de la concesión, según cálculo establecido en Bases o Valor Presente de los Ingresos. Es de carácter excepcional y muy prudente en proyectos de alto riesgo. Regula el plazo de la concesión hasta lograr los ingresos pedidos.

Por lo general, ahora se licita con un solo factor dirimente, si bien el elemento decisivo del concurso puede ser sucesivo, Ej.: tarifa hasta un valor máximo prefijado, si todos lo aceptan y empatan: plazo, si también empatan: pago al Estado u otro.

Excepto el primer caso, Túnel El Melón, en que el factor definitorio fue el subsidio pedido o el pago ofrecido al Estado, en todas las demás licitaciones de carreteras interurbanas la tarifa fue el elemento decisivo en los primeros contratos.

- ii. que los evaluadores las califiquen en un factor, con nota unánime de 0 a 1 (0 a 20%) sobre un máximo de 5,0
- iii. con un promedio final, menor a 3 (60%).

Las ofertas técnicas descalificadas, no entran a la apertura de las ofertas económicas.

Las licitaciones se convocan y las ofertas de los licitantes se preparan con un Anteproyecto o Proyecto, que permite estimar la inversión y el plazo de ejecución de las obras. Por ello, el futuro concesionario debe presentar lo que se llama un **Proyecto Definitivo**, para su aprobación, antes de iniciar la obra. En ciertos casos desde que se perfeccione el contrato, correrá el plazo de la concesión hasta que se apruebe el Proyecto, sin poder iniciar la construcción y retardando la operación.

C) OFERTA ECONÓMICA. Es la determinante en la adjudicación (Art. 23 Reglamento). Normalmente, se utiliza un sólo factor, hasta ahora, principalmente, la tarifa.

D) BASES DE LICITACIÓN CON OFERTA ABIERTA U OPCIONAL. En ciertas licitaciones es posible dejar a la proposición de los licitantes uno o varios factores de libre decisión. De hecho, en el Túnel el Melón y en el Acceso Norte a Concepción, se admitió que los oferentes seleccionasen parte del trazado, dentro de espacios predefinidos.

E) MODIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE LAS BASES. Las Bases dan origen a un período de preguntas aclaratorias por los licitantes. Las respuestas del Ministerio, se envían mediante circulares dirigidas a todos los inscritos. Ellas pueden modificar los contenidos y requisitos de la licitación, así como los plazos de la oferta. Estas modificaciones se integran al contrato de concesión.

F) PARTICIPANTES EN LAS LICITACIONES. El propósito del legislador fue hacer amplio el universo de personas que pueda postular a las concesiones. Sólo se excluyen:

- i. Quienes están inhabilitados por los Arts. 15 y 16 del Reglamento, quienes tengan inhabilidades legales o los condenados o encargados reos por delito que merezca pena aflictiva y el fallido no rehabilitado o sus representantes. A las sociedades, se les aplica dicha norma si un socio, director o administrador estuviere afectado por alguna de ellas.
- ii. Quienes hubiesen sido borrados de los Registros del MOP.

G) REQUISITO DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y EMPRESARIAL. En precalificaciones o licitaciones, generalmente, se pide acreditar una determinada capacidad económica y en casos, una experiencia técnica previa. En general, se procura adjudicar sobre una selección de aptitud empresarial general y no, necesariamente constructiva, ya que esta última puede ser contratada ex-post.

4.7.2. Representación del MOP y Fiscalización del Contrato de Concesión.

A] EL INSPECTOR FISCAL. Al igual que en todo contrato de consultoría o de obra, el MOP actúa mediante un Inspector Fiscal (IF) del contrato de concesión. El es nominado dentro de los 15 días de la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial.

Toda comunicación y relación entre el concesionario y el MOP se canalizará por medio del IF, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, el Reglamento o en las bases de licitación correspondientes.

B] FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL IF MOP EN ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.

Acorde a las normas del reglamento de concesiones, él dirigirá y fiscalizará el desarrollo del contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación y a lo menos, las siguientes:

- Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto;
- Fiscalizar que se cumplan las especificaciones y normas técnicas de construcción de ese tipo de obras;
- Fiscalizar que se cumpla el plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria;
- Fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad;
- Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad;
- Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite en relación a la gestión de la concesión durante la etapa de construcción;
- Revisar la Información estadística entregada por la sociedad concesionaria;
- Proponer al Director respectivo compensaciones o realización de obras adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del Reglamento.
- Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra.
- Proponer la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión.
- Fiscalizar que se cumplan los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato.
- Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión

hechos más importantes que se produzcan durante el curso de la ejecución de la obra y explotación de la misma.

E] El IF cuenta con la asesoría de una empresa de ingeniería, que debe disponer de los otros profesionales que el MOP requiera para dicha consultoría.

F] RECURSOS DE LA CONCESIONARIA CONTRA DECISIONES DEL IF. Las órdenes o resoluciones escritas que dicte el IF, sobre obras u otros aspectos del contrato de concesión podrán **reponerse**, por escrito, dentro de los 5 días hábiles siguientes de recibida la notificación, ante el mismo IF que las dictó. Éste deberá pronunciarse en los 5 días hábiles siguientes, manteniendo a firme la orden o resolución, modificándola o dejándola sin efecto.

De lo que resuelva el IF, la concesionaria podrá apelar ante el DGOP, en los 3 días hábiles desde que recibió la notificación. El DGOP resolverá la apelación, en no más de 10 días hábiles. El DGOP está facultado para dictar orden de no innovar.

En ningún caso la interposición de la reposición o de la apelación suspenderá los efectos de la resolución u orden reclamada, cuando ésta comprometa la seguridad del usuario, la continuidad en la prestación del servicio o la calidad de la obra ofrecida.

4.7.3 Regulación de Intervención de la Concesión.

A] CASOS ACOTADOS DE PROCEDENCIA. Se encuentra muy acotada la intervención de la concesión por el Ministerio, pues sólo procede en los casos de declaración perfeccionada del incumplimiento grave y del "abandono de la obra o interrupción injustificada del servicio", que definen los artículos 28º y 37º de la Ley.

Ambas declaraciones deben ser efectuadas previamente por la Comisión⁵ del artículo 36 de la Ley de Concesiones y sólo una vez que el concesionario ejerza los recursos que se definen y los demás constitucionales y legales que proceden.

El MOP nombrará la persona del Interventor, quien deberá ser un profesional universitario con, a lo menos, cinco años de experiencia profesional. El interventor debe aceptar por escrito el cargo dentro de los 5 días siguientes a su designación.

Sus honorarios se fijarán por el MOP, en carácter de gastos de la concesionaria.

B] FACULTADES DEL INTERVENTOR. El Interventor tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas que la Ley de Quiebras fija a los síndicos.

Para el caso de abandono de la concesión, el interventor sólo tendrá **facultades de administración** que sean necesarias para el cumplimiento del contrato de concesión.

⁵ Corresponde a un tribunal especial para estos casos

5. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

El contrato de concesión quedará constituido por la legislación aplicable, las Bases y las Aclaraciones y Respuestas del Ministerio dadas en el período respectivo, todo lo que constituye la "oferta" del contrato. Su "aceptación" se produce por los términos de la oferta adjudicada, con la variable elegida por la autoridad, si existe opción. Por ello, se trata de un típico contrato de adhesión.

En derecho, también, se caracteriza como un contrato:

- **Bilateral**, ya que vincula a dos partes, que asumen derechos y obligaciones,
- **Oneroso**, por cuanto en su naturaleza existen contraprestaciones mutuas que se miran como el precio recíproco por la obligación del otro, por lo que estos contratos no reflejan liberalidades o donaciones, y
- **Conmutativo**, ya que las contraprestaciones mutuas a que se obligan las partes se tienen como equivalentes.

Procede destacar que el contrato de obra pública no se caracteriza como un contrato de azar y menos, de juego de azar.

Trataremos más en detalle estas características al hablar de la ruptura de la bilateralidad en contra de una de las partes.

5.1. NORMATIVAS DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO APLICABLES.

Es un contrato de derecho público, en aquella parte regulada por la legislación pública y el contrato en ese carácter, en todo lo demás, es de derecho privado.

El artículo 21 de la Ley de Concesiones tiene un texto pedagógico y unívoco, sobre la naturaleza de derecho público y privado de cada una de las relaciones implicadas, pues los bancos han hecho una interpretación general del carácter público de todas las relaciones del contrato de concesión, suponiendo sujeción a aprobación MOP, en áreas en que no se requiere.

5.1.1. Normativa de Derecho Público Aplicable a la Concesión.

El concesionario está sometido al Derecho Público, en el que predomina el principio jurídico, de que: "sólo se puede hacer lo que está expresamente permitido por la ley ... y el contrato de concesión" en aquellas funciones incorporadas en el contrato de concesión con ese carácter. Según el artículo 21 inciso 1º de la Ley, taxativamente son:

- las relaciones con el Ministerio,
- las regulaciones de la construcción y explotación de la obra,

Como tal, es un acto jurídico bilateral que supone un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un **régimen exorbitante** del Derecho Privado, susceptible de producir efectos con relación a terceros. Pero también es contrato administrativo, el celebrado por la Administración que se vincula directamente y de manera inmediata a **la ejecución misma de un servicio público**, aún cuando no contenga cláusulas exorbitantes al régimen de Derecho Privado, o cuando el contrato se celebra para satisfacer 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 satisfacer una necesidad pública. Por ello, se ha dicho que en todo contrato administrativo, el Estado, más que buscar una contraparte, busca un agente colaborador en la consecución de ese fin público.

El Contrato de Concesión de Obra Pública presenta, las especificidades que se reconocen en toda clase de contrato administrativo, que lo hace distanciarse marcadamente de los contratos que son propios del Derecho Privado. Nos referimos, entre otros, a:

- (i) **desigualdad de la posición jurídica de las partes contratantes**, atendida la supremacía posicional de la Administración, encargada de satisfacer las necesidades de interés general. Por lo que cobran especial relieve las instituciones jurídicas de :
 - ❖ **ius variandi** (o poder de modificación del objeto del contrato),
 - ❖ **la potestad sancionadora** de la Administración y
 - ❖ **la potestad extintiva⁶** del contrato por parte de la Administración o facultad de la Administración de poner término anticipado y unilateral al contrato fundándose para ello en la sola concurrencia de razones de interés público.

Para atraer inversión privada en gran escala y dar estabilidad jurídica a los contratos de concesión, el moderno marco normativo del sistema concesional de obras públicas chileno, **restringe fuertemente estas potestades estatales tradicionales**. Así, por ejemplo el Art. 19 de la Ley de Concesiones **limita el ius variandi en el tiempo y en el monto de inversión** a que el Estado puede obligar al concesionario, salvo su acuerdo.

En definitiva, y pese a estas y otras limitantes legales expresas, la Administración detenta una posición supraordenadora que se manifiesta en sus **potestades de dirección del contrato**.

- (ii) la Administración puede afectar el contrato en que es parte, con potestades que le son propias, sea que se consignent en el contrato (y serán pues, cláusulas

² Art. 27 N° 2 de la Ley de Concesiones define la causal de terminación del contrato de concesión por mutuo acuerdo entre el MOP y el concesionario. El MOP sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan a su favor la prenda especial (Art. 43 consienten en alzarla o aceptan previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada.

- C] Esas indemnizaciones se podrán expresar en: **i)** el plazo de la concesión, **ii.-** las tarifas, **iii.-** aportes o subsidios, o **iv.-** en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de ellos a la vez.
- D] Las controversias que por ello se susciten entre el concesionario y el Ministerio, acerca de dicha indemnización, se resolverán conforme señala el artículo 36.
- E] Además, para la seguridad del concesionario y de sus financistas, salvo otra estipulación en las Bases, sólo se permiten las "órdenes de interés público" hasta un 15% de la inversión ofrecida y hasta la mitad del plazo de la concesión, con la sola excepción del mutuo acuerdo, en que dicha limitación tampoco rige.
- F] Las modificaciones del contrato se hacen en Convenio Complementario, para cuya validez, requiere aprobación por decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, firma del Ministro de Hacienda.

5.4.2. Modificación de Obras del Contrato por Mutuo Acuerdo.

La ley permite la ampliación de una concesión, vía aumento de obras, por mutuo acuerdo, mediante iniciativa del MOP o del Concesionario, sin licitación.

En efecto, el Art. 20 de la ley de Concesiones permite que: "Si durante la vigencia de la concesión, la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento por iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, se procederá a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión.

También, las bases de licitación pueden contemplar mecanismos de compensación, sea en el plazo de la concesión o en cualquiera de los otros factores económicos del contrato vigente para pagar las obras adicionales no previstas en el contrato.

La aprobación del respectivo convenio complementario se hará previo informe de la respectiva Dirección, mediante decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que también deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

5.5. REVISIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR CAUSA SOBREVINIENTE.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile reconoce en su texto positivo el **Hecho Sobreviniente** como causal que justifica la revisión de algunos de los elementos del contrato para recuperar o reestablecer su equilibrio económico original cuando éste se encuentre dañado en perjuicio del concesionario y que analizaremos en el capítulo siguiente, en las condiciones y modalidades que regulan el Art. 19, inc. 3º y 4º, de dicho cuerpo legal.

6. PRINCIPALES TEMAS ECONÓMICOS Y DE FINANCIAMIENTO DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE.

6.1. ELEMENTOS ECONÓMICOS DE LAS CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS EN CHILE.

6.1.1. Supuestos Macroeconómicos Para Estas Concesiones.

El régimen jurídico y económico del cual se dotó a las concesiones de obras públicas en Chile supone ciertas condiciones de funcionamiento de la economía. Las principales son:

- ❖ Existencia de capacidad empresarial suficiente para que no sea necesario "regular" el funcionamiento económico del concesionario, salvo incumplimientos. En otros países, se exige o estimula una "administración fiduciaria" de los ingresos.
- ❖ Por la naturaleza de la concesión de Obras Públicas "el activo" del concesionario es su "flujo de ingreso", por ello puede otorgarse en garantía real y de alta prioridad, con autorización MOP.
- ❖ Se define un requisito de capital propio en función del nivel de inversión que supone la obra según sus Bases y especialmente, en la oferta adjudicada.
- ❖ Cuando sea necesario el Estado puede asegurar en las Bases y contrato, un nivel acotado de "capital de riesgo" al concesionario, garantizando ingresos mínimos, que aseguren el pago de la operación y el servicio de los créditos. Ello se hace mediante garantía de "tránsitos o de ingresos mínimos".
- ❖ Rentabilidad extraordinaria, compartida: Como contrapartida, las Bases pueden definir una tasa de rentabilidad extraordinaria sobre la cual participará el Fisco. Hasta ahora, se han licitado algunos casos, fijando una rentabilidad anual de 15%, sobre la que el Estado recibe un 50% del excedente.
- ❖ Cobros fijos por uso de bienes o derechos, que entrega el Fisco. Puede ser un factor de cobro en ciertos casos.

