

CONFERENCIA

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY Nº 19.460
AL REGIMEN LEGAL DE CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS
E IDEAS MATRICES DE UNA NORMATIVA REGLAMENTARIA.

DOCUMENTOS



23 de OCTUBRE de 1996

Salón Auditorio del Banco del Estado de Chile
Galería Antonio Varas Nº 1180, entrepiso.

Organiza
Fiscalía del Banco del Estado de Chile
Sección Legal Empresas

DOCUMENTOS

- I.- PRESENTACION DE LA CONFERENCIA, A CARGO DEL SR. ALBERTO CHACON OYANEDEL, FISCAL DEL BANCO DEL ESTADO DE CHILE.

- II.- CHARLA DEL ABOGADO SR. JUAN ENRIQUE MIQUEL MUÑOZ, EX SUBSECRETARIO DE OBRAS PUBLICAS.

- III.- EXPOSICION DEL ABOGADO DE LA SECCION LEGAL EMPRESAS DEL BANCO DEL ESTADO DE CHILE, SR. URBANO MARIN LOYOLA.

- IV.- CHARLA DE LA ABOGADO SRA. DOLORES RUFIAN LIZANA, ASESORA JURIDICA DEL DEPARTAMENTO DE CONCESIONES DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS.

- V.- PANEL DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS.

PRESENTACION

Señores integrantes del Consejo Directivo y del Comité Ejecutivo del Banco; Señores Gerentes Generales de Area, Señores Fiscales y Abogados de Bancos nacionales y extranjeros; Señores invitados especiales de empresas concesionarias; Señores Gerentes, Subgerentes y Jefes de unidades profesionales, asesoras y operativas; Señores Abogados :

1.- Desde las primeras reformas legales que dieron un nuevo impulso a la construcción de obras públicas mediante el sistema de concesión, la Administración del Banco ha estado permanentemente preocupada de contribuir con su visión de financista al constante perfeccionamiento de la normativa legal y reglamentaria que sirve de marco y entorno de referencia a la reparación, conservación y explotación de obras públicaS a través de este sistema.

2.- La última adecuación de la Ley de Concesiones fue la publicada en Julio de este año y en su análisis, con el objeto de contribuir a una mejor comprensión de ella, hemos querido hacer partícipes a ustedes como actores que juegan un importante rol en el sistema como concesionarios, financistas o autoridades reguladoras.

3.- Luego de un primer análisis interno de la modificación legal, hemos constatado que se evidencia en ésta el ánimo de hacer el sistema más cercano a los intereses, tanto de los proveedores de financiamiento como de las propias empresas concesionarias por la vía, en un caso, de establecer la prenda especial de concesión de obra pública y, por el otro, el eliminar el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario como causal de extinción definitiva de la concesión.

4.- Sin embargo, materias tan complejas como la que nos ocupa son siempre perfectibles, de manera que sintiendo que subsisten algunas deficiencias legales que conviene evidenciar, los invito a participar de las que nos parecen más destacables y a enriquecer el análisis con las opiniones e incluso dudas que sus respectivos intereses les dicten.

Muchas gracias.

ALBERTO CHACON OYANEDEL
FISCAL
BANCO DEL ESTADO DE CHILE

ESTUDIO MIQUEL LTDA

BANCO DEL ESTADO DE CHILE:

***MODIFICACIONES AL REGIMEN LEGAL DE
CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS
INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 19.460 DE 1996.***

**EXPOSITOR: JUAN ENRIQUE MIQUEL M.
ABOGADO Y CONSULTOR.**

Santiago, Octubre 1996.

ESTUDIO MIQUEL LTDA

TEMARIO

1. Introducción.

- 1.1. El Sistema de Obras Públicas por Concesión a particulares.
- 1.2. Obras Públicas Bajo Concesión.
- 1.3. Obras Públicas en próxima licitación como Concesión.
- 1.4. Requerimientos de legislación.
- 1.5. Ampliaciones legislativa de participación privada en otras áreas de la Infraestructura.
 - 1.5.1. Empresa de Ferrocarriles del Estado, EFE
 - 1.5.2. Concesiones municipales.
 - 1.5.3. Concesiones en puertos fiscales.

2. Nota histórica de la Ley de Concesiones y su Reglamento.

3. Antecedentes Generales de la ley 19.460.

4. Modificaciones generales a las normas de Concesiones de OOPP.:

- 4.1. Desarrollos conceptuales.
- 4.2. Marco licitatorio y contractual.
- 4.3. Terminación del Contrato.
- 4.4. Régimen de la Prenda Especial OOPP y otras garantías de sus financistas.
- 4.5. Normas sobre Quiebra del Concesionario.
- 4.6. Intervención de la Concesión.
- 4.7. Comisión Conciliadora y Tribunal Arbitral.
- 4.8. Proyectos de Iniciativa Privada.
- 4.9. Otras normas especiales, principalmente viales.
- 4.10. Norma transitoria: opción de régimen legal de concesiones.

5. Modificaciones Tributarias

- 5.1. Artículo N° 2: DL N° 825, de 1974 sobre IVA.
- 5.2. Artículo N° 3: DL N° 824, de 1974 sobre Ley de la Renta.
- 5.3. Norma transitoria: opción de régimen tributario.

6. Modificación a la Ley de Bancos en la ley 19.460.

7. Información de modificaciones en la administración:

- 7.1. Institucionalidad y procedimientos.
- 7.2. Esquema de negocio, diseño de licitación y operación
- 7.3. Noticia sobre texto refundido DFL MOP N° 164 de 1991 y su Reglamento.

ESTUDIO MIQUEL LTDA

1.- INTRODUCCION

1.1.- El Sistema de Obras Públicas por Concesión a particulares.

La aguda disminución de la inversión en infraestructura pública, por más de una década y el fuerte desarrollo económico de fines de la presente década, acumuló en el país un fuerte déficit en sus diversos sistemas. En Agosto de 1996, el MOP lo estimó en US\$ 12.000, millones, de los cuales los dos tercios serían imputables, sólo a las principales necesidades de vialidad urbana e interurbana.

En los últimos 6 años, se ha empezado a enfrentar ese grave deterioro y manifiesta insuficiencia de los diversos tipos de Obras Públicas, principalmente de caminos, mediante un fuerte incremento de la inversión fiscal. En este período, ella se ha más que duplicado y en algunos items, triplicado. Simultáneamente, se ha creado la posibilidad de participación privada en su construcción, conservación y operación.

Desde 1991, se ha legislado en 3 oportunidades, facultándose la dictación de dos DFL de texto refundido, con el objeto de crear y ampliar un sistema genérico para la participación de privados en la inversión, construcción, conservación y operación de obras públicas, ya que el Estado no dispone de la gran magnitud de recursos requeridos para ello o disponiéndolos, los asigna a otras, de entre sus múltiples necesidades. Así, se reemplazó el teórico e inoperante anterior régimen legal de CONCESIONES DE OOPP.

En el sistema vigente se conserva el dominio público de las obras, se fija un sistema regulatorio legal y reglamentario básico, con amplias facultades para su precisión contractual. El Estado, por medio de los servicios competentes, mantiene potestades públicas de control y un margen de incidencia en la revisión del sistema de tarifas máximas que se licita, transfiriendo a los particulares la alta inversión que requieren dichas obras, así como los costos y parte de los riesgos de la construcción, conservación y operación, contra el derecho de su explotación por un plazo.

1.2.- Obras Públicas Bajo Concesión.

Desde 1992 a la fecha, se han licitado 12 contratos de concesión de OOPP.

- De ellos, 2 corresponden a terminales aeroportuarios (Puerto Montt e Iquique) y 10 a obras viales, con 5 de tipo singular y las otras 5, referidas a sistemas de Autopistas.

A su vez, de las 12 concesiones licitadas, 10 están ADJUDICADAS, 1 en adjudicación y la otra, en proceso de apertura de ofertas económicas.

* De las 10 concesiones adjudicadas: 1 está en operación, 9 en fase de construcción, una con adjudicación reciente en trámite y la otra, en apertura de ofertas económicas.

* **De las 9 obras que aún no entran en operación,** 2 lo harán en el resto de 1996, 5 pueden iniciar sus operaciones en 1997, y las 4 últimas, en 1998.

- De las 12 obras licitadas: 10 tienen su contrato ya perfeccionado. De ellas, 1 fue convocada y adjudicada bajo la sola vigencia del DFL MOP N° 164 de 1993; 9, lo fueron con vigencia de aquél y de la ley modificatoria N° 19.252 de 1993. Las 2 restantes fueron convocadas a licitación con dicho régimen legal y con adjudicación después de la vigencia de la ley 19.460 de 1996.

- Finalmente, 7 de ellas corresponden al programa Fiscal MOP y 5 a iniciativas de origen privado:

- Camino del Ripio,
- Acceso Vial al Aeropuerto AMB. de Santiago,
- los 2 Terminales Aeroportuarios (Puerto Montt e Iquique), y
- la Carretera Santiago - Colina - Los Andes.

Salvo, esta última cuya inversión superará los US\$ 120 millones, las demás de iniciativa privada son de inversión baja, casi marginal en el sistema.

Con la inversión materializada y comprometida en estos doce contratos se superará los US\$ 900 millones.

1.3.- Obras Públicas en próxima licitación como Concesión.

De los programas vigentes, en su mayoría de origen fiscal, debe destacarse:

1.3.1. Programa RUTA 5: otros 6 tramos entre La Serena y Puerto Montt. Cuya precalificación está efectuada, y sus licitaciones pueden perfeccionarse entre el resto de 1996 y el año 1997. Las obras restantes de este programa superarán los US\$ 1.200 millones de inversión inicial. Esos tramos, son:

- La Serena - Los Vilos, (Licitación 1996).
- Chillán - Collipulli, (Licitación 1996).
- Collipulli - Temuco.
- Temuco - Río Bueno.
- Río Bueno - Puerto Montt, y
- Santiago - Talca, incluye Autopista Santiago-San Fernando.

1.3.2. RUTA 68 ACTUAL, TRONCAL SUR Y LA DORMIDA:

Con los 2 caminos, en una red de 230 Kms aprox., que tendrá 4 túneles de un largo de 8 kms. Su inversión total se situará en los US\$ 500 millones en dos etapas, de 2 y 6 años, cada una. Se encuentra en Licitación, con ofertas esperadas a Marzo de 1997.

1.3.3. PROGRAMAS DE OBRAS VIALES URBANAS:

Programa conjunto del MOP y MINVU, aún en fase de precalificación y diseño. Dispone de 5 grandes proyectos en Santiago, con ejes urbanos N - S; E - O y Radial Nororiental. Ellos suponen alta inversión, tarifa uniformada por kilómetro y uso masivo.

1.3.4. PROGRAMA DE TERMINALES DE AEROPUERTOS: recientemente anunciado, con 4 obras para licitar en 1997 y además, una posible ampliación de las 2 concesiones en actual ejecución (Iquique y Puerto Montt). Se referirá a terminales de pasajeros, loza de estacionamiento, instalaciones y su administración. Puede agregar terminales de carga en algunos de ellos.

Ellos son: Calama, La Serena, Concepción y la más relevante que corresponde a la ampliación del Aeropuerto AMB de Santiago. La inversión se estima en US\$ 120 millones, la que podría elevarse en unos con programa del terminal de carga de Santiago e instalaciones en algunas regiones. Estos proyectos tienen origen en iniciativa privada, salvo el de Santiago (calama?).

1.4.- Requerimientos de legislación.

El régimen legal de concesiones de OOPP, creado a partir de 1991, tiene un marco legal y reglamentario general muy flexible, aplicable a distintos tipos de obras, con amplias atribuciones del Ejecutivo en materia de subsidios o cobros estatales y posible garantía pública en cada contrato. La fuerza del sistema radica en que las estipulaciones de cada licitación quedan sujetas a un régimen contractual, que se define en las Bases de Licitación y Oferta adjudicada, lo que permite adecuarlas a las condiciones genéricas de cada tipo de obra y a las específicas de cada proyecto.

El régimen legal de 1991 y su modificación de 1993, se han encaminado a desarrollar el marco jurídico para perfeccionar el sistema con una concepción moderna, que incorpora al Estado en un vínculo contractual y a asumir la experiencia acumulada, adecuando esa legislación a las necesidades de las distintas instituciones legales y de los diversos actores del proceso.

La última modificación legal (1994-96) tiene la particularidad de que logra cerrar un ciclo de acumulación de experiencia en lo referido a las fases licitatoria, contractual y constructiva.

La ley N° 19.460 de 1996 tuvo como objetivo central concluir las anteriores reformas en materias de proporcionar de perfeccionar la normativa licitatoria y contractual y de otorgar mayor seguridad a los inversionistas y sus financistas, mediante diversas instituciones que analizaremos a continuación. También en ella se incluyó normativa destinada a corregir pequeños vacíos en el régimen licitatorio y contractual, en las iniciativas privadas de obras, en el sistema conciliatorio y finalmente, complementó la legislación de caminos con algunas normas especiales que se requerían.

1.5. Ampliaciones de la legislación de participación privada en otras áreas de la Infraestructura.

Tanto en la ley N° 19.252 de 1993, como muy marcadamente en la ley N° 19.460 de 1996, se ha establecido la facultad general de que todas las actividades de obras públicas entregadas a cualquier servicio o ente público puedan ser objeto del régimen legal de las concesiones de OOPP., en la norma del actual Art. 39 de la ley de concesiones.

Incluso, en estas obras es posible aplicar la iniciativa privada en la presentación y desarrollo de proyectos por concesión. La norma sólo exige la aprobación de la idea por los entes relacionados y si, ella está entregada a la responsabilidad específica de un ente público determinado, se requiere de un convenio de mandato entre aquél y el MOP.

Además, otros cuerpos legales recientes, aplicables en ámbitos especializados, regulan directamente la participación privada en el desarrollo de esas obras específicas, mediante la inversión y su gestión por los particulares. Todo ésto, sin perjuicio de la aplicabilidad de la normativa general de la ley de concesiones de OOPP, como opción.

En este sentido, puede destacarse especialmente:

1.5.1. EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO, EFE

La actual Ley Orgánica de EFE, es el Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones N° 1, publicado en el Diario Oficial de 3 de Agosto de 1993, [DFL MINTRATEL N° 1, de 1993], cuya dictación se facultó mediante la Ley N° 19.170, que fuera publicada en el Diario Oficial de 3 de Octubre de 1992, con su revisión por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La legislación orgánica de EFE se modificó, para fortalecer su carácter empresarial -si bien, lo tiene otorgado por texto de ley desde 1914- sujetándola ahora a la legislación del sector privado, mediante la aplicación supletoria de la ley de sociedades anónimas y con el control de esa Superintendencia. De otra parte, se procuró sanear su situación económica y congelar la posibilidad de pérdidas empresariales transferibles al Estado.

resarial de EFE, de transporte de pasajeros y carga, el permite que la actividad pueda realizarse directamente

o
ónimas.

s y sociedades se define predominantemente de modo normas legales precisas imponen ciertas condiciones

ación pública,

del P de la R, para levantar vías,
najeración de la vía y ciertos activos,
erceros, con un sistema tarifario igualitario y no

ción de contrato (innominado) y sociedad se licitó y
n todas las vías EFE a FEPASA, en la que aquélla

nfraestructura, administración de tráfico y servicio de
OR SUR, que incluye la red principal de Santiago a
Concepción y Valdivia.

vera la licitación de un contrato de arrendamiento del
a La Paz, sección chilena.

ALES.

El Diario Oficial del 27 de Noviembre de 1995, dictó
pales relativas al subsuelo de los bienes nacionales de
te modifica establemente la ley 18.695, Orgánica
es, que establece un régimen contractual para las
ra parte, fija un reducido número de normas para ese
ismo, medio ambiente, licitación pública obligatoria y
sus financistas.

do dar en concesión, con un régimen predominantemente
blica, los estacionamientos subterráneos urbanos bajo
co, que con urgencia requieren las grandes ciudades.

de licitatoria proyectos de la I. Municipalidad de Santiago
luida, la de Providencia e incial, en Valparaíso.

1.5.3. CONCESIONES PORTUARIAS FISCALES.

Si bién, en Chile los puertos privados se regulan en una concesión de territorio marítimo, se podría aplicar de modo optativo el régimen legal de las Concesiones de OOPP, para el desarrollo de nuevas iniciativas. El Ejecutivo en el proyecto de ley sobre EMPORCHI, en actual trámite parlamentario, está proponiendo legislar sobre los fundamentos de concesiones futuras a particulares en puertos de propiedad fiscal.

Como **conclusión general**, es posible afirmar que en la década de los años 90, en Chile se generaliza la modalidad de desarrollo y operación de la Infraestructura pública, mediante sistemas de concesiones que permiten amplia participación a los particulares.

2. NOTA HISTORICA DE LA LEY DE CONCESIONES Y SU REGLAMENTO.

En este capítulo, se enuncia brevemente el desarrollo del régimen legal y reglamentario de las Concesiones de OOPP.

2.1. Legislación vigente a 1990.

2.1.1. La Constitución, en sus artículos 60 N° 10 y 62 inciso 3°, establece la iniciativa exclusiva del P. de la R., para legislar sobre concesiones de bienes del Estado o de las municipalidades.

2.1.2. El D. S. MOP N° 294 de 27 de Julio de 1984, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LEY N° 15.840, orgánica del Ministerio de Obras Públicas; del D.F.L. N° 206 de 1960, LEY DE CAMINOS y del D.F.L. N° 870 de 1975, que creó los cargos de Secretarios Regionales Ministeriales, en sus arts. 87 y 88 recogió la norma que establece que las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, repararse, o mantenerse, por contrato adjudicado en licitación pública a cambio de la concesión temporal de su explotación, incluida la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar los servicios, por el plazo que indique el D.S. de adjudicación, con firma del Ministro de Hacienda, que no podrán ser superiores a 50 años.¹

2.1.2. El DFL. MOP. N° 591 de 1982, publicado en el Diario Oficial de 3 de Febrero de 1983, fijó las normas sobre ejecución, reparación y mantención de obras públicas por concesión. Sin embargo, su normativa no fue utilizada para ningún caso durante su vigencia hasta Julio de 1991.

¹ Ley N° 18.060, Art. 1°, Letra e) que incorporó un nuevo Art. 52° a la Ley N° 15.840 y DFL. N° 591 de 1982, Art. 1°, Diario Oficial de 03.02.1983.

2.2. Reforma legal de 1990-91.

En 1990 el Ejecutivo inició, tanto el estudio de un programa de obras públicas posibles de ejecutar por concesión a particulares como el análisis de las modificaciones legales requeridas.

Ese mismo año, se envió un proyecto de ley, para modernizar y dotar de eficacia al régimen legal vigente de concesiones. Tanto esta ley, como las dos siguientes, fueron objeto de un trabajo que buscó unanimidades para el sistema, en la fase preparatoria de los proyectos y durante su discusión en el Congreso Nacional. Ello ha permitido lograr una alta legitimidad social en torno a esta política sectorial de participación privada.

2.2.1. La ley N° 19.068 de 1991, promulgada el 3 de Julio de 1991 y publicada en el Diario Oficial N° 34.016, de 13 de Julio de 1991, que modificó el DFL. MOP. N° 591 de 1982, después de una aprobación unánime, fijó nuevas e importantes normas generales sobre concesiones de obra pública. Entre sus principales modificaciones se destacan:

- Crear una legislación aplicable en general a todas las obras públicas y a todas las funciones, sean de construcción, reparación, conservación y explotación.
- Generar un sistema licitatorio y contractual flexible aplicable a todo tipo de OOPP, con licitación pública obligatoria.
- Reducir las potestades públicas del Estado en el contrato y dar un marco de igualdad jurídica entre las partes.
- Crear las iniciativas privadas por concesión y establecer plazos a las autoridades para su pronunciamiento sobre aprobación o rechazo y para su licitación en caso de aprobación, así como un premio para quienes postularan ideas que se liciten.
- Estimular la inversión privada: con un plazo único de construcción y explotación que permite el aumento de los ingresos (y de rentabilidad) al que construya eficientemente; con posibles subsidios y garantías del Estado y admitiendo dar en garantía a terceros flujos futuros del concesionario.
- Disminuir las causales de terminación de contrato y regular la quiebra, para minimizar los factores de perjuicio a terceros financistas, y
- Establecer un sistema de Conciliación paritario, que represente un inicio de justicia de alta calidad técnica y especialidad, con algunas funciones jurisdiccionales.

Finalmente, se facultó al Ejecutivo para dictar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones, que recogiera en un texto único la reforma legal.

2.2.2. El DFL. MOP N° 164, promulgado el 22 de Julio de 1991 y publicado en el Diario Oficial N° 34.060 de 4 de Septiembre de 1991, fijó el texto refundido y sistematizado de la Ley de Concesiones de OOPP., aún vigente a la fecha.

2.2.3. El DS MOP N° 240, que contiene el **Reglamento de la Ley de Concesiones** [DFL. MOP. N° 164], fue promulgado el 30 de septiembre de 1991 y publicado en el Diario Oficial N° 34.239, de 8 de abril de 1992, fecha desde la cual regula dicho sistema legal.

2.3. Ley N° 19.252, promulgada y publicada en 1993, modificó algunas de las disposiciones de la Ley de Concesiones y le agregó algunas normas, a partir de la experiencia adquirida de la primera licitación efectuada.

Dicha ley aún modifica - de modo directo - algunas normas del DFL MOP N° 164 de 1991, como varias del Reglamento, puesto que no se ha dictado su versión actualizada, en espera de la segunda ley modificatoria.

2.4. Reforma legal de 1994/1996.

En 1994, al asumir el nuevo gobierno, se analizó varias iniciativas de perfeccionamiento del régimen de concesiones, para evaluar si por su naturaleza se requería de una modificación legal, o bastaba con una mera rectificación de mero alcance reglamentario.

Por la naturaleza de algunas de las ideas, por el criterio muy restrictivo de interpretación de la ley que ha empleado la Contraloría y con el propósito de consolidar el régimen tributario aplicable a estos contratos, se optó por la vía de la modificación legislativa, posponiéndose la modificación reglamentaria hasta el término de aquélla.

Dicho proyecto de ley, ingresó al Congreso en noviembre de 1994, en el Mensaje del Ejecutivo N° 204 - 330 de 10 de Noviembre de 1994, modificatorio de la Ley de Concesiones de OOPP. y de su régimen tributario.

En general, la idea de legislar y las reformas del proyecto del Ejecutivo, contaron con la aprobación unánime de ambas Cámaras. Sin embargo, la modificación a la ley de Bancos relativa al porcentaje del capital y reservas que éstos pueden prestar a cada proyecto y los intentos de eliminar los posibles pagos al Fisco fueron demorando su aprobación. Finalmente, incluso dichos temas fueron consensuados.

Sin embargo el bajo número de horas que el Congreso destina a sesionar y su paso obligado por el Tribunal Constitucional demoraron este proyecto **unánime**, por 20 meses desde su envío al Congreso hasta su publicación en el Diario Oficial. Ello muestra que a futuro el Ejecutivo - cualesquiera que sea - será más reticente en introducir nuevos proyectos de ley sobre la materia.

La Ley. N° 19.460, fue promulgada el 27 de Junio de 1996 y publicada en el Diario Oficial N° 35.515 de 13 de Julio de 1996, que **modifica el DFL. MOP. N° 164 de 1991**, conteniendo normas de modificación, perfeccionamiento y complemento del régimen legal de concesión de obras públicas, su régimen tributario y la legislación de Bancos aplicable.

Además, esta ley volvió a facultar al Presidente de la República para dictar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones.

Por ello, se espera para las próximas semanas la dictación de dicho DFL y luego, la modificación de su Reglamento, que se hace imperiosa, por la necesidad de actualizar su texto con las reformas de las leyes N° 19.252 de 1993 y de esta nueva ley.

2.5. Rechazo de norma de ley 19.460 por el Tribunal Constitucional.

El proyecto aprobado por el Congreso, en su artículo 1°, numeral 15, introducía un nuevo Art. 41 bis, que en sus tres incisos:

- autorizaba el control de Peso en los caminos bajo concesión, mediante plazas de pesaje que se podía instalar en dichas obras,
- hacía aplicable la normativa sustantiva sobre peso máximo de los vehículos y carga. La denuncia de la infracción por el concesionario, sería juzgada por el Juez de Policía Local del territorio en que se produjo el hecho, con el procedimiento de la ley N° 18.287. Además de la multa establecida en beneficio fiscal, se regulaba una indemnización de igual monto, para el concesionario.
- se incorporaba una norma moderna de aplicación de medios de prueba técnicos, muy similar a la aprobada para el caso de peaje.

El Tribunal Constitucional, en la consulta obligada por la naturaleza de algunas modificaciones, estimó que ella era contraria a las garantías constitucionales. Como consecuencia de ello, el control de pesaje sólo se someterá a la normativa de la ley de caminos, por lo que su denuncia y el pago de las multas quedará librado sólo al interés fiscal.

3. ANTECEDENTES GENERALES DE LA LEY N° 19.460.

3.1. Materias en que se legisla.

Este proyecto de ley del Ejecutivo, innovó la práctica anterior, que sólo legisló sobre las normas sustantivas de las concesiones de OOPP., al incluir su régimen tributario (IVA y RENTA), que había requerido interpretación previa (Dictámenes SII, aplicables a cada concesión) para mantener el principio básico de la igualdad tributaria entre las empresas, por las peculiares condiciones de estos contratos.

A su vez, el Congreso introdujo una modificación al Art. 84 del DFL N° 252 de 1960 (Ley de Bancos), para el financiamiento de las concesiones de OOPP., como consecuencia de la calificación que le dió a este tipo de créditos luego de aprobar la norma sobre prenda especial de concesión de obra pública.

En estas circunstancias, la Ley N° 19.460, consta de 5 Artículos permanentes y 3 transitorios, que se refieren a:

Art. 1° Modificaciones a la ley de Concesiones. (DFL N° 164 de 1991, con las normas de la ley N° 19.252 de 1993).

Con 15 numerales, con alcance en 13 Artículos y 2 numerales nuevos (9 y 15), con 4 artículos nuevos: 27 bis, desglosado del 27 y los N°s 40, 41, y 42.

Art. 2° Modificaciones al DL N° 825 de 1974 (IVA).

Art. 3° Modificaciones al DL N° 824 de 1974 (RENTA).

Art. 4° Modificaciones al DFL N° 252 DE 1960 (Ley de Bancos).

Art. 5° Facultar al Ejecutivo para dictar un nuevo DFL que fije el texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley de concesiones, (DFL N° 164 de 1991 y las modificaciones de la ley N° 19.252 de 1993 y de esta ley).

3.2. Principales ideas de la nueva ley.

La ley contiene los siguientes tipos de materias:

3.2.1. Mejoramientos o clarificaciones del texto legal sobre: iniciativas privadas, régimen licitatorio, perfeccionamiento del contrato de concesión y plazo para ello, ampliación del concepto legal de concesión de OOPP y de aplicación de su régimen legal, así como de la posibilidad de concesiones o ventas anexas en concesiones existentes, contenidos en los artículos 2°, 7°, 9°, 25 inc. 1° y 38.

En el mismo sentido, actúa la modificación del Art 21, en lo referido a la declaración explícita restringida de la aplicación de la normativa de derecho público en el contrato de concesión y al amplio reconocimiento de la vigencia de las instituciones del derecho privado en los actos del concesionario respecto a terceros.

3.2.2. Importantes temas operativos referidos al régimen contractual se resuelven adecuadamente en la nueva legislación. Puede citarse:

Arts. 19 y 20, sobre formas de pago de las compensaciones por orden de modificación de las obras, basada en interés público, o por mutuo acuerdo, aceptándose todos los factores del régimen económico de la concesión.

Art. 21, que indica los principios y actos de cesión de derechos y garantías que no requieren autorización MOP. En este artículo se establece por ley la obligatoriedad de las autorizaciones MOP, en diversos casos.

Arts. 27, 27 bis y 37, referidos a la disminución de las causales de terminación del contrato, que lo deja en plazo y acuerdo mutuo; creación de la cesión forzosa del contrato por el plazo restante, causada por el incumplimiento grave y las mayores facilidades en la quiebra para la administración pro indiviso, aseguran fuertemente a los acreedores del concesionario.