6.1.2. Características Económicas Propias de los Proyectos de Concesión de Obras Públicas.

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

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

A] LA CONCESIÓN RECAE EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO, DE ALTO INTERÉS SOCIAL. Por ello la Ley, el Reglamento y cada contrato generan las obligaciones de construcción en plazos determinados, de prestación ininterrumpida del servicio de la obra y de no discriminación a los usuarios que cumplan o se allanen a cumplir las normas y tarifas.

Diversas normas de ley, reglamento y contrato obligan a construir, reconstruir o conservar las obras en los plazos contractuales bajo el riesgo de sanciones de multa e, incluso, de aplicación de otras figuras especiales sancionatorias, como el abandono de la concesión y la causal de cesión forzosa o de extinción del contrato, por incumplimiento grave. Además, también establecen la obligatoriedad de los servicios.

Esto contrasta con las otras actividades privadas productivas, en que sus propietarios no tienen obligación legal a todo evento a ejecutar obras, acciones o prestar servicios en plazos predeterminados. En las crisis económicas o ante inadecuadas condiciones de mercado o, ante el riesgo de mayor demora de venta de sus productos, los empresarios privados, tienen derecho pleno a diferir o dejar sin efecto sus proyectos de inversión, y reducir, graduar o suspender su propia actividad operativa.

Por su parte, el mismo Estado en la construcción de obras públicas y en su obligación de mantenerlas y conservarlas para prestar sus servicios, en períodos de crisis, si bien por regla general mantiene los contratos vigentes, flexibiliza sus plazos de ejecución y/o sus pagos y habitualmente suspende el inicio de nuevos contratos de obra.

B] PROPIEDAD PÚBLICA DE LOS ACTIVOS. En las concesiones de obras públicas la propiedad de los bienes raíces que se adquieran o incorporan a la concesión, y de las obras, equipos e instalaciones que se integran en ella no se constituyen en "activo del concesionario", sino del Estado.

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

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

Esta falta de propiedad del concesionario produce numerosos problemas para financiar sus obras, que requieren de inversión relevante en la fase inicial, pues a la concesionaria no le es posible constituir garantías reales sobre los bienes que administra en tal virtud.

Así, se pueden identificar dos líneas constantes de la evolución de la legislación y de los contratos de concesión de obra pública para superar la severa limitante al financiamiento de los proyectos de concesión que representa este concepto:

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

Para enfrentar y superar estas dificultades se han regulado diversas instituciones especiales en el sistema, que analizaremos como los:

- ❖ INGRESOS MINIMOS GARANTIZADOS POR EL ESTADO AL CONCESIONARIO (IMG) y
- ❖ la PRENDA ESPECIAL DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

C] INVERSIÓN REGULADA, BAJO CALENDARIO CONTROLADO, CUYO INCUMPLIMIENTO TIENE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SANCIONES. Los contratos regulan la forma y plazos en que debe ejecutarse la inversión privada, exigiendo un cronograma de trabajo y otras obligaciones anexas que deben ser respetadas inexorablemente, so pena de aplicarse las multas que al efecto dispongan las Bases de Licitación respectiva o incluso, perder la concesión.

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

Por su parte, las Bases de Licitación regulan el desarrollo de la inversión, fijan el plazo de inicio de la construcción, declaraciones de avance efectivo de porcentajes de las obras y, por lo mismo, de la inversión real que ha de efectuarse en distintos momentos dentro del plazo de construcción, plazos máximos para las puestas en servicio de los diversos tramos geográficos en que se divide la concesión, etc.

Además, durante la etapa de explotación, el contrato precisa los controles, y mediciones que deberán efectuarse de modo tal de concordar sus resultados con los programas de conservación de la concesionaria de la infraestructura y servicios dados en concesión.

D] REGULACIÓN EN LICITACIÓN Y CONTRATO DE LA RENTABILIDAD DEL PROYECTO, EN FUNCIÓN DEL O DE LOS FACTORES DE COMPETENCIA QUE EL ESTADO DEFINE PARA CADA LICITACIÓN.

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

i.- Estudios de negocios, que analizan los costos de las obras, el valor de los terrenos a adquirir, los costos de cambios de servicios y otros que componen **la inversión** para estimar la que requerirá ejecutar el proyecto; análisis de demanda y disposición al pago; consideración de las condiciones imperante en el mercado financiero, de garantías y de seguros, para definir los costos financieros de cada proyecto a licitar.

ii.- definición de los factores licitatorios, que efectúa el Estado, en acción conjunta de los Ministerios de Obras Públicas y de Hacienda y concluye con aprobación del Presidente de la República, en función de estimular la competencia por factores monetarios, de tarifas o de pagos al Fisco por el valor de la infraestructura preexistente.

Ambos Ministerios disponen de modelos que procuran regular la rentabilidad privada de los proyectos que se licitan, con cuidadosos estudios en que se incorporan los pagos al Estado o la "rentabilidad extraordinaria compartida".

iii.- La competencia de la licitación centrada en la o las variables económicas fijadas por el Estado. Las concesiones de obras con alta inversión inicial tienen rentabilidades moderadas, de largo plazo y muchos riesgos. Por ello el Estado debe utilizar de modo constante la garantía de ingresos mínimos que otorga a los contratos, para acotar los riesgos y los costos de cobertura para disponer de licitantes interesados.

iv.- La licitación es competencia de mercado "ex ante", que gana el oponente más barato. Como consecuencia el adjudicatario es siempre el oferente que ha realizado la más conveniente oferta según los factores y marcos licitatorios que ha predefinido y fijado el Estado.

v.- Objeto Único de la Concesión.- Por normas reglamentarias y de estipulaciones de cada contrato de concesión, el concesionario debe asumir la forma de una sociedad anónima de giro único y exclusivo para cada obra en concesión.

Si bien, al inicio del sistema es adecuado para asegurar un mejor aprendizaje y control de cumplimiento **y para aislar los riesgos a los inversores y financistas de cada proyecto**, en tiempos en que épocas de crisis tiene los efectos colaterales económicos negativos bastante relevantes, entre los cuales se puede destacar:

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

E] FINANCIACION DE PROYECTO, GARANTÍAS Y SEGUROS DE RESGUARDO.

Los financiamientos de proyectos que se requieren para completar la inversión de la fase inicial de la concesión, resultan de la particular estructura de este negocio y son:

- ❖ Por la naturaleza de sociedad anónima de la concesionaria, su responsabilidad es hasta su patrimonio efectivo, cuando deba responder de sus obligaciones.
- ❖ El patrimonio social provee los primeros recursos que se desembolsarán para cumplir las obligaciones de construir y solventar pagos al Fisco de cada contrato, sea para expropiaciones o para compensar los costos del proyecto y de control del desarrollo de la concesión o a cualquier otro título.

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

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

Por tanto, ni la concesionaria ni el patrimonio público especial que forman los bienes que constituyen la obra de la concesión, responden a los financistas cuando sus acreencias no puedan ser pagadas en tiempo y forma con los flujos de la concesión.

Desde otro punto de vista, la inversión se realiza en una infraestructura que tiene valor -público y privado- en función del servicio que presta y de los ingresos tarifarios y demás que generará y de su uso no como bien raíz. Por ello quienes financien o avalen el financiamiento de las obras deben tener alta seguridad de que los ingresos de la concesión podrán servir los intereses y capital de la deuda. En especial, atendiendo que no existe la posibilidad de "**redestinar en el mercado**" los bienes que forman la obra en concesión. Aún cuando ello fuese posible, lo más probable es que el valor de dichos bienes desafectados del fin valioso que debían atender tengan un precio de realización muy inferior a lo invertido en ellos para su constitución, la construcción de las obras y el costo de los equipamientos incorporados.

Los interesados en invertir en la concesión y sus financistas deben analizar los diversos riesgos que involucra cada proyecto y su incidencia en la construcción o explotación.

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

Por ello, el régimen económico de las concesiones de obras públicas tiene diversas peculiaridades que analizaremos en este capítulo.

6.2 CAPITAL DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.

6.2.1. Requisitos de Capital.

El Art. 30 N° 3 del Reglamento define un mínimo obligatorio de capital propio pagado de un 20% del valor del Presupuesto Oficial que señalan las mismas Bases de Licitación.

Este deberá acreditarlo al constituir la sociedad anónima, mediante certificado bancario. Sin embargo, las Bases pueden disponer otro monto mínimo menor. Todo ello, sin perjuicio de las normas legales sobre pago del capital al constituir sociedades anónima.

Sin embargo, será el mercado, mediante un banco o una institución que garantice el financiamiento quien fijará la exigencia definitiva de capital de la sociedad concesionaria.

6.2.2. El Capital Propio que Requiere la Concesionaria Resulta de la Evaluación del Proyecto.

En la práctica, hay una tendencia del sistema bancario a pedir un porcentaje de la inversión del concesionario del 30% mayor que el porcentaje pedido por las normas y Bases. El monto de capital que piden los bancos y otros entes financieros esta en relación directa con la **EVALUACIÓN DEL PROYECTO** de cada concesión, la sociedad concesionaria, de sus socios y de otras garantías adicionales que éstos puedan aportar.

Sin embargo, la tendencia en las concesiones de obras públicas es evitar la necesidad de constitución de garantías personales, excepto en obras de muy bajo capital (menos a US\$ 6.000.000). Para ello se debe actuar con el financiamiento de proyecto y garantías sobre los flujos del proyecto, que analizaremos.

6.3. LOS INGRESOS DE LA CONCESIÓN Y SU ADMINISTRACIÓN.

Los ingresos de una concesionaria de obra pueden estar constituidos por:

- A) Pagos tarifarios,
- B) Devoluciones tributarias, (IVA)
- C) Pagos o Aportes del Estado,
- D) Otros ingresos de la explotación incluidos en el contrato, Ej.:
 - i.- Pagos por publicidad,
 - ii.- Explotación de áreas de servicios comerciales
 - iii.- Pagos por nuevos accesos y
 - iv.- otros que puedan corresponder al contrato.

En Chile, los ingresos se administran por la concesionaria; pese a que en ciertas concesiones cuyo crédito ha sido otorgado por bancos nacionales a unos 12 a 14 años de la explotación, implican tan fuertes pagos durante el período de amortización, que los ingresos de la concesionaria resultan muy restringidos incluso para su operación.

Las concesionarias en Chile podrían constituir voluntariamente Administración Fiduciaria de los ingresos. Pese a que en otros países, ello fue obligatorio en Chile, esta forma no se aprecia pues separa el negocio de la concesión del aquel que implica la sola construcción.

Otra peculiaridad del sistema chileno de concesiones, radica en que todo pago que deba efectuarse entre la sociedad concesionaria y el Estado, se realiza en dinero en la oportunidad que corresponde, sin operarse sistemas de compensaciones de pago.

6.4. GARANTIAS DEL CONCESIONARIO AL MINISTERIO.

6.4.1. Tipos de Garantías al MOP Durante la Concesión.

Para garantizar al MOP el cumplimiento de la oferta y del contrato, se definen los siguientes tipos sucesivos de garantía:

A) Seriedad de la Oferta. Su monto se establece en las Bases según el nivel de inversión estimada y de su función de acreditador, vía mercado, de la capacidad económica del licitante. A los adjudicados se les restituye en los 15 días desde que se adjudica el contrato. Su valor es relativamente alto, pues sirve a dos objetivos:

- a) seleccionar a quienes postulan en la licitación por la vía más objetiva del mercado, ya que será la banca quien decida y responda por la solvencia de un interesado en relación a un proyecto o a su propia capacidad económica, y
- b) colocar un "precio alto de salida" al licitante ganador que desea eludir el contrato.

B) Garantía de Construcción. El Art. 12 de la Ley de Concesiones, obliga al adjudicado a constituir esta garantía, en la forma, plazo y monto establecido en las Bases. Su no constitución o reconstitución, se define como causal de término del contrato y autoriza a cobrar la garantía vigente de seriedad de la oferta. Su valor se fija en las Bases de Licitación, para cada caso. Ella se devuelve al ponerse en servicio la obra y constituirse la garantía de la etapa de explotación.

C) Garantía de la Etapa de Explotación. Su valor es dejado por el Art. 35 del Reglamento a la definición de las Bases. En la práctica la garantía de esta etapa es de monto menor que la de la construcción.

Sin embargo, en el período final de la concesión -últimos 2 años- se eleva su valor, para asegurar la obligación del concesionario de entregar la obra en condiciones adecuadas de servicio, y si no lo hace la garantía servirá para ejecutar los trabajos de conservación o reconstrucción que se requieran con dicho financiamiento.

6.4.2. Incumplimientos del Concesionario que Facultan al MOP Para Hacer Efectiva la Garantía del Contrato.

Las garantías de construcción y explotación pueden hacerse efectivas por el MOP, en todo o parte, por incumplimientos del concesionario. Para facilitar el cobro, actualmente se pide el monto de la garantía dividido en varias boletas de diverso valor. Es obligatorio reconstituir la garantía. Si ella no se reconstituye, hay causal de "incumplimiento grave".

Conforme al artículo 36 N° 3 del Reglamento, el MOP podrá hacer efectivas, en todo o parte, las garantías ante incumplimiento del contrato y, en particular, en los siguientes:

- a) Celebración, por parte de la sociedad concesionaria, de algún tipo de acto o contrato sin la autorización del MOP cuando ésta sea exigida por la Ley de Concesiones, el Reglamento o las bases de licitación.
- b) Incumplimiento de las sanciones o multas impuestas durante la concesión.
- c) No constitución o no reconstitución de las garantías y pólizas de seguros establecidas en las bases de licitación, en los plazos previstos en las mismas.
- d) Retrasos en los pagos que la sociedad concesionaria tenga que realizar al Fisco, establecidos en el contrato de concesión.
- e) Cualquier incumplimiento de las obligaciones del concesionario con terceros, cuando el MOP sea declarado subsidiariamente responsable.
- f) Cualquier otro incumplimiento del contrato, según fijan las bases de licitación.

Cuando el MOP hiciera efectiva alguna garantía, ésta deberá reconstituirse o complementarse, según proceda, en el plazo de 15 días a contar de la fecha en que se hizo efectiva. Si ello no ocurre se incurre en falta grave que habilita la cesión forzosa o el término del contrato de concesión.

6.4.3. Garantías del Concesionario a sus Financistas.

Por la naturaleza del contrato de concesión de obra pública, este tema ha sido y es, uno de los principales a resolver en las sucesivas modificaciones legales, pues al no existir propiedad del concesionario sobre la obra, puede ser difícil la constitución de garantías. Otra dificultad que relativizaba esta garantía, era la eventual terminación de la concesión por "incumplimiento grave" del concesionario. Como su único activo son los ingresos futuros, la aplicación de esta causal era vista como un riesgo alto por sus financistas.

La última modificación legal creó una garantía prendaria especialísima y reemplazó, en primera instancia la terminación anticipada del contrato por incumplimiento grave, por una obligación de cesión forzosa del contrato de concesión.

6.5. INGRESOS MÍNIMOS GARANTIZADOS POR EL ESTADO (IMG).

6.5.1. Concepto y definición.

Este mecanismo, es original de la moderna legislación de concesiones de obras públicas de Chile, se ha revelado básico para generar interés en las concesiones.

Consiste en la **garantía que el Estado otorga al concesionario de obra pública sobre un ingreso anual mínimo, que permite asegurar la cobertura del pago de la operación y el servicio de los créditos.** En las diferentes bases de licitación ellos se definen y detallan en función de los riesgos y otras peculiaridades propios del respectivo proyecto por concesión.

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

6.5.2. Ingreso Mínimo Garantizado e Institución de Rentabilidad Compartida.

El Estado procura generar un nivel limitado de "capital de riesgo" del concesionario, garantizando ingresos mínimos que cubran el pago de la operación y el servicio de los créditos. El procedimiento que rige el mecanismo de ingreso mínimo garantizado, así como el monto de éste, se detalla en las bases de licitación.

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

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

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

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

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

Así, en las dos primeras docenas de licitaciones y contratos efectuados el Estado ha contratado "**ingresos mínimos garantizados**", como una condición práctica esencial para hacer financiable el proyecto por los bancos, aceptada por todos los oferentes.

Sólo en las licitaciones de concesiones viales urbanas de autopistas en la ciudad de Santiago y en una Interurbana (Santiago - Valparaíso) en que el Estado ofreció la garantía del IMG contra el ingreso compartido, el IMG sólo fue aceptado por un grupo oferente ellas y rechazado por los licitantes en las otras 4 licitaciones.

Remarcamos que la forma en que se estipule en cada contrato de concesión esta institución es determinante para fijar el riesgo de tránsito que asume en el respectivo contrato tanto el concesionario como el Estado.

6.6. PRENDA ESPECIAL DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

La Ley 19460 de 1996 creó esta nueva garantía especial, sobre la estructura y procedimientos adaptados de la antigua y conocida Prenda Industrial. Su objeto es facilitar la constitución y ejecución de garantías basadas en el contrato de concesión de obra pública. Por su éxito diversas leyes han autorizado esta prenda especial a las concesiones municipales de estacionamientos subterráneos y a las de puertos EMPORCHI (estatales).

El establecimiento de esta prenda es muy importante para asegurar un financiamiento adecuado de estos proyectos, que carecen de una garantía real, en el sentido de recaer sobre bienes inmuebles, por la propiedad fiscal de la obra y del suelo.

La Prenda Especial de Concesión de Obra Pública se puede pactar entre las partes - concesionaria e institución financiera - sobre uno o más, de los siguientes elementos:

- El derecho de concesión,
- Los ingresos de la sociedad, y
- Cualquier pago comprometido por el Fisco en virtud del contrato.

En caso de ejecución o de quiebra, esta prenda genera una importante preferencia en el orden de "prelación de pago", (2ª categoría y especial, sobre los bienes (derechos) en que recae). En las concesiones de obras públicas se tratará siempre de una sociedad (Art. 26 Reglamento), por lo que sólo tienen prelación de pago por sobre las obligaciones que cauciona esta prenda: las costas judiciales; remuneraciones; asignaciones familiares; pagos previsionales y créditos fiscales por impuestos de "retención y de recargo".

Además, para dar más efectividad a esta garantía, los acreedores con prenda de obras públicas tienen otros derechos preferentes, que les otorgó la ley. Entre ellos destacan:

- Derecho de "tercería" ante la Comisión Conciliadora (Art.35 de la Ley)
- Derecho de "veto" a la extinción anticipada del contrato por "mutuo acuerdo" entre el MOP. y el concesionario, (Art. 27 N° 3 de la Ley).
- Pago preferente en caso de transferencia de la concesión por "incumplimiento grave" del concesionario, (Art. 27, de la Ley).

6.7. NORMA ESPECIAL DE FINANCIAMIENTO BANCARIO A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.

Para perfeccionar y ampliar el sistema de concesiones de obras públicas, se modificó la Ley General de Bancos, para que al financiar una de estas concesiones, con garantía a sus financistas con la Prenda Especial de Concesión de Obra Pública que crea esa Ley, los bancos puedan prestar en cada proyecto hasta un 15% de su capital y reservas, en lugar del 5% o 10% vigentes para proyectos que carecen de garantía real.

Si bien en estos contratos no existen garantías reales que autorizan a los bancos a mayores créditos para las concesiones de Obras Públicas, por tratarse:

- a) de proyectos públicos, con requisitos de estudio y aprobación,
- b) que se someten a una prueba de mercado, en la licitación, y
- c) que tienen la garantía de prenda especial creada en la misma Ley de Concesiones,

se amplió el margen de financiamiento que la ley autoriza otorgar a los bancos nacionales a cada uno de estos proyectos, cuando se constituya en su favor la prenda especial de concesión de obra pública.

6.8. QUIEBRA DEL CONCESIONARIO.

En el derecho tradicional la quiebra del concesionario era causal absoluta de extinción de la concesión. Ello correspondía al concepto de que el contrato de concesión ha sido considerado **intuitu persona**, pues el concedente delega el cumplimiento de un fin público, a una persona por su especial aptitud (idoneidad moral, económica y técnica) para cumplir el objeto de interés público que se busca satisfacer, por lo que su muerte llevaba al término del contrato.

Hoy, la aptitud o capacidad empresarial se reconoce en una mayor cantidad de sujetos y formas de organización económica, principalmente en las sociedades anónimas que tienen una mayor aptitud para integrar capitales y capacidades técnico profesionales. Para ello se exigen ciertas condiciones o aptitudes empresariales a la o las empresas que controlan la sociedad concesionaria y a quienes se les cede el contrato.

Por lo anterior, fue un objetivo prioritario de las reformas legales eliminar la quiebra como causal de extinción del contrato, buscando la mayor normalidad en la prestación del

servicio de la concesión y en especial, el resguardo de los financistas de la concesionaria y otros terceros interesados, Ej.: empresas que garantizan el financiamiento.

Actualmente la quiebra de la sociedad anónima concesionaria de obra pública se rige por la legislación general y unas pocas normas especiales que contiene la ley de concesiones, para permitir expresamente la enajenación del contrato de concesión como "universalidad jurídica" o su administración pro indiviso, por el plazo que le resta de concesión.

Expresamente, se autorizó la continuidad de giro de la quiebra, administrada por el síndico, por acuerdo de la Junta de Acreedores, sin límite de plazo. La norma del artículo 38 de la Ley de Concesiones es muy particular en el derecho chileno, pues autoriza que los Bancos, las Asociaciones de Fondos Previsionales (AFP), Fondos de Inversión o de Capital de Riesgo y Cías de Seguro, para mantener por tiempo prolongado, participación en concesionarias, administradas mediante la Junta de Acreedores y el Síndico.

Se ha preferido permitir a los financistas u otros acreedores de la concesionaria su permanencia en la Junta de acreedores, cuando estimen que la eventual venta del contrato como "universalidad jurídica", no garantiza el pago de sus acreencias y estimen que se cautela mejor sus intereses, vía la administración pro-indiviso hasta su término.

6.9. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

6.9.1. Principio del riesgo y ventura en los contratos de concesión. Los derechos y obligaciones (venturas o riesgos) de estos contratos están fijados en el régimen legal de las concesiones, con aspectos que define cada contrato en atención a la naturaleza y especificidades de cada proyecto.

En efecto, el Derecho Administrativo, en su doctrina regula estos contratos bajo el principio de "riesgo y ventura", en que el concesionario asume el riesgo de cumplir las obligaciones y percibir los derechos que le otorga el contrato. Pero, aquel principio se modifica para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, sea en la ley, reglamento o cada contrato en función de la viabilidad económica de cada proyecto.

6.9.2. Distribución de Riesgos de los Proyectos. Analizaremos diversos riesgos importantes que pueden presentarse en el transcurso del contrato y su forma de asignarlos a uno o ambas partes:

i.- **Caso Fortuito o Fuerza Mayor.** Su ocurrencia y efectos durante la construcción es transferida al concesionario conforme al artículo 22 Nº 2 de la ley, salvo que las Bases de Licitación⁷ lo acoten para que el Estado lo comparta.

Sin embargo, hoy todos los riesgos constructivos son asegurable en el mercado, por lo que no son relevantes ni en la licitación, ni durante el contrato, pues todos los interesados asumirán un costo similar por este seguro.

⁷ En adelante, BALI o Bases

- ii.- **Hecho del Príncipe o Acto de Autoridad.** La regla general es que por ellos es responsable el Estado, salvo que al concesionario se le asigne expresamente ese riesgo en las Bases de Licitación y contrato de concesión.

Lo contrario, encarecería enormemente los contratos públicos pues al presentar ofertas las empresas deberían asegurarse ante múltiples riesgos e imprevistos, que aumentarían sus precios.

- iii.- **Cláusulas de Reajuste:** Se estipulan en las Bases de cada contrato como "Fórmula de ajuste tarifario y de su revisión". Cada año dan derecho automático al reajuste por devaluación monetaria según fórmula que contiene y cada 2 años puede pedirse revisar el sistema de reajuste y sistemas de cobro.

- iv.- **Seguro de Catástrofe.** No lo regula ninguna norma legal expresa, pero se exige en cada concesión para cubrir todos los **riesgos catastróficos de la naturaleza o civiles**. En Chile se contrata como seguro de incendio, incluyendo los riesgos físicos de daño o destrucción por terremoto, inundación y causas catastróficas.

Esos seguros de catástrofe eran casi inexistentes a inicio de los años '90. Hoy son habituales con las concesiones MOP y otras. En Chile, la progresiva concentración de compañías de seguro ha quitado competitividad a dicho mercado y tras los siniestros del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, han subido su costo.

- v.- **Seguro de Daños a Terceros.** El artículo 35 de la Ley transfiere al concesionario la responsabilidad por daños a terceros, durante toda la concesión, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionen a terceros, **"a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el MOP después de haberse adjudicado el contrato"**.

En las bases de licitación y contrato se regula la plena vigencia de estos seguros para las fases de construcción y de operación o explotación.

- vi.- **Suspensión de la Concesión.** Esta es una institución jurídica y económica tradicional de las concesiones, ocasionada por riesgos de eventos políticos o sociales que pueden ser catastróficos. El artículo 26 de la Ley de Concesiones mantuvo esta institución tradicional ante eventos como **conmoción interior, guerra externa, destrucción o fuerza mayor que impida prestar el servicio**, que regulan la Ley de Concesiones y afinan las Bases de cada concesión

En general en los contratos se suspende la concesión mientras la obra esté impedida de prestar el servicio, se fija un mecanismo para evaluar los daños y se define si el Estado participará en los costos de su reparación. Éstos se pagarán por el concesionario, quien los cobrará al **seguro de catástrofe**.

Si aquel no cubre ese reembolso, el MOP compensará con más plazo, o aporte estatal, o incremento de tarifas o cualquier otro factor del régimen económico del contrato, conforme al Art. 74, Nº 2 del Reglamento.

Hoy la norma es bastante teórica pues el seguro de catástrofe que se exige en todas las concesiones chilenas, en la práctica elimina el reembolso, pues esos riesgos tienen cobertura en este seguro.

Sin embargo, en caso de ocurrencia durante la explotación de una concesión la respectiva sociedad concesionaria puede quedar sin ingresos por períodos prolongados de tiempo, ya que dicho riesgo no lo cubre el Seguro de Catástrofe, ni la regulación legal de la Suspensión de la Concesión. Esta eventual falta de ingresos en un período debe ser prevista en los contratos que regulan el financiamiento de las concesiones, ya que no hay seguros especiales, al efecto.

- vii.- Hechos de Contratistas y Subcontratistas.** La responsabilidad por hechos de terceros dependientes del concesionario se transfieren a él, por la legislación general. El artículo 22 Nº 2 de la Ley de Concesiones, para la fase de construcción dispone que: **“El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebran el concesionario con los constructores o suministradores”.**

También en este caso, los concesionarios se precaven de estos riesgos mediante las estipulaciones de sus contratos, con petición de garantías de cumplimiento del contrato o transfiriendo la responsabilidad de tomar seguros al efecto.

- viii.- Retardos o Incumplimientos Estatales.** Ante riesgos de incumplimiento, absoluto o de retardo, de las obligaciones del Fisco-MOP en el contrato, aplicando principios generales de responsabilidad contractual el artículo 22 Nº 3 de esta Ley regula, al menos, para la etapa de construcción el principio de:

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

- ix.- Seguros Especiales.** Como la naturaleza y especificidades de cada obra o del proyecto que se licita y contrata en concesión pueden variar mucho, en ciertas ocasiones es posible se efectúen estipulaciones especiales, sea para:

- ❖ pedir un seguro determinado, o
- ❖ que el Estado asuma ciertos riesgos o los comparte con la concesionaria o los resuelva de un modo diferente, cuando en esa materia no existan seguros comerciales o éstos sean muy onerosos. Ejs.:

a) seguro de riesgo geológico o

b) Puentes viales preexistentes en el programa de Ruta 5. Por su diversa antigüedad y estado era difícil asegurarlos en el mercado a un precio razonable. El Estado asumió en esos contratos:

- que si uno de esos puentes preexistentes debía construirse de nuevo,
- sin que el seguro de daño por catástrofe lo pagara (casos de vicio oculto o vicio propio o de termino de la vida útil)
- la nueva obra será financiada por el concesionario, y
- los costos en que incurra el concesionario se le reembolsarán como se indica en el contrato para pagar nuevas inversiones (mayor plazo o aumento de tarifas)

6.10 HECHOS SOBREVINIENTES O RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL.

6.10.1 Conceptos Generales y su presencia en la Legislación de Varios Países.

El tema es conocido en la legislación de diversos tipos de concesiones como: la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, a partir de una famosa Sentencia de la Corte de Casación de Francia (1916) en diferendo del concedente estatal con concesionaria de servicios de gas al concepto más vulgar y difundido de la RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO.