Arts. 35 y 36, que otorgan mayores derechos en caso de controversia con el MOP, vía la Comisión Conciliadora y Arbitral.

3.2.3. Las nuevas normas sobre: nuevos accesos a las obras en concesión, con la posibilidad de su cobro a los interesados; elusión de peaje y su sistema de cobro indemnizatorio a los infractores son muy importantes.

3.2.4. Protección de terceros financistas del concesionario. Esta materia fué la principal razón del proyecto, pues ella requería de ley para lograr un efecto definitivo y oponible a otros terceros, que podían relativizar los derechos de los acreedores preferente para los que se crea la Prenda Especial de OOPP.

Tanto la creación de esta prenda especial en el art. 42 como el abandono del concepto de que el incumplimiento grave pone término a la concesión, son elementos esencial de dichas garantías por la naturaleza y tipo del contrato.

Otros derechos complementan este nuevo eje de normas, a saber:

- limitación de su término por consentimiento mutuo de las partes,
- tercerías a que se admite a los acreedores con prenda especial,
- aceptación obligatoria por el MOP de la cesión del contrato cuando se ejecuten obligaciones garantizadas con dicha prenda.

3.3. Evaluación del texto de la ley e importancia de su reglamentación.

Al igual que en las modificaciones de los años 1991 y 1993, queda la impresión de que la tendencia de lograr acuerdos unánimes en las Comisiones Mixtas deja imperfecciones en los textos, por la falta de maduración de su redacción y por que impide el necesario estudio de coordinación de dicho texto que debe producirse después de consolidada una idea con relación al resto de los sistemas normativos relacionados.

Por ello, se destaca la singular importancia que tiene para varias de las normas e instituciones la dictación de la modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones y de aquéllos otros, que deban regular otras normas, como por ej: la modificación introducida en la ley de bancos.

4. MODIFICACIONES GENERALES A LAS NORMAS DE CONCESIONES DE OOPP.

*** Normas modificadas y nuevas disposiciones:**

Las normas vigentes de la ley de concesiones con modificación de texto son las siguientes:

- Arts N°s 2, 7, 9, 19, 20, 21, 25, 27, 35, 36, 37, 38 y 39², y los
- Artículos nuevos: 27 bis³, 40, 41 y 42.

**** Modificaciones con relación a concesiones existentes:**

- No se aplican a concesiones ya constituidas las modificaciones de los artículos actuales sobre los factores y su régimen licitatorio y contractual, iniciativa privada y sobre perfeccionamiento del contrato, las que han sido consumadas en los casos existentes a la fecha. Corresponden a los:

Arts N°s 2, 7, 9, 25 y 39.

²Estas dos últimas fueron creadas y agregadas a la ley de concesiones por la ley N° 19.252 de 1993, que ahora se amplían.

³ Debe entenderse parcialmente modificatorio del Art. 27 y en parte, enteramente nuevo cuando regula la cesión forzosa del contrato de concesión y la forma de liquidar dicho activo del concesionario sancionado.

Sin embargo, las normas de los artículos 2 y 38 para iniciativa privada o anexas, en cada caso, pueden aplicarse como complemento de concesiones existentes y la del 25 inciso segundo, en cuanto a su término prescribe su relicitación.

- Aplicación opcional del nuevo régimen legal a las concesiones ya constituidas.

La nueva normativa legal, dejó a la libre opción del concesionario o adjudicatario la facultad de acogerse a ella, para evitar precedentes de cambios forzados en el contrato producto de nueva legislación, a pesar de que las normas resultantes aparecen como más favorables a la concesión.

En lo hechos, todos los concesionarios constituidos optaron por acogerse a ella, dentro del término legal, que expiró el 14 de Octubre pasado. **Aún cuando todavía no se dicta el o los Decretos modificatorios, que así lo declaren.**

Este hecho terminó la posible discusión sobre las normas que podrían regir, aún sin acogerse a la nueva legislación, por el efecto a futuro de las leyes.

4.1. Desarrollos conceptuales.

Analizaremos en orden sistemático los nuevos conceptos generales que se incluyen en el régimen de las concesiones de OOPP, independientemente de su número en el articulado de los textos legales:

4.1.1. Amplia aplicabilidad de la ley de Concesiones.

Ley N° 19.460 numeral 13, referido al Art. 38 actual:

El texto agregado por la ley N° 19.252 de 1993, define en un solo inciso, que se entiende por obra pública, para los efectos de esta ley. Ahora se agregan 2 incisos extendiendo su aplicación.

* Inciso 2°: Competencia MOP, para aplicación amplia de la ley.

- Se admite la competencia plena del MOP para decidir sobre concesiones de OOPP, que no estén entregadas a la competencia de otro organismo o entidad pública.
- Cuando una obra corresponda a la competencia de otro ente público se podrá, mediante convenio de mandato, dar competencia al MOP.

En esta norma no queda dicho si para el caso de incluirse subsidio o garantías del Estado, de qué ítem o patrimonio deben provenir dichos recursos, según se trate de un ente público centralizado o de uno con patrimonio propio. Hay dos posibles interpretaciones:

- de fondos generales, que serían asignados por el P de la R, y Ministros de Hacienda y OOPP, con autorización legal expresa de la ley de concesiones, Art 7°, por lo que se cumple la normativa del art 60 N° 8 de la Constitución Política que define esta materia requiriendo autorización de ley y las normas del Decreto Ley N° 1.263 de 1975, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, o
- de fondos sectoriales o del patrimonio separado del ente público.
- Para esos casos, se declara la completa y plena aplicación de las normas de la ley de Concesiones, tanto en la forma como en el régimen de derechos y obligaciones aplicable.

* Inciso 3°: Extensión física de concesiones.

- En las obras que se otorguen en concesión en virtud de esta ley se podrá incluir, conjunta o separadamente:
 - * la concesión del uso del subsuelo, y
 - * los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a ellas.
- Igualmente, el Ministerio podrá sujetar a concesión o vender dichos derechos, estableciendo su conexión física y accesos con la o las obras que se licitan o se encuentran previamente concesionada.

4.1.2. Régimen jurídico del Contrato de Concesión de Obra Pública.

Ley N° 19.460 numeral 6, referido al Art. 21 actual:

Incisos 1° y 2°. Se han reescrito, para explicitar las relaciones del concesionario regidas por el Derecho Público y las de derecho Privado.

Se trata de hacer clara, unívoca y pedagógica esa norma, por interpretaciones limitativas del carácter del contrato de concesión, que trataban todas las relaciones del concesionario como de Derecho Público, o sujetas a aprobaciones del Ministerio.

Las clarificaciones conceptuales del texto no modifican la correcta interpretación doctrinaria anterior y explicitan:

a) NORMATIVA DE DERECHO PUBLICO APLICABLE A LA CONCESION:

El concesionario está siempre sometido al Derecho Público en todas aquellas funciones expresamente incorporadas en el contrato de concesión con ese carácter. La ley las define taxativamente como:

- las relaciones con el Ministerio,
- las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra,
- el cobro de las tarifas y su sistema de reajuste,
- las contraprestaciones del Fisco, que conforman el régimen económico del contrato,
- y
- toda normativa jurídica que regule al sector de actividad de la concesión, sean de carácter económico, ambiental, laboral, sanitario, etc.

b) NORMATIVA DE DERECHO PRIVADO APLICABLE A LA CONCESION:

Se remarca el carácter de Derecho Privado de las relaciones del concesionario con terceros. Ellas se rigen por las normas legales y contractuales de relación entre privados, salvo expresa estipulación en contrario de la ley o del contrato.

En su inciso 2°, se deja expresa constancia de la libertad del concesionario, para: "*... entre otras, el concesionario podrá preñar el contrato, o dar en prenda los flujos e ingresos futuros para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas*".

4.1.3. Obligatoriedad de otorgar autorización de la transferencia del Contrato en ciertas condiciones.

Ley N° 19.460 numeral 6, referido al Art. 21 actual:

En el nuevo inciso 5°:

Se incorpora la obligatoriedad legal del MOP. de otorgar su consentimiento a las transferencias, voluntarias o forzosas del contrato, que se originen en la ejecución de obligaciones caucionadas con la Prenda Especial de Concesión de Obra Pública que establece el nuevo art 42, cuando recaigan en inversionistas institucionales: Bancos, AFPs y los Fondos: de Inversión o de Desarrollo de Empresas y de las Cías. de Seguro y de cualquier persona natural o jurídica que cumpla los requisitos establecidos en las bases de esa licitación.

4.1.4. Obligación de reconcesionar.

Ley N° 19.460 numeral 7, referido al Art. 25 actual:

Incisos 3° y 4° nuevos. Establecen la obligación del MOP de relicitar, con la debida anticipación, las obras en concesión, aisladamente o integradas en otras, para que al término del contrato no exista solución de continuidad.

De esta obligación legal, sólo se exceptúan aquellas obras en que, por D.S. fundado, el P. de la R. declare que han entrado en desuso o que, por razones técnicas, sea improcedente, inconveniente o perjudicial al Estado, su nuevo concesionamiento.

4.2. Marco licitatorio y contractual.

4.2.1. Precisión y limitación de factores de Licitación y del régimen del contrato.

Ley N° 19.460 numeral 2, referido al Art. 7° actual:

Algunas de estas modificaciones tuvieron su origen en iniciativa parlamentaria.

- Letra d): establece que sólo pueden hacerse pagos al Estado cuando éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión.

Ello ocurre siempre, ya que se trata de concesiones sobre bienes físicos y además, la concesión es en sí, un derecho de explotación.

Luego, en los incisos tercero y cuarto nuevos, se regula:

* que esos pagos deberán ser equivalentes "al valor económico de los bienes o derechos respectivos", determinado mediante peritaje contratado por el MOP, cuando dicho pago se establezca, sin ser un factor de la licitación.

* En cambio, cuando el pago sea parte de los factores de la licitación, no se requiere de tasación previa. Pero, en las Bases, el Ministerio deberá declarar fundadamente "que el servicio prestado por la concesión sea también ofrecido en condiciones competitivas en el mercado", que para estos efectos, "se estime relevante".

Esta norma consensuada en Comisión Mixta en cuarto trámite constitucional, genera numerosos problemas de interpretación para su aplicación. Ejs:

- determinar si es admisible la decisión del Estado de cobrar sólo por parte de los bienes que se entregan en la concesión; o
- si en caso de incluir algunos pagos por ciertos bienes municipales o de otro ente público, determinar si es admisible que sólo se desee cobrar por ellos y si el pago a entes públicos con patrimonio separado, se incluyen en el "concepto de pago al Fisco".

Esta es una de las normativas que requiere de un muy buen desarrollo en el Reglamento. Además de los ejemplos anteriores, se hace ineludible definir los criterios que deben tener en cuenta los "peritos" para medir el valor económico de los pagos por bienes y servicios que se concesionan y qué se entiende por mercado y más aún, por

"mercado ... que se estime relevante", en el caso de obras públicas, en las que normalmente no hay mercado.

- Letra i) licitación con uso del factor pagos extraordinarios al Estado (o de reducción de tarifas o del plazo de la concesión) sólo se declarará admisible cuando en la concesión se incluye garantía del Estado de ingresos al concesionario (letra e)

- Letra k) consideraciones ambientales y ecológicas, y

- Letra l) ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de la licitación. Este factor, se aprobó con un carácter excepcional, ya que debe establecerse por decreto fundado y no puede utilizarse como factor de licitación, en conjunto con los factores tarifa, plazo y de rentabilidad extraordinaria.

Este último factor, promocionado por profesionales del Departamento de Industrias de la Universidad de Chile, fué aceptado con mucha reticencia por el Senado, por implicar un gérmen de control de las cuentas internas de la empresa. Sin embargo, se estimó que en casos de alto riesgo, el uso de ese factor es una garantía al concesionario, pues la concesión se ajusta por tiempo e ingresos hasta lograr la rentabilidad pedida.

4.2.2. Precisión de plazos de perfeccionamiento del contrato, caducidad de la concesión y facultades para su nueva licitación.

Ley N° 19.460 numerales 3 y 7, referidos a los Art. 9° y 25 inciso 2° actuales:

- **Plazo fatal para perfeccionar el contrato:** El texto ratifica la facultad del MOP. para determinar ese plazo en cada licitación, con la limitante de que éste, no podrá ser inferior a 60 días desde la publicación del D.S. en el Diario Oficial.

Los requisitos vigentes para perfeccionar el contrato son tres, si bién las Bases podrían agregar otros:

- a) Constituir la Sociedad Concesionaria, en la forma prometida en la oferta adjudicada,
- b) Suscribir el D.S. que adjudica el contrato, protocolizarlo notarialmente y entregarlo al MOP, y
- c) Entregar la Boleta de Garantía de la Etapa de Construcción.

- la norma de la letra b) precisa los requisitos y plazo de la suscripción, protocolización notarial y entrega al MOP. del texto del D.S. que adjudica el contrato.

- **Cómputo del inicio del plazo de la Concesión.** En las Bases se podrá establecer la época de inicio del cómputo del plazo del contrato, agregándose que: "En ningún caso

su inicio podrá ser anterior a la fecha de publicación del D. S. de adjudicación en el Diario Oficial". (25 inc. 2°)

Su propósito es desrigidizar para ciertos casos complejos, el inicio del cómputo del plazo de la Concesión y de la obligación de pagar el capital requerido al concesionario, como en ciertos proyectos de ingeniería y expropiaciones complejas.

- **Faculta al MOP.**, para adjudicar el contrato cuando no se perfeccione en el plazo fatal fijado, mediante:

- una nueva licitación pública, o
- el mecanismo de una licitación privada, entre los demás oferentes de la licitación ya realizada, que mejoren sus ofertas en el plazo de 15 días.

La posibilidad de que el contrato de concesión no se perfeccione por incumplimiento de estos requisitos de forma, existía en la ley vigente. Ahora sólo se ha procurado utilizar la misma licitación para una nueva adjudicación, en el evento de su no perfeccionamiento.

FACTOR DE RIESGO DE BANCOS O COMPAÑÍAS DE SEGURO.

Se deja constancia de que el régimen de garantía de las licitaciones y contratos prevé penalidad por el desestimiento o incumplimiento de requisitos del adjudicatario. Para ello existe la "Boleta de Garantía de Seriedad de la Oferta" durante la licitación, la que debe ser renovada por el adjudicatario, desde que se le informa la intención de adjudicársela. De otra parte, antes del perfeccionamiento del contrato debe entregarse la Boleta(s) de Garantía de la etapa de Construcción". Una de ellas dos, se hará efectiva si el adjudicatario no constituye la concesionaria, o haciéndolo no perfecciona el contrato, en el plazo fatal indicado.

Por ello quién emita este tipo de garantías, debe tomar los resguardos debidos, ante la eventualidad de su ejecución por el no perfeccionamiento del contrato.

4.2.3. Mejoramiento del régimen de modificación del contrato.

Ley N° 19.460 numerales 4 y 5, referidos a los Arts. 19 y 20 actuales:

Art. 19 modificación a las obras por causa de interés público:

Se faculta al MOP para que "desde el perfeccionamiento del contrato" pueda modificarlo por razones de "interés público".

También se autoriza expresamente al MOP para "compensar al concesionario en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones, que podrán expresarse en la

consideración de cualquier factor del régimen económico del contrato y en especial, explícitamente, "el plazo de la concesión, las tarifas, en los aportes o subsidios." Además, se declara que podrá "utilizar uno o varios de esos factores, a la vez".

Por una interpretación restrictiva de la Contraloría actualmente sólo se podría compensar al concesionario con incremento en "las tarifas o en los subsidios pactados".

En caso de controversia sobre la indemnización se declara explícitamente que puede recurrirse a la Comisión conciliadora y arbitral.

Además, se limita la facultad del MOP para exigir al concesionario esa modificación o nuevas obras, por causas de "orden público" hasta un monto de inversión que:

- * deberá definirse en las Bases de la Licitación, para cada caso y en el silencio de aquéllas, no se podrá exigir obras por un monto que supere el 15% del valor de la inversión inicial,
- * ni después de transcurrido más de la mitad del periodo de concesión,
- * salvo expreso acuerdo, por escrito, de la sociedad concesionaria.

Esas modificaciones se harán por DS MOP, con firma del Ministro de Hacienda.

Artículo 20° actual: referido a modificaciones a las obras por mutuo acuerdo.

Se autoriza para que durante la vigencia de la concesión, a iniciativa de cualquiera de las partes, de común acuerdo, se pueda:

- * ampliar o mejorar la obra cuando resultare insuficiente para la prestación del servicio.
- * el convenio recogerá las condiciones a que se sujeta la obra, y
- * su repercusión en el régimen de las tarifas, o en cualquier otro factor del régimen económico, o en el plazo de la concesión.
- * Se faculta al MOP para "utilizar uno o varios de esos factores, a la vez".

El convenio complementario, se hará previo informe de la Dirección respectiva y el DS MOP que lo aprueba llevará, además, la firma del Ministro de Hacienda.

4.3. Terminación del Contrato.

4.3.1. Causales de terminación del contrato.

Ley N° 19.460 numeral 8, referido al Art. 27 actual:

el actual N° 3, pasa a N° 2 y se modifica la causal de "mutuo acuerdo".

Para esa causal de extinción anticipada, se establece que el MOP sólo podrá acordarla con el concesionario, si los acreedores con prenda especial inscrita, la aceptan en forma previa y por escrito, si los hubiese.

4.3.2. Mejoramiento del régimen de modificación del contrato.

Ley N° 19.460 numeral 9, crea el Art. 27 bis:

Regula la situación del "incumplimiento grave" que crea la "cesión forzosa" de la concesión, normando su intervención, la liquidación del contrato vigente y su nueva adjudicación.

Es una de las modificaciones de la mayor importancia: Se elimina el concepto de "incumplimiento grave" como causal de extinción definitiva del contrato de concesión, en resguardo del derecho de terceros, creando un sistema de **cesión forzosa del contrato**.

Al ocurrir dicha causal se permite al Ministerio solicitar dicha declaración a la COMISION CONCILIADORA, según la norma del nuevo texto del Art 35. Declarada su procedencia, el MOP designará un interventor de la sociedad concesionaria, con sólo facultades para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, aplicándose las normas del Art. 200 números 1 al 5 de la ley de quiebras (N° 18.175). El interventor responderá hasta por la culpa levisima.

El MOP. deberá licitar públicamente el contrato de concesión por el término que le reste, en un plazo de 180 días, contado desde dicha declaración. En la primera licitación el pago mínimo no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída; ni en la segunda, inferior a la mitad. En la tercera, no habrá mínimo.

Sobre el producto del pago resultante se harán efectivas las acreencias de los terceros. Tendrán preferencia los créditos del período de la intervención, aún antes de los caucionados con la Prenda Especial de OOPP, que establece el nuevo Art. 42.

4.4. Régimen de la Prenda Especial OOPP y otras garantías de sus financistas.

Ley N° 19.460 numeral 9, crea el Art. 42 nuevo: Prenda Especial de Concesión de Obra Pública.

Sobre la base de la estructura legal de la Prenda Industrial se crea y regula esta nueva Prenda Especial. Su objeto es facilitar la constitución y ejecución de las garantías basadas en el contrato de concesión.

Si bien, en la actualidad el concesionario puede constituir prenda sobre los ingresos y otros derechos establecidos en el contrato de concesión, no existe sistema, ni procedimiento claramente aplicable para su ejecución.

La Prenda Especial de Concesión de Obra Pública puede pactarse por la sociedad concesionaria con los financistas de la obra, de su operación o en la emisión de los títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer sobre:

- El derecho de concesión de OOPP que para el concesionario emane del contrato,
- todo pago comprometido por el Fisco en virtud del contrato, y
- los ingresos de la sociedad.

Debe destacarse que si bien se eliminó la prenda de la concesionaria, sobre las acciones de dicha sociedad, dicha opción quedó subsistente en el inciso segundo, con la siguiente expresión: "Cuando esta prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se anotará, además en los registros correspondientes de la sociedad".

Para precisar su alcance será determinante la dictación del Reglamento de esta ley, así como el que prescribe su artículo 4° que modifica el inciso primero N° 1 del Art. 89, del DFL N° 252 de 1960, Ley General de Bancos, que analizaremos más adelante.

Su perfeccionamiento requiere escritura pública inscrita en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto y anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio.

La prenda conlleva en caso de su ejecución o en la quiebra un importante orden de "prelación de pago", (preferencia de 2ª categoría y especial, sobre los bienes en que recae). Como el concesionario de OOPP. será siempre una sociedad anónima, sólo tendrían prelación de pago sobre la obligación que cauciona esta prenda: las costas judiciales; remuneraciones; asignaciones familiares; cotizaciones previsionales y créditos fiscales por los impuestos de "retención y de recargo".

Para hacer más efectiva esta garantía en diversas disposiciones se le otorgan otros derechos preferentes a los acreedores prendarios. Destacan:

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

4.5. Normas sobre Quiebra del Concesionario.

Ley N° 19.460 numeral 12, Art. 37 actual: sobre quiebra, posibilidad opcional de administración "proindiviso" por el plazo restante del contrato.

Se perfecciona la norma que regula la quiebra del concesionario, principalmente desarrollada en la ley N° 19.252 de 1993, con la facultad de la Junta de Acreedores para mantener la continuidad de giro del fallido, por todo el plazo que le restare al contrato de concesión.

Ello, sin perjuicio de la opción alternativa de la Junta, de subastar el contrato de concesión remanente como "universalidad jurídica".

Se modifica el criterio del mínimo de las posturas para la subasta, que antes se refería a un porcentaje de la "inversión efectuada" reemplazándolo por concepto del "monto de la deuda contraída".

En su nuevo inciso quinto, para la ocurrencia del evento, dispone el nombramiento por el MOP de un representante, para que actuando coordinadamente con el Síndico, vele por el mantenimiento del o de los servicios objeto de la concesión, sin perjuicio de que la representación del interés fiscal sea realizada por quién corresponda.

4.6. Intervención de la Concesión.

Ley N° 19.460 numeral 11, Art. 36 actual: Intervención de la Concesión, por "abandono de la obra o interrupción injustificada del servicio".

- El Ministerio **deberá solicitar a la Comisión Conciliadora** que declare que el concesionario "ha abandonado la obra o el servicio se interrumpa injustificadamente", para lo cual conocerá el asunto como Comisión Arbitral, con un plazo de 3 días para resolver, prorrogable fundadamente, por una vez, por el mismo término.
- Al aprobarse la declaración, el MOP designará un interventor de la obra.
- Si fuere necesario, por la gravedad del caso, la Comisión podrá ordenar a la fuerza pública que proceda a la inmediata reanudación del servicio, mientras se decide la intervención. En ese caso, se podrá suspender el cobro de la tarifa a los usuarios. Dicha decisión será revocable en cualquier momento.
- El interventor sólo tendrá las facultades de administración necesarias para el cumplimiento del contrato de concesión **y responderá hasta por la culpa levisima.**
- El concesionario podrá reasumir, mediando declaración escrita y formal en tal sentido, aprobada por la Comisión Conciliadora.
- Si transcurridos 90 días, el concesionario no reasume se entenderá que hay "incumplimiento grave" y se aplicará lo dispuesto en el Art. 27 bis, que conlleva la cesión forzosa del contrato de concesión.

4.7. Comisión Conciliadora y Tribunal Arbitral.

Ley N° 19.460 numeral 10, Art. 35 actual. Aumento de las facultades e "imperio" de la Comisión Conciliadora y Arbitral.

Se mantiene su composición, de 3 profesionales universitarios, designados uno, por cada parte y el tercero, que la presidirá, de común acuerdo o en subsidio, por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. Las modificaciones introducidas significan que:

- Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de su reemplazo.
- Esta definirá procedimientos y sistema de notificación.
- Se establece la suspensión de la aplicación de las Resoluciones del Ministerio (multas y otras sanciones), cuando ésta así lo resuelva, a solicitud expresa del concesionario.
- Se amplían las facultades de la Comisión Conciliadora, incluso permitiendo a ésta transformarse en Tribunal (Comisión Arbitral) al que puede recurrir el concesionario, a su solicitud, en el caso de que no se produzca conciliación, en los primeros 30 días en que actúa como conciliadora. El plazo, para ello, es de 5 días. En este caso la Comisión debe fallar en 30 días y su resolución no es susceptible de recurso.
- Su competencia se amplía a todas las materias de controversia, con la posibilidad opcional de que el concesionario decida recurrir ante la Corte de Apelaciones para el evento de no lograrse acuerdo por la Comisión Conciliadora en un plazo inicial de 30 días.
- Si el concesionario no recurre a la Comisión Arbitral, ni a la Corte de Apelaciones, quedará a firme la resolución del Ministerio.
- Todo ello, sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría.

4.8. Proyectos de Iniciativa Privada.

Ley N° 19.460 numerales 1 y 2, referidos a los Arts. 2 y 7 actuales:

Nuevamente se legisla en estímulo y defensa de las INICIATIVAS PRIVADAS POR CONCESION. Esta reforma legal agrega, las siguientes normas:

4.8.1. Artículo 2° de la ley de concesiones.

Aumenta el plazo de entrega de los Estudios de la Proposición hasta por 2 años en proyectos de "gran envergadura o complejidad técnica". (inciso 3°).

- **Modificación formal**, incisos 3° y 4° actuales que pasan a 4° y 5°.

- **Reembolso de los costos de los Estudios de la Proposición de obras por iniciativa privada.** Complementa las facultades del MOP. para poder ofrecer, total o parcialmente, el "reembolso del costo de los estudios de la "Proposición" en proyectos de iniciativa privada, agregando los casos en que la licitación no se perfecciona por falta de "adjudicación o por cualquier otra causa, en uno o dos llamados ...".

4.8.2. Protección en factor de licitación del Artículo 7° inciso 4°, en relación con la letra h) de su inciso 1°:

En dicho artículo sobre los factores de licitación, se agrega un nuevo inciso 4°, para impedir la deformación del premio en la evaluación de la Oferta económica del proponente, mediante la incorporación y ponderación conjunta de la evaluación de la oferta técnica, en la Licitación.

Esta disposición se estudió y aprobó a petición expresa de la Cámara de la Construcción, con el fin de evitar la deformación del PREMIO, mediante la ingerencia de un elemento subjetivo como la calificación técnica, que se había producido en tres licitaciones de concesión, a saber: Terminales Aeroportuarios de Puerto Montt, de Iquique y la obra vial: Nuevo Acceso al Aeropuerto de Santiago. Esta norma, que contó con el acuerdo unánime en ambas Cámaras del Congreso, es del siguiente tenor:

4. "Por su parte, en las licitaciones que tengan su origen en una iniciativa privada, el factor contemplado en la letra h) del referido inciso sólo podrá considerarse para dirimir empates entre ofertas económicamente iguales"

h) Puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación."

4.9. Otras normas especiales, principalmente viales.

4.9.1. Ley N° 19.460 numeral 14, referido al Art. 39 actual. Fijación de límites de velocidad en obras concesionadas.

La norma incorporada por la ley 19.252 de 1993, permite al MOP., de modo exclusivo, fijar los límites mínimos y máximos de velocidad, para los caminos en concesión, reforzándose ahora el sentido de que éstos podrán ser superiores a los fijados por la ley del tránsito, cuando el trazado y estándar fijado por el MOP lo permita.

La actual modificación la perfecciona, al agregar que, esos límites tampoco podrán definirse velocidades inferiores a los "establecidos para las mismas situaciones en la legislación".

4.9.2. Ley N° 19.460 numeral 15, crea el Art. 40 nuevo: Cobros por conexiones o accesos nuevos.

- inciso 1°: Conexiones o accesos existentes.

Las Bases de Licitación establecerán los accesos y obras de conexión que debe tener una obra en concesión, incluyendo aquéllas que permitan el uso de los accesos existentes que hubieren sido autorizados conforme a derecho.

- inciso 2°: Conexiones o accesos nuevos y cobro:

- El concesionario, según lo dispuesto en las bases de licitación, o en su solicitud, en los casos no previstos en aquéllas,
- con la autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, en ambos casos, el que no podrá denegarla sino por causa justificada,
- estará facultado para autorizar a terceros interesados nuevos accesos y conexiones a la obra en concesión,
- y podrá cobrar a estos terceros un pago por el acceso, adicional al costo de las obras necesarias para su habilitación.
- El monto de estos pagos será convenido entre el concesionario y el o los interesados según lo dispongan las bases de licitación.
- o libremente, en los casos no contemplados en éstas.