Por lo general, se trata de casos en que ocurre o puede ocurrir una fuerte ruptura de la equivalencia entre las obligaciones y derechos de las partes, en detrimento de una de ellas que puede tener carácter ruinoso y que no se funda u origina en actos de la otra parte del contrato. Ello lleva a una revisión contractual que produzca su reequilibrio.

También suele presentarse como la institución que regula la ruptura de la relación conmutativa de onerosidad bilateral establecida en el contrato original.

6.10.2. Necesidad Estatal de su Estipulación.

Si bien esta institución lleva o puede llevar en ciertas condiciones a que el estado deba reconocer nuevos derechos al concesionario que repongan el equilibrio contractual de su co-contratante, la ausencia de su estipulación llevaría a:

- a) inviabilizar ofertas en numerosos contratos que interesan al Estado, por la consideración de ocurrencia de imprevistos ruinosos o
- b) encarecer el contrato por las múltiples provisiones que deben hacerse para evitar las posibles contingencias o imprevistos que no resultan asegurables en el mercado o cuyas primas son de muy alto costo.

6.10.3 Hecho Sobreviniente en la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile.

Luego de las sucesivas reformas la Ley de Concesiones, en su Artículo 19, inciso 3º, establece el derecho del concesionario a solicitar la revisión de factores del régimen del contrato, fundado **en causas sobrevinientes, que así lo justifiquen**. Dispone:

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

La letra de la ley, su historia fidedigna, su interpretación según los fines de la norma y su concordancia lógica con el ordenamiento jurídico chileno, lleva a concluir:

- a) sólo el concesionario tiene derecho de solicitar revisión modificatoria del contrato de concesión de obra pública,
- b) sólo se puede fundar en *causa sobreviniente que así lo justifique*,
- c) las Bases fijarán la forma y plazo, en que el concesionario puede solicitar se declare a su favor la ocurrencia de hechos sobrevinientes que justifiquen revisar el contrato y utilizar esos factores para resarcir los desequilibrios perjudiciales sufridos,
- d) estas revisiones modificatorias del contrato se sujetarán y cursarán conforme a lo expresamente previsto en las Bases del respectivo contrato,
- e) dicha solicitud se formulará dentro de la forma y plazo que las Bases establecen,
- f) cuando las Bases de Licitación nada regulen al efecto, el artículo 19 no se deroga. De ocurrir esos hechos, el concesionario presentará el hecho que pretende sea declarado como sobreviniente, fundado directamente en el texto de la ley,
- g) si las Bases de Licitación nada estipularen, la solicitud podrá efectuarse durante todo el transcurso del plazo de la concesión,
- h) la revisión modificatoria de factores del contrato por causa sobreviniente procede por el mutuo acuerdo de las partes del contrato, con control de legalidad por la Contraloría General de la República al tomar razón del respectivo DS aprobatorio,
- i) las controversias que se susciten entre las partes sobre la procedencia o forma de la revisión modificatoria del contrato o si las bases nada estipulan, se hará por la Comisión del artículo 36, o Tribunal, a la elección del concesionario,

- j) se puede revisar para modificar "el sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión" y hacerse "para uno o varios de esos factores a la vez".

La revisión por Hecho Sobreviniente en las concesiones de obras públicas que por lo habitual son de muy largo plazo, busca preservar el contrato ante eventos imprevisibles, imprevistos o sólo imposibles de regular en cada proyecto, por no conocerse la forma en que se presentarían y las consecuencias sobre las partes. Por ello, al legislarse en Chile las concesiones de obras públicas, se priorizó la continuidad del contrato, pues estos contratos administrativos sirven un interés público concreto, permitiendo que se pueda revisar el sistema tarifario, o su fórmula de reajuste, o el plazo de la concesión, usando uno o varios de esos factores a la vez, cuando ocurran elementos de desequilibrio.

El Hecho Sobreviniente que justifique la revisión del contrato es la herramienta ante el "rompimiento del equilibrio económico" básico del contrato en contra del contratista, que debe tratarse de modo individual y específico; luego de ser expresamente alegado por la concesionaria, para su resolución directa entre las partes o con la participación de la instancia conciliatoria, arbitral o jurisdiccional del artículo 36 de la Ley de Concesiones.

Como conclusión, esta institución legal aparece como la más indicada para presentar y revisar la ocurrencia y compensar los efectos de hechos sobrevinientes en las concesiones de obras públicas que lo hagan imposible o ruinoso para la concesionaria.

6.11. RIESGO DE TRÁNSITO.

En general, es un elemento esencial del contrato de concesión de obra pública cuando recae en obras de transporte.

Los costos de construcción, conservación de las obras y de su operación por todo el período de la concesión se pagan -por regla general, **a suma alzada** con el derecho a explotar la obra acorde al sistema tarifario y demás ingresos que comporta cada contrato.

Cabe destacar que la forma en que se estipula en cada contrato es la que distribuye el riesgos de esos ingresos, ya que ni la ley ni el reglamento lo transfieren al concesionario. En refuerzo de esta idea, debemos destacar que el contrato de obra pública no es caracterizado como un contrato al azar o de juego de azar.

El sistema chileno incorpora tres instituciones para acotar este riesgo que ya hemos analizado y son:

- a) el Ingreso Mínimo Garantizado o IMG,
- b) el mecanismo expreso de compartir ese riesgo de tránsito que se estipule expresamente en cada licitación y su ulterior contrato, y
- c) la procedencia del sistema de Hecho Sobreviniente o admisión de la revisión contractual rutinaria estipulado en cada contrato o el general, para casos que "así lo justifiquen".

6.12. SEGURO DE CAMBIO O MECANISMO DE COBERTURA CAMBIARIA (MCC).

6.12.1 Rechazo Inicial a un Mecanismo de Seguro De Cambio.

Al iniciar el sistema en Chile no se incorporó este mecanismo por las siguientes razones:

- A]** En la década de los '80, no hubo flujo de capitales extranjeros al sector de las infraestructuras públicas por el aislamiento internacional del país, tanto por razones políticas como económicas, excepto en flujos de inversión en proyectos mineros y de quienes manejaban deuda pública u otros proyectos acotados.
- B]** Por cuanto el primer programa estatal de concesiones de obras públicas requería montos de inversión de por proyecto de US\$ 14 a US\$ 140.000.000, que no son atractivos para que se instalen en un país grandes empresas internacionales.
- C]** El conocimiento de la negativa experiencia del seguro cambiario en las concesiones de carreteras españolas en la crisis de 1982, que genera reticencias a su estipulación,
- D]** En los años 1991 a 1997 se produce una fuerte revalorización del peso chileno frente a otras divisas lo que genera la gran afluencia de capital extranjero, que además ganaba por revalorización monetaria.

En 1998, la crisis asiática y luego, la rusa y de Brasil en enero de 1999 y diversos asaltos especulativos al valor del peso chileno en esos años, llevan a la urgente necesidad de estudiar un Mecanismo de Cobertura Cambiaria, pues en Chile no había ni hay en el mercado seguros en cantidades tan grandes y en plazos tan largos, por lo general superiores a 12 y hasta 28 años.

Por ello, desde 1999 el MOP ha incorporado derechamente estipulaciones de MCC en el texto de las Bases de Licitación de sus contratos de concesión, algunos vigentes.

El MCC es también uno de los múltiples mecanismos por el que se tiende a distribuir el conjunto de riesgos de la concesión, esta vez, en lo que respecta al tipo de cambio monetario de aquellos proyectos que se pretenden financiar en una moneda extranjera o en el exterior, debido al menor desarrollo de los mercados de capitales en Chile, o a su reducido tamaño o en procura de obtener mejores condiciones de financiamiento que pueden encontrarse fuera del país, etc.

6.12.2 Los Seguros de Cambio y sus Formas Contractuales.

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

Dentro de las alternativas de mercado existentes, si bien las más de las veces de modo teórico o por un plazo muy limitado a pocos años (hasta 4), se anotan:

* **los seguros propiamente tales**, con gama de alternativas teóricas de mercado, que en la Chile por su tamaño reducido y la magnitud y largo plazo de la inversión de las concesiones no tiene alternativas efectivas de mercado.

* **el forward**, contrato en que una parte se obliga a comprar y otra a vender un bien a cierto tiempo futuro por un cierto precio, generalmente se celebra entre instituciones financieras o entre una de ellas y un particular. Ellos se contratan en una Bolsa de Comercio, con importante disminución en sus gastos.

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

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

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

Un ejemplo sería una compañía en Chile que necesita fondos para un proyecto, a la que podría serle más ventajoso obtener esa financiación en el extranjero y no en el mercado doméstico. Al momento del pago del préstamo extranjero, deberá efectuarlo en divisa. Por otro lado, otra empresa puede requerir exactamente lo opuesto, por lo tanto, entre ellas acuerdan: a) intercambiar flujos al efectuarse la primera operación, y b) intercambiar los mismos flujos en futuro con el reajuste correspondiente, pero prefijado al tiempo de efectuar la primera operación.

* **los futuros**, al igual que los forwards, corresponden a un contrato entre partes en que una se obliga a vender y la otra a comprar a un cierto día y al precio que exista para ese cierto día. A diferencia del forward el precio puede variar día a día. El contrato de futuros busca una utilidad extra al inversor, pero aparece cierto riesgo de pérdida.

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

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

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

6.12.3. Contenido del Mecanismo de Cobertura Cambiaria.

Mediante seguros de cambio, se busca aplicar mecanismos para que las sociedades concesionarias obtengan financiación externa, con garantías para afrontar las posibles variaciones mayores en la paridad cambiaria. Debiera permitir optimizar contratos de créditos externos en dólares o euros, con menor tasa de interés y riesgo.

El MCC ratifica el concepto genérico que se hace del contrato de concesión como uno del tipo 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 fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra. Así el Estado asegura a la concesionaria un monto en moneda extranjera (dólares de los EEUU o Euros) en el plazo del contrato de financiamiento, que no puede ser menor a 4 años⁸ y reservándose el MOP el derecho de aceptar dicho contrato.

El sistema funciona como una banda de precio de la divisa, en que las variaciones de más o de menos 10% de su valor respecto de la fecha base que se define a cada contrato en relación a la fecha de vencimiento de cada cuota, implican que el Estado paga al concesionario la diferencia que exceda un mayor valor de la divisa por sobre 10% o que el concesionario pagará al Estado la diferencia que supere el menor valor de la divisa bajo el 10%.

En 1998, a partir de la licitación de la Concesión Sistema Oriente – Poniente (o “Costanera Norte”) el MOP incorporó derechamente en el texto de las Bases de Licitación la opción del adjudicatario de acogerse al MCC, en el capítulo de esas Bases de Licitación, referido a “distribución de riesgos entre la sociedad concesionaria y el Estado”.

6.12.4. Oferta MOP de Incorporar el MCC en Contratos Vigentes.

Para los contratos de concesión vigentes, el MCC debió incorporarse mediante Convenio Complementario que modificase los términos originales del contrato de concesión, para:

- (i) coadyuvar al financiamiento de los concesionarios que, por distintas razones, prefieren optar por financiamiento externo o internacional, y

⁸ Ya hay contratos de seguro de cambio privados por plazo cortos de hasta 4 años.

- (ii) que la concesionaria que se acoja al Mecanismo de Cobertura Cambiaria deberá pagar uno por ciento (1%) de la inversión estimada en las Bases de Licitación de su contrato para financiar obras adicionales de "seguridad vial" del contrato.

El procedimiento general de oferta del MCC a todos los concesionarios existentes, fue informado por el MOP desde junio de 1999, indicando el procedimiento a seguir para que las concesionarias pudiesen optar al MCC. Procede remarcar que el texto de MCC para concesiones preexistentes propuesto por el MOP, es el mismo que se incorporaba en las Bases de Licitación que, en paralelo, se emitían para iniciar nuevos procesos licitatorios.

Como consecuencia de lo anterior, sólo 3 sociedades concesionarias aceptaron acogerse al convenio sobre MCC y suscribieron sus Convenios Complementarios.

6.13. RÉGIMEN TRIBUTARIO.

6.13.1. Conceptos Generales.

Las sociedades anónimas concesionarias están gravados principalmente por el Impuesto a la Renta (D.L. N° 824) y el Impuesto al Valor Agregado - IVA - (D.L. N° 825).

El régimen tributario de las concesiones de OBRAS PÚBLICAS, se fundamentó inicialmente⁹ en interpretaciones de las leyes tributarias vigentes formuladas por el Director del Servicio de Impuestos Internos (SII). Al prepararse la actual ley se buscó dar mayor seguridad a los inversionistas, principalmente extranjeros, por lo que se dio a las normas tributarias aplicables a las concesiones rango legal, con el objeto de otorgarles mayor estabilidad jurídica, credibilidad y comprensión.

Además, en este proceso se introdujeron ciertas mejoras a la normativa vigente de las concesiones, para disminuir los costos financieros, como por ej.: acortar la periodicidad en que el MOP devuelve el valor del IVA de la construcción, en reemplazo de la situación inicial que la realizaba en un solo acto, al final de la construcción, con lo que se acumulaba un impuesto del orden de 3 años por un 18% de la obra.

6.13.2. Objetivos de las Normas Tributarias Incorporadas por la Ley 19.460 de 1996.

I.- Igualar la situación tributaria de los contratos de concesión de obras públicas con las normas aplicables a las otras actividades económicas.