Con esta norma, se busca posibilitar cierta internalización de beneficios sociales y privados de terceros en las concesiones en que procedan.

4.9.2. Ley N° 19.460 numeral 15, crea el Art. 41 nuevo: Sanción pecuniaria por elusión de pago de tarifas o peajes de obras concesionadas y medios de prueba.

- inciso 1°: Cuando un usuario de una obra dada en concesión incumpla el pago de su tarifa o peaje, el concesionario tendrá derecho a cobrarla judicialmente.

Será competente para conocer de ella, de acuerdo al procedimiento establecido en la ley N° 18.287, el Juez de Policía Local del territorio en que se produjo el hecho, el cual al ordenar dicho pago, deberá imponer al condenado una indemnización compensatoria en favor del concesionario:

- de un valor equivalente a cuarenta veces el pago incumplido, más el reajuste según el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha del incumplimiento y la del pago efectivo
- o bien, el valor equivalente a dos unidades tributarias mensuales,
- estando el Juez obligado a aplicar el mayor valor.

En la misma sentencia, se regularán las costas procesales y personales, calculándolas con el valor total reajustado de la tarifa e indemnización.

- **inciso 2º: Medios técnicos de prueba.**

En esos procesos se le otorga valor probatorio a fotografías, videos y cualquier otro medio técnico que el MOP. autorice para el control de los pagos tarifarios.

En esta materia no se usó mecanismos penales ("falta") ya que con ellos no se compensa al concesionario, sino al Fisco.

4.10. Norma transitoria: opción de régimen legal de concesiones.

Art 1º TRANSITORIO: faculta a concesionarios ya constituidos y a adjudicatarios en proceso de perfeccionamiento de la adjudicación o contrato y a los licitantes que sean adjudicados con las concesiones de OOPP en licitación, para optar por su aplicación a ese contrato, en un plazo de tres meses desde que se dicte la ley, o desde que se perfeccione su contrato.

Como se ha dicho todos los concesionarios optaron en plazo, por el nuevo régimen legal. Por ello, no se utilizará la norma prevista para opción parcial.

Art 3º TRANSITORIO: regula para los concesionarios ya constituidos que no opten por el nuevo régimen legal, requerirán de la autorización del MOP para aplicar la facultad del Art. 40 sobre nuevos accesos.

5. MODIFICACIONES TRIBUTARIAS.

Objetivo de las normas tributarias.

Por no haberse dictado al inicio normas tributarias legales especiales aplicables a las concesiones de OOPP, fué necesario definir las normas generales aplicables, tanto para su etapa de construcción y como en la de su operación, en que también se cumplen funciones de construcción para el mantenimiento de las obras.

Dicho vacío se llenó por dictámenes del Servicio de Impuestos Internos. Para algunos inversores e institutos de financiamiento, principalmente extranjeros, esta situación aparecía poco atractiva, pues, en su opinión agregaba riesgos e incertidumbre a la evaluación del proyecto y contrato.

Para dotar de mayor seguridad y estabilidad jurídica y facilitar el conocimiento de las normas tributarias el Ejecutivo incorporó en el proyecto de ley las disposiciones tributarias específicas para las concesiones que genericamente conceptúa como de USO PÚBLICO, sin utilizar nunca la denominación más específica de concesión de obra pública.

Objetivos comunes de dichas normas tributarias:

A) Igualar la situación tributaria de los contratos de concesión de OOPP. con las normas aplicables a las otras actividades.

Para ello se ha dictan normas especiales, destinadas a restablecer el equilibrio con otras actividades, como consecuencia de los rasgos peculiares de estos contratos.

Los principales de ellos son el hecho de que se construye una obra que será de propiedad de un tercero (el Fisco) con lo que no formará parte de sus activos fijos y el hecho de ella se paga por los flujos de ingresos de la explotación, cuyo derecho de pago se devenga al momento de iniciarse la etapa de operación del contrato, pero se percibirá efectivamente a lo largo de muchos años.

B) Ambos impuestos se pagarán al momento de ^{percibirse} ~~devengarse~~ los ingresos gravados.

Conceptualmente, la "inversión" del concesionario constituye su activo. Sin embargo, en las concesiones de OOPP. la obra es siempre de propiedad fiscal. Por ello, en el Balance el "activo" del concesionario será el "precio de la obra". Al iniciarse la operación de la concesión se devenga el precio instantáneamente.

Legalmente, ambos impuestos deben pagarse al "devengarse o percibirse, lo primero que ocurra". En estos casos, el pago se percibirá a lo largo de muchos años, incluso en la mayoría de las obras, en más de una década.

Por ello para mantener la equidad tributaria, las nuevas normas establecen que estos impuestos se incorporan a su cálculo y obligación de pago sólo cuando, efectivamente, se devengan. percibase

C) Asume y precisa las normas para la cesión del contrato de concesión.

Las normas tributarias de la Ley N° 19.460 regulan detallada y precisamente el modo de calcular las obligaciones y beneficios tributarios que corresponden al concesionario

original, separándolos de aquéllos que se aplican al concesionario por cesión, sea voluntaria o forzosa.

5.1. Artículo N° 2: DL N° 825, de 1974 sobre IVA.

- RECONOCIMIENTO AUTONOMO PARCIAL DE LA ACTIVIDAD DE "CONCESIONARIO DE OOPP."

Se concluye con la ficción de la interpretación inicial del SII. que imponía la necesidad al concesionario de tener que "construir directamente" una parte de la obra, aún cuando subcontrátase casi el total con terceros, para tener derecho a la devolución del IVA de la construcción.

Ahora, la sociedad concesionaria puede libremente construir el total de la obra o subcontratarlo enteramente y le serán aplicables las normas de devolución del IVA.

- LA FASE DE CONSTRUCCION ES TRATADA SIEMPRE COMO UN CONTRATO DE CONSTRUCCION.

Lo natural sería que las obras fiscales, no estuviesen recargadas con el IVA de la Construcción. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda, es muy riguroso en no permitir ningún precedente de exención de este impuesto. Para ello ha preferido imputar y entregar en la inversión al MOP los fondos que éste pagará al Concesionario, aún cuando antes los ha obtenido por vía tributaria.

Para mantener ese principio, se han producido dos efectos:

a) en todos los textos tributarios se conceptúa una dualidad de naturaleza del contrato de concesión. Este es tratado, como si estuviese formado por dos contratos diferentes: uno, inicial, que sería un contrato de construcción, entendido como el costo en que el concesionario incurre, para obtener un segundo contrato, la fase de explotación, que sería el beneficio del concesionario, en aquella parte que exceda el pago fiscal por la obra realizada inicialmente, y

b) se agregó en el artículo 16 del DL 825, que describe los elementos gravados del hecho tributario, un nuevo "hecho gravado" constituido por la construcción en el caso de concesiones de OOPP y en la fase de operación, los trabajos de mantenimiento de dicha obra. Como en realidad es un verdadero hecho gravado, esa norma debería haberse incluido en el art 8, agregándolo en la letra e) de dicho cuerpo legal.

- DEVOLUCION DEL IVA. DE LA CONSTRUCCION POR ETAPAS PARCIALES.

La interpretación tributaria obligó inicialmente al concesionario a "financiar" el costo total de los pagos correspondientes al IVA. hasta la recepción final de la obra y la

determinación del MOP. de su valor, lo que llevaba a emitir la factura por el valor total de la obra, con su IVA. correspondiente. El MOP pagaba entonces en un acto único el costo del IVA. A su vez, el valor de la obra se percibiría durante el período de explotación de la concesión.

La norma legal actual posibilita los pagos del IVA periódicamente, con emisión de facturas por avances parciales, disminuyendo el correspondiente costo financiero.

Sin embargo, cabe dejar constancia que en las Bases de Licitación emitidas durante la discusión del proyecto de ley, se produjo un sostenido y progresivo avance en el establecimiento del pago parcial periódico del IVA. por el MOP, el que ha llegado a ser semestral. Esto, sobre la base de aplicar los concepto de que la obra se concluye por parcialidades al "adherirse" progresivamente los bienes a la obra fiscal, pasando automáticamente a dicho dominio y a que, en la definición de la norma de restitución del impuesto entre las partes del contrato, predomina la modalidad que ellas asuman para definir el momento de su devolución por el "dueño" al "constructor".

LOS USUARIOS DEL PEAJE NO PAGAN IVA. POR EL USO DE LA OBRA EN CONCESION.

Sin embargo, la sociedad concesionaria debe recuperar los pagos de IVA. en que incurra en el período de operación, por hechos gravados.

Por ello se establece la ficción legal de que un porcentaje de los ingresos de la explotación quedará sujeto a IVA., para efectuar con esos valores la devolución -crédito fiscal que se compensa- de los pagos efectivos de IVA. en que incurra la sociedad concesionaria.

5.2. Artículo N° 3: DL N° 824, de 1974 sobre Ley de la Renta.

Además de incorporar el principio común ya indicado del pago del impuesto a la renta cuando aquélla efectivamente se perciba y en vez del momento de devengarla. Las principales novedades están en:

- Se excluye expresamente de incluir en ingresos de renta, los subsidios estatales que se paguen.

- Se permite a elección del concesionario reducir a un tercio, el plazo de recuperación del costo de la obra que se paga con el derecho de explotación, el que resultaría de dividir el valor a recuperar por el número de meses de la fase de explotación.

5.3. Norma transitoria: opción de régimen tributario.

El Art 2° TRANSITORIO: faculta a contribuyentes con concesiones ya celebradas, para acogerse a las normas de esta ley en sus aspectos tributarios.

Se desconoce cuantos han optado por el nuevo régimen legal, en materias tributarias. Sin embargo, dicha opción no debiera implicar grandes beneficios adicionales fuera del aporte general de seguridad jurídica derivado de una norma de ley, ya que los contenidos sustantivos de la mayor parte de los derechos y obligaciones se definen en las Bases y en el decreto de Adjudicación de cada concesión. Dichos derechos y obligaciones sustantivos no varían con las nuevas normas legales.

6. MODIFICACION A LA LEY DE BANCOS EN LA LEY 19.460.

Ley 19.460, artículo 4°. Modificaciones al DFL N° 252 DE 1960 (Ley de Bancos).

Se introduce la siguiente modificación al inciso primero del número l) del artículo 84 del DFL N 252, de 1960, Ley General de Bancos:

Se elevará al 15%, (sobre capital y reservas) si el exceso corresponde a créditos concedidos en moneda chilena o extranjera, destinados al financiamiento de obras públicas fiscales ejecutadas por el sistema de concesión contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas,

- siempre que estén garantizadas con la prenda especial de concesión de obra pública contemplada en dicho cuerpo legal, o
- si en la respectiva operación de crédito concurren dos o más bancos o sociedades financieras que hayan suscrito un convenio de crédito
- con el constructor o concesionario del proyecto.

Por reglamento dictado conjuntamente entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Obras Públicas se determinará el capital mínimo, garantías y demás requisitos que se exigirán a la sociedad constructora para efectuar estas operaciones, en este último caso.

Esta última restricción -de esperar dicho reglamento- derivada del sentido preciso de la ley, debiera ser exigible sólo para crédito a la empresa constructora y no a la concesionaria.

Esta norma que fué determinante en la demora de la tramitación de la ley, no presenta mayores dificultades interpretativas, pues se limita a volver a modificar el texto de la Ley de Bancos, para elevar el porcentaje de dicho exceso hasta un 15%, cuando se presente alguna de las dos circunstancias a las que se condiciona su elevación.

7. INFORMACION DE MODIFICACIONES EN LA ADMINISTRACION:

7.1. Institucionalidad y procedimientos.

La gran flexibilidad que a la Administración proporciona el marco legal, ha permitido modificar sucesivamente el esquema de organización de las actividades de estudio, preparación y licitación de concesiones, bajo diversas institucionalidades internas en el MOP.

Desde el inicio de la fase constructiva, de acuerdo al artículo 28 del DFL N° 164, de 1991, es la correspondiente Dirección operativa del MOP, la competente para la contraparte de inspección y control del contrato. Por ello, es la Dirección de Vialidad, la que tiene la mayor actividad en este momento en las concesiones en construcción u operación.

La organización actual que se ha dado la Dirección General de Obras Públicas para el desarrollo de sus tareas, se estructura en torno a una Coordinación General de Concesiones, posibilitada y dotada de atribuciones, mediante una delegación funcional del Director General.

Bajo ella, las unidades que operan concesiones están estructuradas a este momento en 3 gerencias, más las de apoyo.

Las gerencias operativas corresponden a los programas principales:

A) Ruta 5 y vialidad interurbana, con metodologías, programas y proyectos muy consolidados.

B) Vialidad Urbana, en sus inicios y sin ninguna experiencia realizada en licitación en curso, hasta esta fecha, y

C) Otros proyectos de concesiones entre los que destacan los aeroportuarios, ferroviarios y diversas ideas de distinta naturaleza. De ellos ya hay dos casos en materia aeroportuaria, en actual construcción.

En cuanto a los procedimientos, en el curso del año, ya en dos oportunidades se han producido dificultades que entraban el programa de licitaciones, por necesidad de concordar criterios entre los dos Ministerios encargados de su desarrollo, ambas en relación con concesiones viales interurbanas.

En materia de Vialidad urbana, se efectúan coordinaciones con el Ministerio de Vivienda, lo que ha hecho aún más compleja la definición de los proyectos, pues se incorporan elementos de planificación urbana que colocan cargas complejas a los criterios de rentabilidad del proyecto mismo.

Además, en ellos se añaden las dificultades propias de las obras urbanas, que hacen más complejas, caras y lentas tanto las expropiaciones como las soluciones constructivas.

Incluso, de continuar la demora en el despegue de estos programas debería comenzar a reflexionarse operativamente en otras modalidades de implementar la participación pública y privada en este tipo de obras. Muy relevante pueden ser las experiencias de la ciudad de Estocolmo, en que la completación de su anillo periférico interior, está siendo desarrollada por una sociedad creada por el servicio de caminos, en la cual la participación privada se efectuará con colocación de las acciones en la Bolsa.