Para ello se atiende a lo peculiar de estos contratos, como:

- ❖ que se construye una obra que será de propiedad de un tercero (el Estado),

⁹ Las 7 primeras licitaciones y contrataciones en la certeza de su régimen y alcances tributarios se basaban en interpretación del Director del SII, autoridad administrativa con facultad de interpretar la ley tributaria.

- ❖ que la obra se pagará por los flujos de ingresos durante muchos años mediante la percepción de las tarifas, pagos del estado u otros ingresos adicionales,
- ❖ los que conceptualmente se **devengan** al momento de iniciarse la etapa de operación del contrato,
- ❖ pero se **percibirán** efectivamente a lo largo de muchos años.

II.- Reconocimiento autónomo de la actividad de “concesionario de obras públicas”.

Para admitir el régimen tributario, inicialmente, se operó con una ficción interpretativa del Servicio de Impuestos Internos que hacía necesario que el concesionario construyera "directamente" parte de la obra, para tener derecho a la devolución del IVA, al asimilarlo a una empresa constructora, aún cuando subcontractase casi el total de la obra a terceros.

Por ello, la concesionaria podrá libremente construir o subcontractar la obra, teniendo derecho a la devolución del IVA.

III.- PERMITE DEVOLUCIÓN PARCIAL - POR ETAPAS - DEL IVA.

En los primeros contratos el concesionario “financiaba” el pago del IVA de la etapa de construcción, por todo el período hasta la recepción final de la obra y determinaba con el MOP, su valor definitivo. Sólo entonces el concesionario emitía la factura por el valor total de la obra y su IVA. El MOP pagaba el IVA, sólo en ese momento, en un acto único. En cambio, el valor de la obra se percibirá durante los años del plazo de explotación.

La norma actual posibilita los pagos del IVA periódicamente, con facturas por avances parciales, que disminuyen el costo financiero.

IV.- EL IMPUESTO A LOS SERVICIOS SE PAGA AL “PERCIBIRSE EFECTIVAMENTE LOS INGRESOS”.

Conceptualmente, la “inversión” del concesionario es su activo. Sin embargo, en las concesiones de obras públicas, la obra es siempre de propiedad fiscal. Por ello, en el balance el “activo” del concesionario es el “precio de la obra”.

Al iniciarse la operación de la concesión su precio se “devenga” instantáneamente, generando la obligación del pago tributario correspondiente. Esto ocurre por la aplicación llana de las normas tributarias generales, que obligan al pago al “devengarse o percibirse, lo primero que ocurra”. Sin embargo, en estos casos, el pago se percibirá a lo largo de muchos años y en la mayoría de ellos, en más de una década.

Por razones de equidad tributaria, las nuevas normas regulan que estos impuestos se incorporan a cálculo y obligación de pago sólo cuando, se perciban efectivamente.

V.- LOS USUARIOS DEL PEAJE NO PAGAN IVA.

Sin embargo, la concesionaria puede recuperar sus pagos de IVA de la operación, tales como: compra de materiales o insumos para la construcción, reparación, operación y otros. Por ello, se establece la ficción legal de que un porcentaje de los ingresos quedará sujeto a IVA para efectuar con esos valores la devolución (crédito fiscal que se compensa) de los pagos efectivos de IVA de la sociedad concesionaria.

El IVA de la fase de construcción lo devuelve el MOP, como "propietario" de la obra, en representación especializada del Estado, en esta área.

VI.- REGULACIÓN TRIBUTARIA PRECISA PARA LAS CESIONES VOLUNTARIAS O FORZOSAS, DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Se establecen normas para cada caso, precisando los hechos y momentos gravados tributariamente y las normas aplicables, en cada hipótesis, al concesionario cedente y al cesionario (nuevo concesionario).

7.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

7.1. ETAPA DE LA CONSTRUCCIÓN.

El principio dominante es que las obras se construyen a riesgo del concesionario, asumiendo éste todos los gastos que se originen hasta la total terminación y explotación de la obra, aún cuando procedan del caso fortuito o de la fuerza mayor o de cualquier otra causa. El Estado podrá concurrir al pago de los perjuicios del caso fortuito o la fuerza mayor, si se encuentra establecido en las Bases. Es decir, el concesionario asume los riesgos de construcción.

Durante la construcción, el Ministerio mantiene las funciones de control del proyecto y obra. Para ello, se designa un Inspector Fiscal de la Obra, que será la contraparte de la construcción. Normalmente, éste dispondrá de una Asesoría Técnica, contratada.

7.2. ACTUACIONES PRELIMINARES A LA CONSTRUCCIÓN.

A) Aprobación del proyecto (ingeniería o arquitectura) Después de perfeccionarse el contrato, el concesionario deberá obtener la aprobación conceptual del proyecto constructivo y su desarrollo de la llamada "ingeniería de detalle", antes de poder iniciar la construcción y en casos, de la entrega de las tierras públicas o que se expropián al Ministerio.

B) Entrega de terrenos públicos y expropiaciones. Desde que se aprueba el proyecto el Ministerio está obligado a entregar los terrenos para las obras.

Las expropiaciones, son de responsabilidad del estado estableciendo que "en el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, éstas se llevarán a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida" en las normativas orgánicas del Ministerio y en la ley de expropiaciones vigente.

7.3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN, ETAPA DE LA CONSTRUCCIÓN.

En general, rigen los mismos principios que en la ejecución de cualquier contrato fiscal de obra pública, en materia de la obligación de mantener el tránsito y en la referida a las aguas, minas y otros materiales que se encuentren durante la ejecución de la obra.

Hay norma específica en la Ley que regula que las servidumbres (Art. 16), que deban ser modificadas y restituidas serán siempre de responsabilidad y costo del Concesionario. Sin embargo, en ciertas concesiones urbanas para acotar los riesgos económicos y de retardo que ellos pueden implicar, hace que las servidumbres o cambios de servicios públicos sea de cargo y responsabilidad del Ministerio.

Si alguna causal de retraso en las obras ocurre y es imputable al Fisco, Ej.: demora en las expropiaciones, debe aumentarse el plazo del contrato por un término igual al de la

interrupción, sin perjuicio de las demás "compensaciones" que procedan por expresa disposición del Art. 22 N° 3 de la Ley de Concesiones.

Esta etapa termina con la recepción provisoria, parcial y total y definitiva de las obras, que se encuentra reglamentada, bajo el nombre de Puesta en Servicio Provisoria y Definitiva y cuyo retraso tiene fuertes sanciones de multa.

7.4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN, ETAPA DE EXPLOTACIÓN.

El régimen jurídico de la fase de explotación, es regulado por el Art. 23 de la ley. Destacan las siguientes bases:

- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesorios y el nivel de los servicios, en condiciones normales de uso.
- La continuidad de la prestación del servicio le obliga a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad y a suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligros a los usuarios, salvo que esas medidas, alteren la normalidad del servicio, obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación. La obligación de servicio sólo se exime respecto de quienes no cumplan el reglamento de uso de las obras.
- **El Servicio debe ser prestado ininterrumpidamente**, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor. Las normas reglamentarias y del contrato, definen los niveles de servicio y la forma en que las partes concurren a superar el daño del caso fortuito y fuerza mayor.
- El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.
- El Ministerio mantendrá una Inspección Fiscal durante la etapa de explotación y tiene derecho a acceder directamente a la información de la empresa.
- **Responsabilidad ante terceros:** El Art. 34º de la ley establece el principio general de que: "El concesionario responderá de los daños de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas después de haber sido adjudicado el contrato."

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

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

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

El Artículo 36 crea dichas Comisiones, define su alcance, les otorga facultades genéricas de Conciliación y Arbitraje, regulando su funcionamiento en dicho carácter. Además, la constituye en Tribunal Especial para el tratamiento y resolución de ciertas materias administrativas, que pueden ser contenciosas o no contenciosas. Analizaremos sus principales atribuciones y particularidades:

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

“Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora, que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este último será designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

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

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

- Composición tripartita y procedimientos de la Comisión Conciliadora y Arbitral. **“Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. La Comisión deberá determinar sus normas y procedimientos, debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las**

pruebas y antecedentes que éstas aporten; y deberá establecer, en cuanto se designen sus integrantes, el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte”.

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

- Procedencia obligada de la Conciliación:

Su inciso 3º dispone, que **“Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes”.**

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

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

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

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

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

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

El inciso 6º regula el procedimiento si la sociedad concesionaria prefiera actuar ante los Tribunales Superiores,

“En el evento de que el concesionario interponga el recurso ante la Corte de Apelaciones, éste se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica

Constitucional del Banco Central de Chile, y a las disposiciones que se señalan a continuación:

1º no será exigible la boleta de consignación.

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

➤ **Efectos de que el concesionario no interponga recurso arbitral o judicial.**

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

➤ **Tribunal Administrativo legal especial.**

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

- Suspensión de la concesión, según artículos 26 y 30;
- Previo a aplicar multas de cierto monto o reclamo por otras menores, artículos 29 y 30;
- Extinción de la concesión, artículo 27;
- “Incumplimiento Grave”, artículos 27 y 28
- Abandono de la concesión, artículo 37;
- Compensaciones ante el No acuerdo de las partes en inversiones adicionales de los artículos 19 incisos 1º y final y 20;
- Definición y regulación de la causa sobreviniente, artículo 19 inciso 3º y final.

➤ **Terceros autorizados por ley a participar en procedimientos en la Comisión.**

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

7.6. TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y DE LA CONCESIÓN.

La ley prevé el término del contrato de concesión por cesión y por las causales de terminación de la concesión.

Se ha eliminado el "incumplimiento grave" como causal directa de terminación de la concesión, definiendo un mecanismo de "licitación o subasta" para una nueva adjudicación de los derechos del contrato, por lo que resta del plazo (cesión y liquidación forzosas del actual contrato). A la vez, se garantiza el pago preferente de los financistas con ese producto. (Modificación al Art. 27 de la Ley), y

7.6.1. La Cesión del Contrato de Concesión.

A su vez, puede distinguirse entre cesión voluntaria y forzosa.

- **CESION VOLUNTARIA.** La ley, con autorización del Ministerio, permite la "cesión" del contrato. Ella debe ser total y sólo puede hacerse a personas naturales o jurídicas, habilitadas para ser licitante. En el caso, deben cumplirse los mismos actos administrativos y formas que al perfeccionar el contrato (D.S. de Adjudicación, constituir la Sociedad Concesionaria, suscribir y protocolizar el DS., garantías, etc).

- **CESION FORZOSA.** Esta figura legal se encuentra en la ley vigente, en los siguientes casos:

- a) con ocasión de la quiebra, en que es posible transferir los derechos del contrato como universalidad jurídica, por el plazo que resta de la concesión.
- b) al haberse modificado el carácter de la anterior causal de terminación absoluta del contrato por "incumplimiento grave", se origina un procedimiento que elimina el "incumplimiento grave" como causa de extinción definitiva del contrato, en resguardo del derecho de terceros, en especial de sus financistas.

Al verificarse dicha causal se permitirá al Ministerio intervenir la sociedad concesionaria, sólo con facultades de administración, después que el concesionario ejerza sus derechos de reclamación por la medida ante la Comisión Conciliadora y la Justicia Ordinaria, que en su resguardo establece el Art. 35 de la Ley.

Al consolidarse la declaración de "incumplimiento grave" el Ministerio podrá intervenir a la concesionaria y se pondrá término al contrato de concesión vigente. En ese evento, el MOP deberá proceder, en un plazo máximo de 180 días, a "licitar o subastar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, al mejor postor y sin mínimo". Sobre dicho pago se harán efectivas las acreencias de terceros. Si efectuados los pagos, queda un "remanente", se le entregará a la sociedad concesionaria.

7.6.2. Causales de Terminación de la Concesión.

En la ley de 1982, éstas eran numerosas. Todo el trabajo de reforma, ha llevado a disminuirlas. Se eliminó la "quiebra" y la "destrucción total de la obra", reemplazando las normativas aplicables. Las causales actuales de terminación del contrato quedan muy reducidas, están contenidas en el Art. 27 y son:

N° 1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó. El que se fija en las Bases y el Decreto de Adjudicación, que no puede ser superior a los 50 años.

N° 2.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario. Actualmente es una causal de cesión forzosa del contrato vigente y no constituye una causa de terminación absoluta de la concesión, salvo que en el plazo previsto ella no sea cedida a tercero apto para recibirla y que cuente con la autorización del MOP. Ellos son: cualquier persona que cumpla los requisitos exigidos por las Bases de Licitación para postular a esa concesión o por mandato del Art. 21 de la Ley, a quienes tengan constituida en su favor la prenda especial de concesión de obra pública.

Como ejemplo indicamos las causales de terminación anticipada del contrato, en una de las concesiones del programa de vialidad urbana:

¹⁰ EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

- a) Disminución del capital de la Sociedad Concesionaria sin autorización expresa del MOP.
- b) Demoras no autorizadas en la construcción de la obra por un periodo superior a un año.
- c) No cumplimiento reiterado de los niveles mínimos de servicio establecidos en las Bases y en el Reglamento de Servicio de la Obra.
- d) Cobranza reiterada, al menos tres veces, de tarifas superiores a las autorizadas.
- e) Incumplimiento reiterado de las normas de conservación y mantenimiento de las obras.
- f) No constitución o reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases.
- g) No pago de las cantidades señaladas en 1.11.1 por concepto de las Obras que se entregan para ser usadas en la Concesión.
- h) Incumplimiento de la Sociedad Concesionaria de la Obligación de enterar el capital inicial de la misma, en el plazo indicado en 1.6.2.”

La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión se encuentra regulada en el artículo 28 de la Ley, que dispone:

¹⁰ Bases de Licitación Sistema Oriente Poniente de Santiago, numeral 1.10.4.2.

- que el MOP deberá solicitar esa declaración,
- ante la Comisión Conciliadora establecida en el artículo 36 de la ley,
- fundándose en alguna causales establecida en el respectivo contrato de concesión o en sus bases de licitación, y
- la Comisión Arbitral, resolverá como "arbitro".

Cuando se declare el incumplimiento grave del contrato por esa Comisión, el MOP designará un interventor, con sólo las facultades necesarias para velar por que se cumpla el contrato de concesión, siéndole aplicables la normas del artículo 200, números 1 al 5 de la Ley N° 18.175, sobre Quiebras. Este interventor responderá de culpa levísima.

Luego el MOP licitará públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, en el plazo de 180 días contados desde esa declaración. Las bases establecerán los requisitos que ha de cumplir el nuevo concesionario. Éstos en ningún caso, podrán ser más gravosos que los requeridos al concesionario original. Al asumir el nuevo concesionario, cesa en sus funciones el interventor.

En el primer llamado a licitación, el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario, ni inferior a la mitad en la segunda licitación. A falta de interesados, se efectuará una tercera licitación, sin mínimo.

La norma especialísima del artículo 28 de la Ley de Concesiones establece: "La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hará exigibles los créditos que se encuentren garantizados con la prenda establecida en el artículo 43 de esta ley. Ellos se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario."

"En el evento de que durante la intervención la sociedad concesionaria hubiere contratado créditos con la aprobación de los acreedores indicados en el inciso anterior, y dichos créditos fueren exigibles, ellos se harán efectivos en el producto de la referida licitación con preferencia a los garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública."

En resumen, el incumplimiento grave lleva a la cesión forzosa de la concesión y los fondos que por ella se obtengan pagarán las acreencias del concesionario anterior, con la prelación de pagos del derecho común y la alta preferencia que tendrá el financista o garante del financiamiento que tenga en su favor prenda especial concesión de obra.

N° 3.- Mutuo acuerdo entre el Estado y el concesionario, contenida en el N° 2 del Art. 27 de la Ley. No tiene mayores regulaciones legales y el MOP sólo podrá acordarla con el concesionario, conforme al artículo 43 de la Ley si los acreedores con Prenda Especial de obras públicas constituida en su favor, si los hubiera, aceptan en forma previa.

N° 4.- Las que se estipulen en el contrato de concesión. Hasta ahora no se ha usado esta causal en las Bases.

Las dos últimas causales pueden consistir en una eventual forma de "recompra" por el MOP cuando se presentan determinadas condiciones en obras muy especiales u otra circunstancia de término, originada en particularidades de un proyecto.

El caso anterior y la quiebra no ponen término a la concesión sino que fuerzan su cesión con pago. El valor de lo pagado se aplicará a las deudas del concesionario anterior y si hay remanente a los accionistas de la concesión.

La autoridad no puede ponerle termino sino en dichos casos y cuando no existan interesados en la cesión forzosa de la concesión.

8.- PROYECTOS DE CONCESION POR INICIATIVA PRIVADA.

El Art. 2° de la Ley de Concesiones establece los fundamentos de la iniciativa privada de obras públicas por concesión, que pueden postularse ante el Ministerio de Obras Públicas. Esta institución ha sido creada y ampliada en las sucesivas reformas legales de los años '90, para fortalecerla.

Sin embargo, por diversas causas las iniciativas privadas no han tenido la envergadura de los importantes programas de obras de iniciativa estatal, salvo el caso de aeropuertos y algunas obras de vialidad.

8.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El DFL MOP N° 591 de 1982 sobre ejecución, reparación y mantención de obras públicas por concesión no contemplaba la iniciativa privada para proponer proyectos.

La actual legislación de concesiones regula esta institución, con las siguientes bases:

- La posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica, postule la ejecución de obras por concesión.
- La facultad del Ministerio de aprobar o rechazar fundadamente, la idea o proyecto presentado, en un año plazo desde su presentación.
- La "Presentación" debe cumplir con la base mínima de información que define el Reglamento y los estudios siguientes se desarrollan con los contenidos reglamentarios y los especiales, que pueda pedir el MOP.
- Si la obra propuesta es aprobada, el MOP deberá licitarla, en el plazo de un año, contado desde que se aprueba la solicitud. Por excepción el plazo de estudio y aprobación de estos proyectos puede demorar dos años a solicitud expresa del postulante al presentar esa idea y únicamente en proyectos de gran envergadura o complejidad técnica o con una muy alta inversión inicial. En ellos, el Ministerio queda facultado para fijar subetapas en la entrega de esos estudios, al término de las cuales podrá rechazar la idea propuesta o definir nuevos estudios.
- El postulante de una idea aprobada por el MOP. "tendrá derecho a un premio en la evaluación de su oferta en la licitación, cuya consideración será especificada en el Reglamento y en las Bases".
- El Ministerio podrá ofrecer al postulante el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición.

8.2. PROCEDIMIENTOS Y ETAPAS.

El procedimiento de aprobación de una idea tiene etapas, cuyo cumplimiento comporta ciertos derechos adquiridos de su postulante.

8.2.1 La Etapa de "Presentación". (Art. 4° del Reglamento).

Pueden ser propuestas las ideas que:

- no estén siendo estudiadas por el MOP, por sí o por iniciativa privada, para su desarrollo por este sistema, y
- siempre que su estudio no esté expresamente reservado al Fisco. Por ello, tampoco deben admitirse las ideas que interfieran la "zona de influencia" de otro proyecto o concesión, de origen público o privado, en actual estudio.

Los contenidos mínimos obligatorios de una "Presentación" se regulan en el Reglamento. Su contenido técnico y económico es el básico para individualizar la obra y poder definir si existe interés fiscal en la formulación de un Anteproyecto más desarrollado.

Esta "Presentación" se entregará en la Oficina de Partes de la DGOP, la cual registrará su fecha y hora. En el plazo de un mes, el Ministerio contestará si existe interés o no en la iniciativa. En este período se realiza una consulta a todos los entes públicos concernidos por dicha idea.

Si la respuesta ministerial es positiva, se pasa a la fase de "Proposición". Pero, esa aceptación **no implica** la aprobación definitiva del proyecto, sino sólo el interés de conocerlo en detalle, sin responsabilidad ulterior para el MOP.

Si la respuesta es negativa, la idea puede ser presentada de nuevo, pero el Ministerio no tiene plazo para su respuesta, en ese evento.

8.2.2 La Etapa de "Proposición".

Los artículos 4° al 10° del Reglamento, se refieren a la "Proposición", a su plazo, contenido de los estudios, sus requisitos y los derechos del "postulante".

Existen variables de plazo según la complejidad de los estudios y pueden llegar hasta 2 años sólo si así lo solicita el proponente y lo acepta el MOP., en caso de proyectos de gran complejidad técnica o de alta inversión.

Se establece que el proponente deberá presentar una boleta de seriedad cuyo monto está en relación con la inversión estimada y que más adelante se presenta.

La no entrega de "la Proposición" en el plazo reglamentario, lleva a que se considere que el proponente se desiste de la idea. Facultativamente, el MOP podrá, en ese momento, asumirla como propia. Si no ocurre, la idea queda disponible a otra "presentación".

El "proponente" que incumple el plazo no está impedido legal, ni reglamentariamente para iniciar un nuevo proceso. Pero, la práctica ministerial llevará, posiblemente a rechazar la misma "Presentación", hecha por persona o empresa que no ha cumplido.

Los estudios de la "Proposición" tienen 3 tipos de elementos:

- 1) Requisitos administrativos.
- 2) Descripción de la concesión, características del servicio y evaluación privada y social, identificando costos e ingresos del concesionario.
- 3) Prefactibilidad Técnica y Económica.

La entrega de los estudios de la "Proposición" habilitan al proyecto del "postulante" para que el Ministerio decida su ejecución por concesión.

El proponente debe entregar una boleta de garantía de seriedad, dentro de los 30 días de aprobado el proyecto en función del monto de inversión estimada, que indicaremos.

8.3. DERECHOS INVOLUCRADOS AL CONCLUIR LA "PROPOSICIÓN".

El "postulante" que cumple en forma y plazo se habilita para recibir los diversos derechos y premios que establecen la ley y el reglamento y son:

8.3.1. Caso de "Proposición" Aprobada.

Los derechos de quién postula una iniciativa privada de obra por concesión cuya Proposición es aprobada, son:

A) El derecho al premio del incremento en el puntaje final de la evaluación de su oferta económica.

Consiste en un incremento en la evaluación de la oferta económica del proponente.

Para hacer efectivo ese derecho, esa norma dispone que: El Postulante podrá presentarse a la licitación... acompañando toda la documentación solicitada en las Bases y la copia del Oficio respuesta que acredita la aceptación de su Proposición". Como contrapartida, "la Proposición se entenderá transferida al Ministerio de Obras Públicas a cambio del premio en la evaluación de la propuesta." (Art. 10º N° 1)

- i.- **Proyectos con inversión estimada de hasta UF 300.000¹¹**, tienen incremento de 8 % al evaluar la oferta en la licitación y su garantía de seriedad que debe entregar al MOP es de UF 1.000¹²,

¹¹ La Unidad de Fomento, el 12.11.2002 valía US\$ 23.34, por lo que UF 300.000 eran US\$ 7.025.000 y UF 800.000 a US\$ 18.700.000, valores sujetos al tipo de cambio.

¹² Las garantías de seriedad alcanzaran a US\$ 23.340, US\$ 70.020 y de US\$ 116.700, respectivamente.

- ii.- **Proyectos con inversión estimada entre UF 300.000 hasta UF 800.000**, tienen incremento de 5% al evaluar la oferta y su garantía de seriedad al MOP es de UF 3.000
- iii.- **Proyectos con inversión estimada superior a UF 800.000**, tienen incremento de 3% al evaluar la oferta y su garantía de seriedad al MOP es de UF 5.000

B) Posible oferta de reembolso de los costos de los estudios de "la proposición". (Art. 2° de Ley de Concesiones)

La ley prevé una doble discrecionalidad del MOP para ofrecer el reembolso de los costos de los estudios de la "proposición" y la de hacerlo, en forma total o parcial.

En la práctica se otorga sólo a ideas de importancia e interés, para ofrecer reembolso, contra la ejecución de estudios que viabilicen una rápida licitación. Al contrario, se evita formularla o se rechaza, en casos de bajo interés público y en los que pueden ser una especie de "autocontratación" de estudios.

Las hipótesis legales de formularse oferta de pago, de la forma recogida en la práctica administrativa del MOP y el obligado al pago, son:

- i. Si no se licita, el MOP,
- ii. Si se licita por un sistema distinto al de concesión, debiera ser el mismo Ministerio,
- iii. En caso de adjudicación en la licitación a un tercero, el tercero y
- iv. Si el adjudicado es el mismo proponente de la idea, los costos se estiman pagados por el sólo hecho de la adjudicación del contrato de concesión.

C) Derecho Adicional del Proponente.

El podrá ceder (aportar) el premio al grupo con que forme parte en la licitación, (Reglamento Art. 10, inc. 4°).

8.3.2. Caso de Rechazo de la Proposición.

Si la "Proposición" es rechazada, también surgen ciertos derechos para el postulante. Estos son:

- la iniciativa se mantendrá como de propiedad del postulante,
- no podrá ser objeto de licitación por concesión sin antes notificar esa situación al postulante dueño de la iniciativa, a fin de que concurra a la licitación y opte al premio que le corresponda en la evaluación de su propuesta, hasta por tres años, y
- la no concurrencia a la licitación del postulante debidamente notificado mediante el envío de una carta certificada dirigida al domicilio indicado en la presentación, implicará su renuncia a todos los derechos como impulsor de dicha iniciativa.

8.4. PRESENTACIONES DE ORIGEN PRIVADO.

En sus 7 años desde la vigencia de esta institución al entrar a regir el primer Reglamento de la Ley de Concesiones¹³ y hasta el 2 febrero de 1999, en 6 años y 10 meses el sistema ha recibido "Presentaciones" de proyectos de iniciativa privada de **176** proyectos. Esta cifra se encuentra depurada de duplicaciones y triplicaciones de ciertas ideas.

Desde el punto de vista de la materia a la que se refieren estos proyectos, pueden clasificarse según los siguientes tipos:

1.-	OBRAS VIALES	:	100
2.-	METRO Y FFCC	:	12
3.-	AEROPUERTOS	:	21
4.-	ARIDOS, DEFENSA FLUVIAL, RECUPERA RIBERA RÍO	:	9
5.-	PUERTOS	:	3
6.-	ADUANAS	:	1
7.-	ESTACIONAMIENTOS SUBTERRÁNEOS	:	5
8.-	AMBIENTALES	:	16
9.-	TUNEL CANAL CHACAO	:	2
10.-	CÁRCELES	:	2
11.-	OTROS	:	5
	TOTAL	:	176

8.5. OBRAS DE INICIATIVA PRIVADA LICITADAS.

8.5.1. Obras Viales por Concesión de Iniciativa Privada.

Se han licitado, contratado y ejecutado obras viales por el sistema de proposición de iniciativa privada, entre las que destacan:

- ❖ **Camino del Ripio**, pequeña obra de conectividad de la Ruta 5 Sur con una zona de producción y extracción de áridos del río Maipo, que fue la segunda iniciativa privada presentada. Se licitó por haberse rechazado de modo obligado la primera iniciativa privada de vialidad urbana, por dificultades técnicas y ciudadanas

Luego de licitado este proyecto, él se hizo inviable económicamente por exigencias ambientales y por razones técnicas de prohibición de extracción de esos materiales.

- ❖ **Acceso vial al Aeropuerto AMB. de Santiago**. Obra de conectividad vial entre la Avenida de Circunvalación A. Vespucio y ese Aeropuerto. Es una obra pequeña iniciada en 1996 y en explotación desde 1997, con inversión algo superior a US\$ 10.000.000 inicial. Con un solo peaje troncal múltiple y bajo peaje: tarifa auto 1/2 dólar, atiende unos 12.000 vehículos / día, con buena rentabilidad relativa.