7.2. Esquema de negocio, diseño de licitación y operación.

Las modificaciones aportadas por la nueva legislación tienen algunas instituciones de gran importancia que fijan el marco de operación de la Administración.

Sin embargo, la amplia capacidad legal que entrega este régimen de concesiones, -hace que constante y progresivamente- se consoliden nuevas normativas contractuales, principalmente a partir de los estudios de negocio que fundamentan cada proyecto y de las experiencias obtenidas de los casos en construcción y operación.

Así, la principal fuente de modificaciones en las actuales y futuras concesiones de OOPP., se encuentra en el diseño de las Bases de licitación y por lo tanto, tiene un fundamento de carácter contractual. Las novedades incorporadas en los últimos procesos licitatorios son variadas y de importancia. Entre ellas se puede destacar las fórmulas licitatorias, con multiplicidad de factores que crean tramos de opción; la nueva normativa contractual para las expropiaciones y el rol dinamizador que en ellas debe asumir el concesionario; el retorno del IVA de la construcción por parcialidades, incluyendo curiosamente en el concepto de pago y devolución de IVA, hasta los pagos del concesionario a título de provisión de recursos por las expropiaciones.

Del mismo modo, los factores del régimen económico de cada contrato se están combinando de modo variable, según la naturaleza de cada tipo de obra y proyecto. Esto implica diversas formas de pagos al Fisco o de subsidios y distintos monto de las garantías.

Para los diversos agentes públicos y privados del proceso resulta indispensable el estudio preciso de las normas de las bases y del proyecto técnico de cada nueva licitación o concesión, pues en ellos radica la mayor dinámica del proceso en curso y de sus variaciones futuras.

7.3. Noticia sobre texto Refundido DFL MOP N° 164 de 1991 y su Reglamento.

7.3.1. Texto del DFL.

El texto del DFL fué preparado por la Coordinación de Concesiones y Fiscalía MOP. Sin embargo, un error mínimo de transcripción de una palabra en el texto de la ley 19.460 publicado en el Diario Oficial, obligó a una constancia rectificatoria previa, ya producida.

Se espera contar con el DFL publicado, a fines de Octubre o en todo caso, en Noviembre próximo.

La única novedad formal conocida, es que en el texto definitivo el artículo 27 bis de la ley 19.460, pasará a ocupar el N° 28 y que, en consecuencia, los artículos que lo siguen se numerarán con un número más, correlativamente (28 actual hasta 43 futuro).

Texto del nuevo Reglamento de la ley de concesiones.

Se encuentra en elaboración y revisión por los organismos técnicos y directivos del MOP. Luego, deberá contar con el acuerdo del Ministerio de Hacienda y Presidencia, para su posterior revisión y Toma de Razón por la Contraloría General.

Por ello y a pesar de la importancia que tiene la regulación de varias normas e instituciones nuevas que él deberá incluir, estimamos que no es posible esperar que en el curso de este año entre en vigor.

Juan Enrique Miquel M.
Abogado y consultor.

Esquema N° 1.

OBRAS PUBLICAS BAJO CONCESION.

Desde 1992 a la fecha, se han licitado 12 contratos de concesión de OOPP.

- 2 corresponden a terminales aeroportuarios (Puerto Montt e Iquique) y
- 10 a obras viales, con:
 - 5 de tipo singular y
 - 5 sistemas de Autopistas.

* **De 12 concesiones de OOPP licitadas:**

10 están ADJUDICADAS,
1 en adjudicación, y
1 en apertura de ofertas económicas.

De 10 concesiones adjudicadas:

1 está en operación,
9 en fase de construcción,

* **De las 11 obras que aún no entran en operación,**

2 lo harán en el resto de 1996,
5 pueden iniciar sus operaciones en 1997, y
4 en 1998, incluidas las en adjudicación y oferta.

Con la inversión materializada y comprometida en estos doce contratos se superará los US\$ 900 millones.

Esquema N° 2.

CONCESIONES LICITADAS:

TUNEL EL MELON : Inversión de US\$ 40 millones, DS adjudicación: MOP N°112 del 08.04.93, inició sus operaciones, el 15.09.95;

EN CONSTRUCCION:

CAMINO DE LA MADERA: Inversión de US\$ 34 millones, DS adjudicación: MOP N° 133 del 29.04.94, inicio de operaciones 1996;

ACCESO NORTE A CONCEPCION: Inversión de US\$ 130 millones, DS adjudicación: MOP N° 7, del 06.01.95, inicio de operaciones en 1997;

CAMINO DEL RIPIO Inversión de US\$ 0,7 millones, DS adjudicación: MOP N° 97, del 09.03.95, inicio de operaciones 1997;

AUTOPISTA STGO-SAN ANTONIO: Inversión de US\$ 135 millones, DS adjudicación: MOP N° 322, del 16.06.95, inicio de operaciones 1997;

AEROPUERTO PUERTO MONTT: Inversión de US\$ 5 millones, DS adjudicación: MOP N° 352, del 30.06.95, inicio de operaciones 1997;

NOGALES-PUCHUNCAVI: Inversión de US\$ 14 millones, DS adjudicación: MOP N° 387, del 28.07.95, inicio de operaciones 1997;

AEROPUERTO IQUIQUE: Inversión de US\$ 5,7 millones, DS adjudicación: MOP N° 452, del 18.08.95, inicio de operaciones 1998;

ACCESO VIAL AEROPUERTO AMB de Santiago: Inversión de US\$ 10,7 millones, DS adjudicación: MOP N° 20, del 12.01.96, inicio de operaciones 1997;

RUTA 5: TALCA-CHILLAN: Inversión de US\$ 180 millones, DS adjudicación: MOP N° 21, del 12.01.96, inicio de operaciones 1997;

EN ADJUDICACION.

RUTA 5: SANTIAGO-LOS VILOS: Inversión de US\$ 250 millones, DS adjudicación, inicio de operaciones 1998;

SANTIAGO-COLINA-LOS ANDES: Inversión de US\$ 130 millones, en etapa de oferta. Adjudicándose, su inicio de operaciones sería posible en 1998.

INVERSION ESTIMADA TOTAL: US\$ 935,1 millones

Esquema N° 3.

REGIMEN LEGAL CONTRATOS DE CONCESION.

De las 12 obras licitadas:

- 10 con su contrato ya perfeccionado:

1 fue convocada y adjudicada bajo la sola vigencia del DFL MOP N° 164 de 1993;

9, lo fueron con vigencia de aquél y de la ley modificatoria N° 19.252 de 1993.

- Las 2 restantes:

fueron convocadas a licitación con dicho régimen legal y con adjudicación después de la vigencia de la ley 19.460 de 1996.

OBRAS PUBLICAS EN CONCESION SEGUN ORIGEN DE LA IDEA.

De las 12 obras licitadas:

- 7 de ellas corresponden al programa Fiscal MOP, y

- 5 a iniciativas de origen privado:

- Camino del Ripio,
- Acceso Vial al Aeropuerto AMB. de Santiago,
- Terminal Aeropuerto de Puerto Montt,
- Terminal Aeropuerto de Iquique, y
- Carretera Santiago - Colina - Los Andes.

Salvo, esta última cuya inversión superará los US\$ 120 millones, las demás de iniciativa privada son de inversión baja, casi marginal en el sistema.

Esquema N° 4.

OBRAS EN PROXIMA LICITACION COMO CONCESION.

I.- VIALIDAD INTERURBANA.

Programa RUTA 5: otros 6 tramos entre La Serena y Puerto Montt.

Precalificación efectuada. Sus licitaciones pueden perfeccionarse en resto de 1996 y el año 1997.

Las obras restantes de este programa superarán los US\$ 1.200 millones de inversión inicial. Esos tramos, son:

- La Serena - Los Vilos, (Licitación 1996).
- Chillán - Collipulli, (Licitación 1996).
- Collipulli - Temuco.
- Temuco - Río Bueno.
- Río Bueno - Puerto Montt, y
- Santiago - Talca, incluye Autopista Santiago-San Fernando.

RUTA 68 ACTUAL, TRONCAL SUR Y LA DORMIDA:

Los 2 caminos, en una red de 230 Kms aprox., tendrán 4 túneles de un largo de 8 kms.

Su inversión total se situará en los US\$ 500 millones en dos etapas, de 2 y 6 años, cada una.

Se encuentra en Licitación, con ofertas esperadas a Marzo de 1997.

II.- PROGRAMAS DE OBRAS VIALES URBANAS:

Programa conjunto MOP y MINVU. En fase de precalificación y diseño.

Dispone de 5 grandes proyectos en Santiago, con ejes urbanos N - S; E - O y Radial Nororiental.

Suponen alta inversión, tarifa uniformada por kilómetro y uso masivo.

Esquema N°5.

III.- PROGRAMA DE TERMINALES DE AEROPUERTOS:

Recientemente anunciado, con:

4 obras para licitar en 1997, y
posible ampliación de las 2 concesiones en actual ejecución: Iquique y Puerto
Montt.

Incluirá:

- terminales de pasajeros,
- loza de estacionamiento,
- instalaciones y
- su administración.

En algunos, puede agregarse **TERMINALES DE CARGA.**

* Ellos son:

Calama,

La Serena,

Concepción, y la más relevante, que corresponde a:

la ampliación del **Aeropuerto AMB de Santiago.**

La inversión se estima en US\$ 120 millones,

que podría elevarse con programa del terminal de carga de Santiago e
instalaciones en algunas regiones.

Estos proyectos tienen origen en iniciativa privada, salvo el de Santiago.

Esguema N° 6.

Otra Legislación sobre participación privada en Infraestructura.

La leyes N° 19.252 de 1993 y en especial la N° 19.460 de 1996, establecen:

- * que todas las obras públicas entregadas a cualquier servicio o ente público puedan ser otorgadas en concesión de OOPP. (Art. 39)
- * Incluso, es aceptable la iniciativa privada en presentación de proyectos.
- * Sólo exige la aprobación de la idea por los entes relacionados.
- * Si dicha OOPP es de responsabilidad específica de un ente público, se requiere de un convenio de mandato entre aquél y el MOP.

Otros cuerpos legales recientes de ámbitos especializados, aprueban y regulan directamente la participación privada en obras específicas, mediante inversión y gestión por los particulares.

Sin perjuicio de la aplicación de la ley de concesiones de OOPP, como opción.

Pueden destacarse especialmente:

- * **Ley Orgánica de EFE: EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO,**
- * **Ley N° 19.425, de 1995, sobre: CONCESIONES MUNICIPALES EN EL SUBSUELO DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PUBLICO.**

oooo00000oooo

- * **CONCESIONES EN PUERTOS FISCALES.**

Los puertos privados se regulan en una concesión de territorio marítimo.

Puede aplicarse, como opción, el régimen legal de las Concesiones de OOPP, al desarrollo de nuevas iniciativas.

El Ejecutivo, en el proyecto de ley sobre **EMPORCHI**, en actual trámite parlamentario, está proponiendo legislar sobre los fundamentos de concesiones futuras a particulares en puertos de propiedad fiscal.

Esquema N° 7.

EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO, EFE

La Ley Orgánica de EFE, es el Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones N° 1, de 1993, facultado por Ley N° 19.170, de Octubre de 1992.

- * La legislación EFE fortalece su carácter empresarial, aplicando ley de sociedades anónimas y el control de esa Superintendencia.

El desarrollo del objeto empresarial de EFE, de transporte de pasajeros y carga -artículo 2°- permite que se pueda realizar directamente, mediante:

- contratos,
- otorgamiento de concesiones, o
- constitución de sociedades anónimas.

Su régimen de concesiones y sociedades es predominantemente contractual.

Sólo algunas normas legales imponen condiciones obligatorias, entre ellas:

- deben efectuarse por licitación pública,
 - se requiere autorización del P de la R, para levantar vías,
 - no se puede facultar la enajenación de la vía y ciertos activos,
 - permitir uso a terceros, con un sistema tarifario igualitario y no discriminatorio.
- * **En 1994**, mediante contrato (innominado) y sociedad se licitó y contrató el transporte de carga: **en todas las vías EFE a FEPASA**, en la que aquélla mantiene un 49%.
 - * **Ahora**, se encuentra en licitación pública la concesión de infraestructura, administración de tráfico y servicio de pasajeros del: **CORREDOR SUR**, que incluye:

**LA RED PRINCIPAL DE SANTIAGO A PUERTO MONTT,
CON RAMALES A CONCEPCION Y VALDIVIA.**

Para próximos meses, se espera licitación de contrato sobre: SISTEMA FERROVIARIO ENTRE ARICA Y A LA PAZ, SECCION CHILENA.

Esquema N° 8.

CONCESIONES MUNICIPALES.

La Ley N° 19.425, de 1995, dictó normas sobre:

concesiones municipales,
relativas al subsuelo de los bienes nacionales de uso público.

Modifica la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que establece un régimen contractual para las concesiones municipales y

fija reducido número de normas para ese uso de suelos, relativas a:

- urbanismo,
- medio ambiente,
- licitación pública obligatoria y
- prenda especial, en beneficio de sus financistas.

POSIBILITA CONCESIONES, CON REGIMEN DOMINANTEMENTE CONTRACTUAL Y PREVIA LICITACION PUBLICA, DE ESTACIONAMIENTOS SUBTERRANEOS URBANO BAJO BIENES NACIONALES DE USO PUBLICO.

A la fecha, se encuentran en:

- fase licitatoria proyectos de la I. Municipalidad de Santiago,
- fase de Precalificación concluida, Providencia, y
- fase de Precalificación inicial, en Valparaíso.

Esquema N° 9.

**NOTA HISTORICA DE LA LEY DE CONCESIONES Y SU
REGLAMENTO.**

Legislación vigente a 1990.

* **La Constitución**, artículos 60 N° 10 y 62 inciso 3°,

Establece la iniciativa exclusiva del P. de la R., para legislar sobre concesiones de bienes del Estado o de las municipalidades.

* **El D.S. MOP N° 294 de 27 de Julio de 1984**, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de:

LEY N° 15.840, orgánica del MOP;
DFL. N° 206 de 1960, LEY DE CAMINOS y
DFL N° 870 de 1975, que creó Secretarías Regionales Ministeriales,

en sus arts. 87 y 88:

recogió la norma de que las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, repararse, o mantenerse, por contrato adjudicado en licitación pública a cambio de la concesión temporal de su explotación, incluida la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a los servicios, por el plazo que indique el D.S. de adjudicación, con firma del Ministro de Hacienda, que no podrá ser superior a 50 años.

* **El DFL. MOP. N° 591 de 1982**, publicado en el Diario Oficial de 3 de Febrero de 1983:

fijó normas sobre ejecución, reparación y mantención de obras públicas por concesión.

Sin embargo, su normativa no fue utilizada para ningún caso durante su vigencia hasta Julio de 1991.

Esquema N° 10.

REFORMA LEGAL DE 1990-91-93.

En 1990 el Ejecutivo propuso modificaciones legales.

- La ley N° 19.068 de 1991,

modificó el DFL. MOP. N° 591 de 1982, con aprobación unánime, fijó nuevas e importantes normas generales sobre concesiones de OOPP.

Entre sus principales modificaciones destacan:

- Crear legislación general aplicable a todas las obras públicas y a todas las funciones: sean de construcción, reparación, conservación y explotación.
- Generar sistema licitatorio y contractual flexible para todo tipo de OOPP, con licitación pública obligatoria.
- Reducir las potestades públicas del Estado en contratos y dar igualdad jurídica entre sus partes.
- Crear las iniciativas privadas por concesión, con plazos a las autoridades para su aprobación o rechazo y para su licitación de aprobarse y PREMIO para postulantes de ideas que se liciten.
- Estimular la inversión privada:
 - * con plazo único de construcción y explotación que aumenta los ingresos (y rentabilidad) al que construya eficientemente;
 - * con posibles subsidios y garantías del Estado y
 - * admitiendo dar en garantía a terceros flujos futuros del concesionario.
- Disminuir las causales de terminación de contrato y regular la quiebra, para minimizar factores de perjuicio a terceros, y
- Establecer un sistema de conciliación paritario, que represente un inicio de justicia de alta calidad técnica y especialidad, con algunas funciones jurisdiccionales.

Facultó al Ejecutivo para dictar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones.

Esquema N° 10 a.

- **El DFL. MOP N° 164**, promulgado el 22 de Julio de 1991 y publicado en el Diario Oficial N° 34.060 de 4 de Septiembre de 1991:

fijó el texto refundido y sistematizado de la Ley de Concesiones de OOPP., aún vigente a la fecha.

- **El DS MOP N° 240**, que contiene el

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES,

fue promulgado el 30 de septiembre de 1991 y publicado en el Diario Oficial N° 34.239, de 8 de abril de 1992, fecha desde la cual regula dicho sistema legal.

- **Ley N° 19.252, promulgada y publicada en 1993,**

modificó algunas de las disposiciones de la Ley de Concesiones y le agregó algunas normas, a partir de la experiencia adquirida de la primera licitación efectuada.

ELLA MODIFICA - AUN, DE MODO DIRECTO - ALGUNAS NORMAS DEL DFL MOP N° 164 DE 1991, COMO VARIAS DEL REGLAMENTO,

puesto que no se ha dictado su versión actualizada, en espera de la segunda ley modificatoria.

Esquema N° 11.

REFORMA LEGAL DE 1994/1996.

En 1994, el nuevo gobierno, optó por hacer modificación legislativa, retardando la modificación reglamentaria hasta aquélla.

El Mensaje del Ejecutivo N° 204 - 330 de 10 de Noviembre de 1994, modificadorio de la Ley de Concesiones de OOPP. y de su régimen tributario, ingresó ese mes al Congreso.

En general, contó con la aprobación unánime de ambas Cámaras. Sin embargo, la modificación fue demorándose en su aprobación:

- por la norma de la ley de Bancos sobre porcentaje del capital y reservas que éstos pueden prestar a cada proyecto, y
- por intentos de eliminar o reducir los posibles pagos al Fisco.

Finalmente, dichos temas fueron consensuados.

El proyecto demoró 20 meses a pesar de ser :

**unánime,
de contar con urgencia, y
a no haberse usado veto.**

A futuro el Ejecutivo - cualesquiera que sea - será más reticente en introducir nuevos proyectos de ley sobre la materia.

La Ley. N° 19.460, fue promulgada el 27 de Junio de 1996 y publicada en el Diario Oficial N° 35.515 de 13 de Julio de 1996, **que modifica el DFL. MOP. N° 164 de 1991**,

Esta ley volvió a facultar al Presidente de la República para dictar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones.

Se espera para las próximas semanas la dictación de dicho DFL y

La del Reglamento, no saldría este año.

Esquema N° 12.

ANTECEDENTES GENERALES DE LA LEY N° 19.460.

Materias en que se legisla.

Este proyecto de ley del Ejecutivo, propuso legislar:

- sobre las normas de las concesiones de OOPP., y
- sobre su régimen tributario (IVA y RENTA).

El Congreso introdujo modificación al Art. 84 del DFL N° 252 de 1960 (Ley de Bancos), para financiamiento de concesiones de OOPP., por la calificación que le dió a este tipo de créditos al aprobar la norma sobre prenda especial de concesión de obra pública.

En estas circunstancias, la Ley N° 19.460, consta de 5 Artículos permanentes y 3 transitorios, que se refieren a:

Art. 1° Modificaciones a la ley de Concesiones. (DFL N° 164 de 1991, con las normas de la ley N° 19.252 de 1993).

Con 15 numerales, con alcance en 13 Artículos y 2 numerales nuevos (9 y 15), con 4 artículos nuevos: 27 bis, desglosado del 27 y los N°s 40, 41, y 42.

Art. 2° Modificaciones al DL N° 825 de 1974 (IVA).

Art. 3° Modificaciones al DL N° 824 de 1974 (RENTA).

Art. 4° Modificaciones al DFL N° 252 DE 1960 (Ley de Bancos).

Art. 5° Facultar al Ejecutivo para dictar un nuevo DFL que fije el texto refundido, sistematizado y coordinado de la ley de concesiones, (DFL N° 164 de 1991 y las modificaciones de la ley N° 19.252 de 1993 y de esta ley).

ARTICULOS TRANSITORIOS. NORMAN CAMBIO VOLUNTARIO DEL REGIMEN LEGAL DE CONCESIONARIOS Y ADJUDICATARIOS CONSTITUIDOS.

- 2 Arts. (1° y 3) Sobre adhesión voluntaria al nuevo régimen legal de concesiones, y regulación de artículo de cobro por nuevos accesos, para los que no lo hiciesen.
- 1 Art. (2°) Sobre adhesión voluntaria al nuevo régimen legal tributario.

Esquema N° 13.

MODIFICACIONES GENERALES A LAS NORMAS DE CONCESIONES DE OOPP.

*** Normas modificadas y nuevas disposiciones:**

Las normas vigentes de la ley de concesiones con modificación de texto:

- Artículos N°s 2, 7, 9, 19, 20, 21, 25, 27, 35, 36, 37, 38 y 39¹, y
- Artículos nuevos: 27 bis², 40, 41 y 42.

**** Modificaciones con relación a concesiones existentes:**

No se aplican a concesiones ya constituidas las modificaciones sobre:

- los factores y su régimen licitatorio y contractual,
- iniciativa privada y
- sobre perfeccionamiento del contrato,

que han sido consumadas en los casos existentes a la fecha: Artículos N°s 2, 7, 9, 25 y 39.

Sin embargo, los artículos 2 y 38 para iniciativa privada o anexas, en cada caso, pueden aplicarse como complemento de concesiones existentes y la del 25 inciso segundo, en cuanto a su término prescribe su relicitación.

¹Estas dos últimas fueron creadas y agregadas a la ley de concesiones por la ley N° 19.252 de 1993, que ahora se amplían.

² Debe entenderse parcialmente modificatorio del Art. 27 y en parte, enteramente nuevo cuando regula la cesión forzosa del contrato de concesión y la forma de liquidar dicho activo del concesionario sancionado.

Esguema N° 14.

Principales ideas de Ley sobre Concesiones de OOPP.

La ley contiene los siguientes tipos de materias:

* Mejoramientos o clarificaciones del texto legal sobre: contenidos en los artículos 2°, 7°, 9°, 21, 25 inc. 1° y 38.

- iniciativas privadas,
- régimen licitatorio,
- perfeccionamiento del contrato y plazo para ello,
- ampliación del concepto y régimen legal de concesión y su aplicación,
- posibilidad de concesiones o ventas anexas en concesiones existentes,
- declaración explícita de aplicación restringida de normativa de derecho público en el contrato de concesión y amplio reconocimiento de la vigencia del derecho privado en los actos del concesionario respecto a terceros.

* Temas operativos del régimen contractual se mejoran en nueva legislación. Puede citarse:

Sobre formas de pago de las compensaciones por modificación obras, basada en interés público, o por mutuo acuerdo, aceptándose todos los factores del régimen económico de la concesión.

Los principios y actos de cesión de derechos y garantías que no requieren autorización MOP. Ley obliga las autorizaciones MOP, en diversos casos.

Disminución de las causales de terminación del contrato, que lo deja en plazo y acuerdo mutuo;

Cesión forzosa del contrato por el plazo restante, sustituye término contrato por incumplimiento grave.

Mayores facilidades en la quiebra para la administración pro indiviso.

Otorga mayores derechos en caso de controversia con el MOP, vía la Comisión Conciliadora y Arbitral.

Esquema N° 14 a.

* Protección de terceros financistas del concesionario.

Esta materia fué la principal razón del proyecto, pues ella requería de ley para lograr un efecto definitivo y oponible a otros terceros, que podían relativizar los derechos de los acreedores preferente para los que se crea la Prenda Especial de OOPP.

La prenda especial y el abandono del concepto del término de la concesión por incumplimiento grave, son elementos esencial de garantías a terceros por la naturaleza y tipo del contrato.

Otros derechos complementan este nuevo eje de normas, a saber:

- limitación de su término por consentimiento mutuo de las partes,
- tercerías, que admiten a los acreedores con prenda especial,
- aceptación obligatoria -por el MOP- de la cesión del contrato cuando se ejecuten obligaciones garantizadas con dicha prenda.

Esquema N° 15.

MODIFICACIONES TRIBUTARIAS.

* **Objetivo de las normas tributarias.**

Para mayor seguridad y estabilidad jurídica y facilitar el conocimiento de las normas tributarias el Ejecutivo incorporó en la ley las disposiciones tributarias específicas para las concesiones que genéricamente conceptúa como de USO PUBLICO, sin utilizar nunca la denominación más específica de concesión de obra pública.

* **Objetivos comunes de dichas normas tributarias:**

- A) **Igualar la situación tributaria de los contratos de concesión de OOPP. con las normas aplicables a las otras actividades.**
- B) **Ambos impuestos se pagarán al momento de "devengarse" los ingresos gravados.**
- C) **Asume y precisa las normas para la cesión del contrato de concesión.**

Artículo N° 2 Ley 19.460: Modifica DL N° 825, de 1974 sobre IVA.

- **RECONOCIMIENTO AUTONOMO PARCIAL DE LA ACTIVIDAD DE "CONCESIONARIO DE OOPP."**
- **LA FASE DE CONSTRUCCION ES TRATADA SIEMPRE COMO UN CONTRATO DE CONSTRUCCION.**

a) En todos los textos tributarios se conceptúa una dualidad de naturaleza del contrato de concesión, y

b) se agregó en el artículo 16 del DL 825, que describe los elementos gravados del hecho tributario, un nuevo "hecho gravado" constituido por la construcción en el caso de concesiones de OOPP. En la fase de operación, los trabajos de mantenimiento de dicha obra. Como en realidad es un verdadero hecho gravado, esa norma debería haberse incluido en el art. 8, agregándolo en la letra e) de dicho cuerpo legal.

Esguema N° 15 a.

- DEVOLUCION DEL IVA DE LA CONSTRUCCION POR ETAPAS PARCIALES.

En las Bases de Licitación, se ha avanzado en establecimiento del pago parcial periódico del IVA, por el MOP, que ha llegado a ser semestral.

- LOS USUARIOS DEL PEAJE NO PAGAN IVA. POR EL USO DE LA OBRA EN CONCESION.

Artículo N° 3 Ley 19.460: Modifica DL 824, de 1974 Ley de la Renta.

Además de incorporar el principio común ya indicado del pago del impuesto a la renta cuando aquélla efectivamente se perciba, en vez del momento de devengarla. Las principales novedades están en:

- Se excluye expresamente de considerar como "renta", los subsidios estatales que se paguen.
- Se permite, a elección del concesionario, reducir a un tercio el plazo de recuperación del costo de la obra que se paga con el derecho de explotación, el que resultaría de dividir el valor a recuperar por el número de meses de la fase de explotación.

Norma transitoria: opción de régimen tributario.

El Art. 2° TRANSITORIO: faculta a contribuyentes con concesiones ya celebradas, para acogerse a las normas de esta ley en sus aspectos tributarios.

Se desconoce cuantos han optado por el nuevo régimen legal, en materias tributarias. Sin embargo, dicha opción no debiera implicar grandes beneficios adicionales, ya que los contenidos sustantivos de la mayor parte de los derechos y obligaciones se definen en las Bases y en el decreto de Adjudicación de cada concesión.

Dichos derechos y obligaciones sustantivos no varían con las nuevas normas legales.

Esquema N° 16.

MODIFICACION A LA LEY DE BANCOS EN LA LEY 19.460.

Ley 19.460, artículo 4°: Modificaciones al DFL N° 252 DE 1960 (Ley de Bancos).

- Se elevará al 15%, (sobre capital y reservas) el exceso que corresponde a créditos concedidos, en moneda chilena o extranjera,
- al constructor o concesionario,
- del proyecto, destinados al financiamiento de obras públicas fiscales ejecutadas por el sistema de concesión contemplado en el DFL N° 164, de 1991, del MOP:
 - * siempre que estén garantizadas con la prenda especial de concesión de obra pública contemplada en dicho cuerpo legal, o
 - * si en la respectiva operación de crédito concurren dos o más bancos o sociedades financieras que hayan suscrito un convenio de crédito

Por reglamento dictado conjuntamente entre el Ministerio de Hacienda y el MOP se determinará:

- el capital mínimo,
- garantías y
- demás requisitos que se exigirán a la sociedad constructora para efectuar estas operaciones, en este último caso.