¹³ El DS MOP N° 240 promulgado el 30 de septiembre de 1991 que entró en vigencia a su publicación en el Diario Oficial el 8 de abril de 1992

- ❖ **Camino Santiago - Colina - Los Andes**, importante carretera de unos 80 Kms., de tipo suburbana y de larga distancia al norte de Santiago. Su inversión inicial es de unos US\$ 132.000.000, que se aumento en dos convenios por necesidades de desarrollo urbano. En operación parcial desde 1999 y total desde el 2000.
- ❖ **Variante a Melipilla**, es un By Pass de una ciudad rural y construcción de un nuevo puente en río Maipo, especialmente usada en temporada primavera verano y por habitantes de esa ciudad. Está adjudicada sin iniciarse la construcción. La inversión inicial es de US\$ 19.000.000 y se incrementará por adelantamiento de construcción de puente nuevo. No se paga en dinero la mayor inversión, sino que se compensa con otras obras. Conceptualmente sería un derivado de la concesión de Ruta 78.
- ❖ **Ruta Interportuaria Talcahuano – Penco**. Conceptualmente es anexa a obra en concesión del Acceso Norte a Concepción que unirá el tránsito de larga distancia y de otros Puertos entre sí (Talcahuano, San Vicente y Lirquén). Adjudicada con expropiaciones en ejecución y próxima a iniciar construcción.
- ❖ **Anillo Intermedio, Tramo Salto-Kennedy**, en programa para licitación en 2003. Es una obra de conexión urbana mediante un túnel en la cadena montaña urbana de Santiago del sector oriente y norte. Costo inicial estimado de unos US\$ 32.000.0000. Unirá importantes concesiones directa o indirectamente, son: a) Sistema Oriente Poniente, b) Américo Vespucio Nor Poniente, c) Colina – Los Andes y d) Ruta 5 Santiago - Los Vilos.
- ❖ **Concesión Américo Vespucio Sur (Ruta 78 - Avda Grecia)** Importante sector de un solo proyecto de iniciativa privada que debió dividirse en 3 sectores para integrarla en los planes urbanos de transporte. En éste se debió modificar el proyecto para incorporar una nueva línea de Metro (Nº 4). El proyecto está licitado y contratado en concesión, en fase de ingeniería y expropiaciones, previa al inicio de la construcción. Debe comenzar a construirse en los próximos meses, con inauguración prevista al 2005.

Concesión Américo Vespucio Norponiente, Avenida el Salto y Ruta 78. Ya adjudicada, corresponde a un tercio conceptual del proyecto inicial, con inversión estimada de UF 10.100.000, ó unos US\$ 240.000.000.-

8.5.2. Obra Vial Por Iniciativa Privada en Licitación Como Estatal.

La Concesión Acceso Nororiente, en actual licitación, es también una obra vial moderna y de alta técnica e inversión por Km. En efecto para 23 Kms. tiene 4 túneles dobles que totalizan 4 Kms. e inversión de unos US\$ 160.000.000 para tránsito urbano, suburbano y de conexión a rutas de larga distancia. Fue licitada en 1999-2000 como iniciativa privada, pero las bajas condiciones de IMG que se le fijaron hicieron que no se presentaran ofertas. Ahora se ha concordado un aporte de empresas privadas inmobiliarias, por casi

US\$ 18.000.000 lo que permite estimar posible su éxito y transparentar los oponentes, eliminando el peso de beneficios inmobiliarios.

8.5.3 Concesiones de Aeropuertos de Iniciativa Privada.

Las concesiones aeroportuarias en Chile, en su gran mayoría se refieren a construcción, conservación y operación de las **terminales de los aeropuertos**, vialidad de acceso, estacionamiento vehiculares e inversiones complementarias en plataforma y pistas de carreteo, más los servicios en tierra y la mayor parte de los servicios de apoyo al funcionamiento del aeropuerto, excluyendo la autoridad aeronáutica.

Por lo anterior el grueso de los proyectos tienen inversiones menores a US\$ 15.000.000, por lo que dos o tres grupos de empresas nacionales promovieron la mayoría de los **Proyectos de Concesiones de Iniciativa Privada** de:

- 1.- Terminal de Aeropuerto de Iquique (Diego Aracena),
- 2.- Terminal de Aeropuerto de Puerto Montt (El Tepual),
- 3.- Terminal de Aeropuerto de La Serena (La Florida),
- 4.- Terminal de Aeropuerto de Antofagasta,
- 5.- Terminal de Aeropuerto de Calama,
- 6.- Terminal de Aeropuerto de Concepción (Carriel Sur), y
- 7.- Nuevo Aeropuerto y Terminal de Atacama (IVª Región)

En cambio las Concesiones de Aeropuertos por Iniciativa Pública, han sido:

- 1.- 2ª Etapa del **Terminal de Aeropuerto de Santiago**, muy relevante en inversión,
- 2.- Terminal de Aeropuerto de Punta Arenas, por alto flujo turístico
- 3.- Terminal de Aeropuerto de Arica, en fase final de estudios previo a la licitación
- 4.- Nuevo Aeropuerto de IXª Región (Temuco), que debe desplazarse del actual por razones de límite de capacidad de pista por situación orográfica, y
- 5.- Nuevo Aeropuerto IVª Región, en estudio final.

Por las características de estas obras, representan la mayor inversión, principalmente pues incluyen los aeropuertos nuevos que deben construirse para reemplazar a otros y ya que la sola inversión en Santiago supera la de todos los demás aeropuertos.

Cabe hacer presente que en los primeros análisis y estudios sobre concesiones se consideraba que pocos terminales de aeropuertos podían ser rentables por concesión, por lo que se decidió dar más espacio a proposiciones y estudios de iniciativa privada que fuesen analizando las condiciones de rentabilidad en otros aeropuertos.

La decisión de ejecutar 3 nuevos aeropuertos en las Regiones IIIª, IVª y IXª y de construir la segunda pista del Aeropuerto de Santiago, se basa en un aumento de cobro de la tasa de embarque aeroportuario internacional, de US\$ 18 a US\$ 25 para igualar lo que se cobra en países vecinos. Con esos mayores ingresos se subsidiará esas concesiones de aeropuertos nuevos y se construirá la segunda pista del Aeropuerto de Santiago, como obra fiscal tradicional.

9. RESEÑA DE LOS PROGRAMAS DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

El programa ejecutado de concesiones de obras públicas se ha estructurado, en 10 años de estudios de origen estatal y privado, para obras licitadas y contratadas o en proceso muy avanzado de perfeccionamiento, incluyendo concesiones de:

- a) vialidad interurbana
- b) vialidad urbana,
- c) terminales de aeropuertos,
- d) cárceles
- e) obra de regadío,
- f) tren y metro,
- g) otras obras.

RESUMEN GENERAL CONCESIONES EN CHILE

Concesiones de Obra Pública	Montos (US\$)
Viales Programa Inicial	415.856.715
Viales Ruta 5	2.298.405.612
Viales Interurbanas	1.158.000.000
Viales Urbanas	1.378.000.000
Viales Otras	455.000.000
Total Viales	5.705.262.327
Aeropuertos	455.891.150
Ferrocarriles	591.000.000
Cárceles	259.000.000
Obras Hidráulicas	247.000.000
Otras	66.000.000
Total	7.324.153.477

9.1. OBRAS LICITADAS.

Las licitaciones se iniciaron en 1992, con una principalmente de tipo experimental, por el bajo monto de inversión relativa: Túnel El Melón, mayor complejidad técnica y disponer de alternativa vial. Ello permitió recrear conocimiento sobre estos temas, tanto al sector público como privado. De las experiencias iniciales nacieron las reformas legales de las leyes 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, destinadas a ampliar y perfeccionar el sistema.

A.- En la actualidad, hay 33 obras licitadas, con contrato perfeccionado, o en perfeccionamiento, uno de las cuales está extinguido de mutuo acuerdo.

B.- Hay 3 más en trámite de adjudicación:

- **Cárceles Grupo N° 2**, incluye los recintos de Concepción y Antofagasta,
- **Nuevo Aeropuerto de Atacama**, primer aeropuerto enteramente nuevo que incluye nueva localización, pistas y edificio terminal de pasajeros y controles, y
- **Ruta 60**: Carretera en Valle del río Aconcagua, en parte con trazados nuevos y en otros con mejoramiento de los existentes.

C.- Hay otras 4 concesiones en actual proceso de licitación ya iniciado, que agregan unos US\$ 860.000.000 millones adicionales, y son:

- **Complejo Ecológico y Recreativo, Cultural Metropolitano**: (incluye nuevo Zoológico de Santiago), con inversión estimada de US\$ 50.000.000
 - **Ferrocarril Melipilla - Santiago – Batico**, (tren urbano – suburbano N – S al centro poniente de Santiago, que utiliza el trazado de un antiguo tren interurbano y que se integra con redes de Metro y otras urbanas), con inversión estimada de US\$ 300.000.000 para el tramo obligatorio Melipilla – Santiago.
 - **Puente sobre el Canal de Chacao**, con inversión estimada de US\$ 350.0000.000 para 2,80 Kms. de Puente con un solo apoyo intermedio que une el continente y la Isla Grande de Chiloé, a 1.100 Kms. al sur de Santiago, y
 - **Acceso Nororiente a Santiago**, con inversión de US\$ 160.0000.000 para 22 Kms., de los cuales 4 tienen túneles de doble calzada
- Todas las concesiones que se analizan licitadas o en licitación representan una inversión básica inicial del orden de US\$ **7.324.153.477** para las obras básicas, sin incluir posteriores aumentos de obra producto de modificaciones del contrato.
 - Debe considerarse que la mayor parte de las obras viales reciben modificaciones contractuales que incrementan la inversión para:

- Mitigar impactos territoriales, mediante cruces peatonales, enlaces a desnivel o calles de servicios
- Incorporar nuevas obras en ellas, Ej.: canalización de aguas lluvias en obras urbanas de Santiago, etc.,

9.2. PROCESO DE LICITACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS

9.2.1. Obras Camineras.

A) PROGRAMA INICIAL EXPERIMENTAL ESTATAL.

Concesiones - Programa Inicial	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (Meses)
Túnel el Melón	08-04-1993	31.100.013	276
Camino de la Madera	29-04-1994	31.255.603	300
Acceso Norte a Concepción	06-01-1995	213.681.512	336
Autopista Santiago –San Antonio	16-06-1995	128.106.830	276
Camino Nogales – Puchuncaví	30-08-1996	11.712.757	264
TOTAL	-	415.856.715	-

B) RUTA 5 O PANAMERICANA.

Este programa se definió en 1992 para la distancia entre La Serena y Puerto Montt, con unos 1.500 Kmts lineales, de los cuales 490 quedan al norte de Santiago y unos 1000 Kms. al sur. En esta zona habita el 91% de la población chilena.

En 1995 se planificó su programa de concesión en 8 sectores que originarían un contrato cada una de cerca de 200 Kms, con 2 peajes troncales cada sector. Se excluyó el paso por la ciudad de Santiago que origina el noveno contrato de la Ruta 5, pero que se ha integrado en una concesión urbana denominada Norte – Sur .

El programa total se licitó entre 1995 y 1998. A inicios de 2002 se encontraba en operación total y sólo restaba incorporar las obras nuevas de 3 By Pass a las ciudades de:

a) Los Ángeles, opera desde junio, b) Temuco y c) Lanco, que operarán en Diciembre.

Además, se debe concluir un By Pass a la ciudad de Rancagua iniciado en 2002 y que debe quedar operativo en el 2003 y un nuevo ACCESO SUR A SANTIAGO, al 2004.

Los tramos de cada contrato de **Concesión Internacional de la Ruta 5**, son:

Concesiones - Ruta 5	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Talca – Chillán	12-01-1996	171.531.888	120 ¹⁴
Santiago – Los Vilos	14-10-1996	251.074.395	276
Los Vilos – La Serena	20-02-1997	244.475.536	300
Chillán – Collipulli	30-06-1997	230.596.857	262
Temuco – Río Bueno	14-08-1996	211.173.167	300
Río Bueno – Puerto Montt	14-11-1997	235.856.677	300
Collipulli – Temuco	20-04-1998	255.829.891	300
Santiago – Talca y Acceso sur a Santiago	30-06-1998	697.867.201	300
TOTAL	-	2.298.405.612	-

C) OTRAS CONCESIONES DE VIALIDAD INTERURBANA:

Corresponde a diversos proyectos de origen público y privado y de distinta importancia. Interurbanas

Concesiones – Interurbanas	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Camino del Ripio	09-03-1995	-	Extinguida
Acceso Vial Aeropuerto AMB. Santiago	12.01.1996	10.000.000	144
Camino Santiago – Colina- Los Andes	19-12-1996	152.000.000	336
Santiago – Valparaíso – Viña del Mar	29-05-1998	465.000.000	300
Red Vial Litoral Central	18-08-2000	104.000.000	360
Variante Melipilla	17-08-2001	19.000.000	360
Ruta Ínter portuaria Talcahuano – Penco	31-02-2002	19.000.000	378
Camino Internacional Ruta 60 CH.	22-10-2002	165.000.000	384
TOTAL		934.000.000	-

Se agregan otras obras camineras interurbanas en licitación o a licitar en 2003, como:

Concesión – Otros	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)
Acceso Nororiente a Santiago	En Licitación	160.000.000
Camino de la Fruta, Ruta 66	2º Sem. 2003	64.000.000
¹⁵ Puente sobre Canal de Chacao	En licitación	350.000.000
Rehabilitación y Mantenimiento Ruta 5 Norte, Tramo La Serena – Caldera	2º Sem. 2003	105.000.000
TOTAL	-	679.000.000

¹⁴ Plazo inicial de 10 años, por haber disminuido tarifa mínima en Oferta. Plazo que se ha aumentado en unos 6 años en pago de inversiones adicionales ordenadas por el Estado para nivelar su estándar al posterior del Programa Ruta 5 .

¹⁵ En licitación, ofertas con retardo para recibir en primer semestre de 2003.

D) PROGRAMA DE VIALIDAD URBANA EN SANTIAGO.

En 1995, se inició su estudio como sistema conjunto y en lo principal ha sido licitado entre 1998 y 2002. Este programa de autopistas y vías a desnivel de muy alto estándar se ha preparado para la ciudad de Santiago, pues ésta concentra el 50% de los vehículos de transporte del país, de los cuales algo más de 1.000.000 residen en ella de los 2.000.000 que dispone el país.

En el programa completo restan 2 obras, una en licitación incluida en el Cuadro de Interurbanas: ACCESO NORORIENTE A SANTIAGO y la otra, un Túnel en la Cadena de montañas urbanas, para el futuro Anillo Intermedio, en su Tramo Salto Kennedy.

Este programa tendrá la novedad técnica de que se basará en un sistema de TELEPEAJE o PEAJE ELECTRÓNICO, llamado "free flow", que permite pagar por medio electrónico sin detenerse, ni aminorar velocidad. Se inició en Melbourne y Montreal.

Concesiones Urbanas de Santiago

Concesión – Urbanas	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Sistema Oriente – Poniente (o Costanera Norte)	24-02-2000	384.000.000	360
Sistema Norte – Sur (Ruta 5 paso por Stgo.)	14-09-2000	442.000.000	360
Sistema A. Vespucio Sur y	20-08-2001	280.000.000	360
Sistema A. Vespucio Nor-Poniente	05-03-2002	240.000.000	360
Anillo Intermedio, Tramo Salto-Kennedy ¹⁶	2º Sem. 2003	32.000.000	-
TOTAL	-	1.378.000.000	-

9.2.2 Concesiones de Obras Aeroportuarias

Las concesiones de obras públicas aeroportuarias corresponden principalmente a la construcción, conservación y operación de las terminales de los aeropuertos, la vialidad de acceso, en la mayoría de los casos los estacionamientos vehiculares, inversiones complementarias en plataforma y sus servicios en tierra y la mayor parte de los servicios de apoyo al funcionamiento del aeropuerto.

Se excluyen de estas concesiones los servicios de autoridad aeronáutica que desarrolla la Dirección General de Aeronáutica Civil, servicio que es controlado por la Fuerza Aérea.

En 1996, por definición del Gobierno, se decidió entregar todos los servicios del edificio a los concesionarios, Ej.: aseo y concentrar en la DGAC sólo en las funciones operativas

¹⁶ A licitar

aeronáuticas. Todas las Bases de Licitación se definieron así, excepto el respeto de algunos contratos vigentes, Ej.: estacionamientos vehiculares del aeropuerto de Santiago.

Las dos primeras concesiones aeroportuarias, de Puerto Montt y de Iquique, originadas en iniciativas privadas y licitadas en 1994-95, no incluían la gestión de servicios al interior de los edificios terminales, incluidos los comerciales, que también se los reservaba la DGAC., por lo que se las modificó en ese sentido poco después de empezar a operar.

Concesiones de Aeropuertos	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Terminal Iquique (Diego Aracena)	18-08-1995	5.135.658	144
Terminal Puerto Montt (El Tepual)	30-06-1995	6.389.489	144
Terminal La Serena (La Florida)	19-08-1997	3.687.597	120
Terminal Calama (El Loa)	14-10-1997	4.005.990	144
Terminal Concepción (Carriel Sur)	20-01-1999	24.865.027	200
Terminal Antofagasta (Cerro Moreno)	29-10-1999	8.307.554	120
Santiago (A.M.B.)	05-12-1999	259.600.000	180
Terminal Punta Arenas (Carlos Ibáñez del Campo)	08-02-2000	9.795.034	103
¹⁷ Nuevo Aeropuerto Atacama (Caldera)	23-07-2002	31.104.801*	246
P. Arica (Chacalluta)**	2003	10.000.000*	
Nuevo Aeropuerto IV Región**	1º Sem. 2003	45.000.000*	
Nuevo Aeropuerto IX Región**	1º Sem. 2003	48.000.000*	
TOTAL	-	455.891.150	-

*: Presupuesto. **: en licitación o a licitar

9.2.3. Obras de Cárceles.

Este programa se hizo necesario por la sobrepoblación de los establecimientos existentes. El programa se organizó sobre las siguientes bases:

- a) La concesión provee infraestructura y operación administrativa sin incluir funciones policiales.
- b) Gendarmería, mantendrá las funciones policiales, como consecuencia se aumenta la dotación de personal destinado a ellas, sin contratar mayor personal público, y
- c) El pago se efectúa por el Estado y no por los usuarios.

¹⁷ En trámite de adjudicación

Concesiones de Cárceles	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1	28-03-2002	79.000.000	273
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 2	En adjudicación	50.000.000	-
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3	Dic. 2002	80.000.000	-
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 4	1º Sem. 2003	50.000.000	-
TOTAL	-	259.000.000	-

- El Grupo 1 de Infraestructura Penitenciaria, incluye cárceles en las ciudades de: Iquique; La Serena y Rancagua.
- El Grupo 2 de Infraestructura Penitenciaria incluye las cárceles de: Concepción y Antofagasta,
- El Grupo 3 de Infraestructura Penitenciaria incluye las cárceles en: Santiago, Valdivia y Puerto Montt, y
- El Grupo 4 de Infraestructura Penitenciaria incluye las cárceles en: Santiago y Va Región.-

9.2.4. Concesiones de Obras Hidráulicas.

El embalse Illapel es la primera obra hidráulica por concesión que se conoce. Se encuentra actualmente en construcción.

Concesión de Obras Hidráulicas	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)	Plazo (meses)
Embalse Illapel	09-07-2001	37.000.000	300
Embalse Convento Viejo	2º Sem. 2003	210.000.000	-
TOTAL	-	247.000.000	-

Adjuntamos informe de especializado en procedencia, marco legal de Concesiones de Obras Hidráulicas en Chile.

9.2.5. Ferrocarriles, Metro y Estaciones Intermodales.

Ferrocarril, Metro y estaciones Intermodales.

Concesiones de Ferrocarril	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)
Ferrocarril Melipilla – Santiago – Batico	En licitación	300.000.000*
Tecnología Intermedia Recoleta –Independencia (Metro Liviano)	Dic. 2002	171.000.000*
Estación de Transferencia Modal Grupo 1	2º Sem. 2002	60.000.000*
Estación de Transferencia Modal Grupo 2	1º Sem. 2003	60.000.000*
TOTAL	-	591.000.000

9.2.6. Otras Concesiones.

Otras Materias

Concesiones – Otras	Fecha Adjudicación	Monto (US\$)
Complejo Ecológico, Recreativo y Cultural Metropolitano	En Licitación	50.000.000
Puerto Terrestre Los Andes	2º Sem. 2002	16.000.000
TOTAL	-	66.000.000

9.3. CUADRO RESUMEN OBRAS POR CONCESIÓN LICITADAS DE NORTE A SUR.

Proyecto	Concesionaria	Inversión (US\$)
1.- Terminales de Pasajeros y de Carga Diego Aracena	Sociedad Concesionaria Chucumata S.A.	5.135.658
2.- Terminal de Pasajeros El Loa de Calama	Sociedad Concesionaria Gestión e Ing. IDC S.A.	4.005.990
3.- Terminal de Pasajeros Cerro Moreno de Antofagasta	Aeropuerto Cerro Moreno Sociedad Concesionaria S.A.	8.307.554
4.- Ruta 5 Tramo Los Vilos – La Serena	Sociedad Concesionaria Concesiones del Elqui S.A.	244.475.536
5.- Ruta 5 Tramo Santiago - Los Vilos	Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S. A.	251.074.395
6.- Embalse Illapel	S. C. Méndez Júnior.	37.000.000
7.- Terminal de Pasajeros La Florida - La Serena	Sociedad Concesionaria Gestión e Ing. IDC S.A.	3.687.597
8.- Túnel El Melón	Sociedad Concesionaria Túnel El Melón S.A.	31.100.013
9.-Camino Nogales Puchuncaví	Sociedad Concesionaria Camino Nogales-Puchuncaví S.A.	11.712.757

10.- Interconexión Vial Sgto. Valparaíso y Troncal Sur	Soc. Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.	382.953.036
11.- Red Vial Litoral Central	Consorcio Acciona Sacyr S. A	104.000.000
12.- Ruta 5 Santiago Talca y Acceso Sur a Santiago	Sociedad Concesionaria Autopista del Maipo S.A.	697.867.201
13.- Acceso Vial Aeropuerto Arturo Merino Benítez	Sociedad Concesionaria Aerovías S.A.	10.487.340
14.- Autopista Santiago Colina Los Andes	Sociedad Concesionaria Autopista Los Libertadores S.A.	136.631.184
15.- Autopista Santiago San Antonio	Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A.	128.106.830
16.- Sistema Oriente - Poniente (Costanera Norte)	Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.	380.000.000
17.- Ruta 5 Talca Chillán	Sociedad Concesionaria Talca - Chillán S.A.	171.531.888
18.- Ruta 5 Tramo Chillán – Collipulli	Sociedad Concesionaria Autopista del Bosque S. A.	230.596.857
19.- Acceso Norte a Concepción	Sociedad Concesionaria Autopista del Itata S.A.	31.255.603
20. Camino de la Madera	Sociedad Concesionaria Camino de la Madera S. A.	213.681.512
21.- Terminal de Pasajeros Carriel Sur de Concepción	Sociedad Concesionaria Aerosur S.A.	24.865.027
22.- Ruta 5 Tramo Collipulli – Temuco	Sociedad Concesionaria Collipulli – Temuco S.A.	255.829.891
23.- Ruta 5 Temuco - Río Bueno	Sociedad Concesionaria Temuco - Río Bueno S.A.	211.173.167
24.- Ruta 5 Río Bueno - Puerto Montt	Concesionaria De Los Lagos S.A.	235.856.677
25.- Terminal de Pasajeros Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt	Sociedad Concesionaria Gestión e Ing. IDC S.A.	6.389.489
26.- Terminal de Pasajeros Carlos Ibáñez del Campo	Sociedad Concesionaria Aeropuerto Carlos Ibáñez del Campo de Punta Arenas	9.795.034
27.- Variante Melipilla		19.000.000
28.- Ruta Interportuaria Talcahuano - Penco		19.000.000
29.- Sistema Norte - Sur		442.000.000
30.- Américo Vespucio Sur		280.000.000
31.- Américo Vespucio Norponiente		240.000.000
32.- Camino del Ripio		Extinguida
33.- Cárceles Grupo 1		79.000.000
Proyectos concesionados	33	4.906.520.236

9.4 PRÓXIMAS LICITACIONES DE CONCESIONES.

Concesiones por licitar	Fecha de licitación	Monto (US\$)
Camino de la Fruta, Ruta 66	1º Sem. 2003	64.000.000
Anillo Intermedio, Tramo Salto-Kennedy	2º Sem. 2003	32.000.000
Rehabilitación y Mantenimiento Ruta 5 Norte, Tramo La Serena - Calera Arica (Chacalluta)	2º Sem. 2003	105.000.000
	Nov. 2002	10.000.000
Nuevo Aeropuerto IV Región	1º Sem. 2003	45.000.000
Nuevo Aeropuerto IX Región	1º Sem. 2003	48.000.000
Estación de Transferencia Modal Grupo 1	2º Sem. 2002	60.000.000
Estación de Transferencia Modal Grupo 2	1º Sem. 2003	60.000.000
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3	Dic. 2002	80.000.000
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 4	1º Sem. 2003	50.000.000
Embalse Convento viejo	2º Sem. 2003	210.000.000
Puerto Terrestre Los Andes	2º Sem. 2002	16.000.000
TOTAL	12	780.000.000

Concesiones pendientes 2002	Fecha de licitación	Monto (US\$)
Arica (Chacalluta)	Nov. 2002	10.000.000
Estación de Transferencia Modal Grupo 1	2º Sem. 2002	60.000.000
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3	Dic. 2002	80.000.000
Puerto Terrestre Los Andes	2º Sem. 2002	16.000.000
TOTAL	4	166.000.000

Concesiones presupuestadas 2003	Fecha de licitación	Monto (US\$)
Camino de la Fruta, Ruta 66	1º Sem. 2003	64.000.000
Anillo Intermedio, Tramo Salto-Kennedy	2º Sem. 2003	32.000.000
Rehabilitación y Mantenimiento Ruta 5 Norte, Tramo La Serena - Calera	2º Sem. 2003	105.000.000
	1º Sem. 2003	45.000.000
Nuevo Aeropuerto IV Región	1º Sem. 2003	48.000.000
Nuevo Aeropuerto IX Región	1º Sem. 2003	60.000.000
Estación de Transferencia Modal Grupo 2	1º Sem. 2003	60.000.000
Infraestructura Penitenciaria, Grupo 4	1º Sem. 2003	50.000.000
Embalse Convento viejo	2º Sem. 2003	210.000.000
TOTAL	8	614.000.000

Santiago, Noviembre de 2002

DOCUMENTOS QUE SE ANEXAN:

1. LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE.
2. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE.
3. LEY GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE transporte DE BOLIVIA.
4. REGLAMENTO ORGANICO DE LA LEY GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DE transporte DE BOLIVIA.
5. Trabajo de Consultoría Gustavo Manríquez Lobos y Juan Enrique Miquel M.: OPCIONES DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE LA DIRECCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DE CHILE. DICIEMBRE DE 1998.

Juan Enrique Miquel M., es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y abogado chileno, con más de 32 años de experiencia.

Fue Subsecretario de Obras Públicas de Chile entre 1990 y 1994, participando en la dictación de la moderna legislación sobre concesiones de obras públicas y en la elaboración de los modernos planes de obras públicas fiscales de pago tradicional estatal y por concesión de obra pública.

Como abogado ha asesorado y asesora a numerosas sociedades concesionarias viales en Chile, con amplia experiencia en litigios judiciales.

Como consultor internacional ha participado en la elaboración de normas legales y/o reglamentación de concesiones de Obras Públicas en:

Ecuador, en asesoría jurídica al Consejo Nacional de Modernización -CONAM- en el proceso de reglamentación de concesiones en el marco de la Ley de Modernización del Estado en programa de cooperación del Banco Interamericano de Desarrollo BID, entre Mayo y Octubre de 1994.

El Salvador en asesoría al Ministerio de Obras Públicas de Transporte y luego, a Grupo de Trabajo de la Presidencia de la República, para definir políticas y proyecto de Ley de Concesiones de Obras y Sistemas de Transporte, 1996 - 1997, en el marco la de Cooperación Técnica de la **AID**.

Bolivia, en asesoría al Ministerio de Desarrollo Económico, Viceministerio de Transportes, Telecomunicaciones y Aeronáutica Civil redactó los proyectos de Ley General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte N° 1.874 de 22 de junio de 1998 y de su Reglamento Orgánico aprobado por D.S. N° 25.253 de 18 de diciembre de 1998. Luego, asesoró la organización de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte y primeros proyectos de concesión y a la Municipalidad de Santa Cruz de la Sierra, entre los años 1997 y 2000, en cooperación de la Corporación Andina de Fomento (CAF).

En Chile, prestó y dirigió servicios de consultoría multiprofesional de estudio y licitaciones de las primeras concesiones municipales de estacionamientos subterráneos bajo bienes nacionales de uso público, en los años 1995 a 1997, Municipalidades de Santiago, Valparaíso, Providencia y Vitacura.

Es Miembro Titular de la Comisión de Concesiones de la Cámara Chilena de la Construcción, desde el año 2000.

Ha sido columnista de prensa especializado y ha dictado conferencias y seminarios, nacionales e internacionales sobre infraestructura pública y sistemas de concesiones.