Esta última restricción -de esperar dicho reglamento- derivada del sentido preciso de la ley, debiera ser exigible sólo para crédito a la empresa constructora y no a la concesionaria.

Esta norma, que fue determinante en la demora de la tramitación de la ley, no presenta mayores dificultades interpretativas, pues se limita a volver a modificar el texto de la Ley de Bancos, para elevar el porcentaje de dicho exceso hasta un 15%, cuando se presente alguna de las dos circunstancias a las que se condiciona su elevación.

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

LAS CONCESIONES DE OBRA PUBLICA

COMENTARIO CRITICO

URBANO MARIN LOYOLA

OCTUBRE 1996

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

El propósito de esta exposición es realizar un comentario crítico sobre el actual marco legal del sistema de concesiones de obra pública y sugerir algunas de las tareas que permanecen pendientes, desde la perspectiva de los financistas o acreedores de la empresa concesionaria.

En primer término, creo conveniente hacer algunas reflexiones en torno a la posición de los financistas, particularmente la del Banco del Estado de Chile, frente al tema de las concesiones.

En general, puede estimarse que los bancos tienen gran interés en participar en el financiamiento de las concesiones, ya que éstas pueden ser un negocio atractivo, incluso no sólo como colocación, dado que también brindan la posibilidad de brindar asesorías o de otorgar garantías a financiamientos de terceros, todo lo cual puede permitir obtener interesantes utilidades.

Considerando que el negocio bancario hoy en día presenta crecientes desafíos, producto de la fuerte competencia entre los propios bancos y entre éstos y otras instituciones, como AFPs, casas comerciales, etc., y del fenómeno de desintermediación financiera, por el cual muchas de las grandes empresas obtienen directamente recursos en el exterior o del público por otras vías más directas, las concesiones se presentan como una buena alternativa para el sistema bancario.

En el caso del Banco del Estado, existen además otros fundamentos, tan importantes como el anterior: me refiero a su carácter de empresa estatal y a los fines que establece su ley orgánica. Entre dichos fines se incluye principalmente el de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales, lo cual está directamente relacionado con las concesiones de obra pública.

Sin embargo, dada la gran envergadura de los proyectos de concesiones, y a que se trata de una actividad que recién da sus primeros pasos en nuestro país, este interés va necesariamente acompañado de un alto grado de cautela. Ello exige, entonces, que la participación de los financistas tenga los resguardos y garantías necesarios para que exista una seguridad razonable de que sus créditos serán recuperados.

Cabe tener presente, en este orden de ideas, que la participación de los bancos se ha revelado como indispensable para el éxito del programa de concesiones que se pretende llevar a cabo. Aunque inicialmente se elucubró que podrían financiarse por otras vías, como por ejemplo emitiendo títulos de deuda al público, o con la participación de fondos de inversión, hasta ahora prácticamente todos los proyectos se han estructurado con financiamiento bancario, y es probable que esta tendencia se mantenga en el futuro.

Como corolario de lo precedentemente dicho, podemos concluir que los bancos tienen interés en participar en el financiamiento de las concesiones, que su participación es realmente necesaria, pero para ello deben contar con una seguridad razonable de que podrán recuperar sus créditos.

De lo anterior cabe colegir, entonces, la enorme importancia que reviste para los financistas que el marco jurídico de las concesiones de obra pública les ofrezca el máximo de seguridades y garantías.

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

En este sentido, ante todo hay que decir que la Ley # 19.460 representa un avance sustancial en esta materia, ya que contempla una serie de reformas destinadas precisamente a brindar mayores seguridades a los financistas. A este respecto, cabe citar como ejemplos los siguientes:

- a) La creación de la prenda especial de concesión de obra pública.
- b) La participación del acreedor prendario en los procesos ante la Comisión Calificadora.
- c) La ampliación de los márgenes de crédito.

No quiero repetir aquí lo ya comentado por don Juan Enrique Miquel, sino sólo destacar que el contenido de la Ley 19.460 demuestra claramente el interés del Gobierno por acoger algunas de las observaciones formuladas por los financistas.

Como señalé al principio, el objetivo de esta ponencia es analizar los vacíos que hemos advertido en el sistema de concesiones desde nuestra perspectiva de financistas, con el obvio fin de contribuir a su perfeccionamiento.

A nuestro juicio, estos son principalmente los siguientes:

1.- CONCESIONARIO DE OBJETO EXCLUSIVO.

Como primer tema, me permitiré reflexionar brevemente sobre el concepto de concesionario de objeto exclusivo que impone la ley.

Si bien el DFL 164 permite que cualquier persona natural o jurídica o grupo de ellas participe en la licitación de la concesión, por otro lado establece perentoriamente que una vez adjudicada esta última, el adjudicatario debe constituir una sociedad cuyo objeto es la ejecución, conservación y explotación de la obra pública conforme al sistema de concesiones.

Se ha entendido que este es un objeto de carácter exclusivo, es decir, la sociedad no puede dedicarse a otras actividades fuera de la concesión, y ni siquiera a otras concesiones, ya que está circunscrita a una concesión en particular.

Cabe agregar que, hasta ahora, las bases de las concesiones han sido incluso más estrictas, exigiendo que la sociedad que se forme tenga el carácter de anónima, y que en sus estatutos se estipule que se regirá por las normas de las sociedades anónimas abiertas.

La idea de fondo tras estas normas es que la empresa concesionaria no se vea en peligro por los malos resultados que pudiese tener en otras actividades. Sin embargo, ello también tiene sus inconvenientes, ya que puede redundar en empresas con escaso patrimonio y personal propios, y cuyo único activo importante sea precisamente la concesión. Otro efecto secundario, muy relacionado a lo anterior, es que las concesionarias subcontraten casi íntegramente la construcción de la obra pública, y tal vez hagan lo mismo con su

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

operación.

Como resultado de lo anterior, se presenta entonces, ante los financistas, una empresa débil como sujeto de crédito: sin historia, ya que ha sido creada especialmente para el negocio, con escaso patrimonio (ya que éste está formado por los aportes de los accionistas, que no suelen ser más del 20 % del costo estimado del proyecto, y que además se van entregando parcializadamente), y cuyo principal activo -la concesión- es de difícil valoración y utilización como garantía. Sin duda que estas características implican un mayor riesgo para el financista.

Además, si bien es efectivo que la empresa concesionaria no corre peligro que los malos resultados de otros negocios afecten el relativo a la concesión, a la inversa, tampoco existe la posibilidad que los buenos resultados en otras actividades le permitan paliar o superar los eventuales malos resultados en ésta.

Por estos motivos, pudiera ser conveniente reexaminar el concepto de objeto exclusivo que impone la ley.

2.- EXTINCION DE LA CONCESION.

La Ley 19.460 introdujo, en el art. 27 bis, algunas disposiciones muy favorables para los acreedores; me refiero a aquellas que establecen que la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hace exigibles, por el sólo ministerio de la ley, los créditos que se encuentren garantizados con la prenda especial, y que tales créditos se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito.

Sin embargo, cabe reprochar que estas normas se aplican exclusivamente al caso de la extinción por incumplimiento grave, por lo que los acreedores quedan en una situación bastante precaria frente a la extinción de la concesión por alguna de las otras causales que pudieran contemplar las bases respectivas. A esto hay que agregar que, en el fondo, la ley no establece una enumeración taxativa de las causales de extinción, sino que sólo exige que estén señaladas en las bases de licitación.

Por otro lado, la ley establece que la extinción de la concesión por incumplimiento grave debe ser declarada por la Comisión Conciliadora; como nada dice respecto de las otras causales, debemos entender que corresponde al Ministerio de Obras Públicas declarar unilateralmente la extinción en esos casos.

Ello también implica una menor seguridad para el concesionario, y por ende, para los financistas. Si bien ciertas causales, como el plazo de la concesión, probablemente no darán lugar a ninguna discusión, en cambio otras pueden ser de determinación bastante más compleja; por ejemplo, cuando se contemple la extinción anticipada por obtenerse un determinada rentabilidad sobre el patrimonio o los activos, o por completarse determinados ingresos totales.

En conclusión, pareciera conveniente extender los beneficios

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

antes comentados -exigibilidad anticipada, preferencia, declaración por la Comisión Conciliadora- a las otras causales de extinción de la concesión que pudieren contemplar las bases.

3.- NORMAS PROCESALES.

En mi opinión, en el actual marco legal faltan normas de tipo "procesal", que regulen el consentimiento que debe otorgar el Ministerio en caso de cesión forzosa de la concesión.

El texto sólo establece que la cesión debe hacerse a una persona natural o jurídica, o grupo de ellas, que cumpla con los requisitos para ser licitante, no esté sujeta a inhabilidades y dé cumplimiento a lo dispuesto por el art. 9° de la Ley. Se fija también al Ministerio de Obras Públicas un plazo de 60 días para pronunciarse, transcurrido el cual se entiende que autoriza la cesión. Agrega que el Ministerio consentirá siempre en las transferencias cuando éstas sean consecuencia de la ejecución de obligaciones garantizadas con la prenda del art. 42 a favor de determinadas instituciones o de cualquier persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos legales.

Cabe concluir, por la referencia al art. 9, que siempre será necesario que el Ministerio dicte un decreto adjudicando la concesión a quien previamente se la haya adjudicado en la subasta.

Esta es una situación muy novedosa en nuestro sistema jurídico, puesto que no basta el remate judicial para transferir la concesión, sino que además es necesario el consentimiento de un ente administrativo, el que debe dictar formalmente una resolución.

Precisamente esta característica hace conveniente que se reglamente con mayor detalle la materia, fijando un procedimiento concreto. Además, deben preverse posibles complicaciones, como por ejemplo, que el Ministerio no otorgue su consentimiento a quien se haya adjudicado la concesión en la subasta; o que la subasta sea consecuencia de obligaciones no garantizadas con la prenda especial.

4.- PRENDA SOBRE LAS ACCIONES DEL CONCESIONARIO.

A mi juicio, sería conveniente establecer alguna regulación respecto del tema de la prenda sobre las acciones de la sociedad concesionaria.

Primitivamente, el proyecto contemplaba la posibilidad de que la prenda especial del art. 42 pudiese recaer también sobre dichas acciones. Durante la tramitación ésta fue eliminada mediante una indicación del Ejecutivo, basada en que la prenda sobre las acciones no requeriría del procedimiento especial que establece la ley. Con todo, quedó en el texto del citado art. un párrafo, actualmente carente de sentido, que dispone que cuando la prenda recaiga sobre las acciones, debe anotarse además en los registros correspondientes de la sociedad.

Lo anterior dejó esta garantía en una situación ambigua. La ley

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

no prohíbe ni permite expresamente su constitución. Sin embargo, el actual Reglamento del DFL 164 establece serias trabas a la transferencia de las acciones o derechos en la sociedad concesionaria. Así, en su art. 26, señala que el adjudicatario de la concesión debe tener como mínimo un 51 % de derechos en la sociedad concesionaria, estando obligado a no transferirlos sin la autorización del Ministerio hasta la puesta en servicio de la obra; una vez puesta ésta en servicio, la sociedad concesionaria debe solicitar autorización al Ministerio ante cualquier cambio en la propiedad de los derechos sobre la misma que impliquen cambios en el control de la administración.

Cabe estimar que lo anterior se aplica tanto a las transferencias voluntarias como a las forzosas, de manera que estaríamos nuevamente en la situación en que es necesario el consentimiento de un ente administrativo además del remate judicial, con el agravante que este caso ni siquiera ha sido previsto en la ley, con lo que pudiera incluso estimarse que no es posible constituir este tipo de garantía.

Dado que probablemente a los financistas les interesará contar con un espectro de garantías lo más amplio posible, y que tal vez la ejecución de la prenda sobre las acciones sea más sencilla que la de la prenda sobre la concesión, creo que resultaría conveniente que se reglamentase esta materia.

5.- NUEVOS FACTORES DE LICITACION.

La Ley 19.460 introduce como nuevo factor de licitación los ingresos totales de la concesión, calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación (art. 7° letra 1). Este factor tiene bastantes partidarios dentro de los técnicos del sistema de concesiones, por lo que es muy posible que se lo utilice efectivamente, y va necesariamente asociado a una causal especial de extinción de la concesión, cual es que se completen dichos ingresos totales.

Con todo, esta causal de extinción no es del todo conveniente para los financistas, ya que con ella la concesión queda sujeta a una condición extintiva más que a un plazo, lo que hace surgir la problemática que dicha causal pueda cumplirse antes que se hayan extinguido totalmente los créditos otorgados al concesionario.

Estas ideas también son aplicables al factor de licitación indicado en la letra i) del art. 7°, que consiste en la oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad de la concesión exceda de un porcentaje determinado, todo ello calculado en la forma que establezcan las bases de licitación. La Ley 19.460 agregó a este factor el que la oferta puede recaer también en la reducción del plazo de la concesión, lo que implica nuevamente que existe una causal especial de extinción de ésta, precisamente que se cumplan dichas condiciones de rentabilidad; en este caso, también la concesión queda sujeta a una condición extintiva.

De este modo, el uso de estos factores de licitación podría redundar en que los financistas debiesen otorgar sus créditos a plazos más breves, a fin de precaverse de la posibilidad de que la concesión se extinguiese antes de lo presupuestado. Cabe destacar que se daría el absurdo de que a los

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

acreedores no les convendría que la concesión fuese demasiado exitosa, ya que ello anticiparía su extinción. Por estos motivos, parece necesario buscar alguna forma de conciliar los intereses de los financistas con los del Ministerio y el concesionario.

6.- INTERVENCION DE LOS FINANCISTAS ANTE LA COMISION CONCILIADORA.

Como ya se dijo, la Ley 19.460 brinda a los acreedores la posibilidad de intervenir en los procedimientos que se lleven a cabo ante la Comisión Conciliadora, lo cual es indudablemente muy positivo.

Sin embargo, en mi opinión, esta posibilidad está establecida en términos un tanto restringidos.

El texto legal dispone que "los acreedores que hayan constituido a su favor la prenda establecida en el art. 42 de esta ley, serán admitidos en los procedimientos a que diere lugar el funcionamiento de esta Comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes".

En primer lugar, no se contempla ninguna notificación a los acreedores, de manera que éstos quedan entregados a lo que buenamente puedan hacer para enterarse de la existencia de algún procedimiento. Ello es indudablemente una situación bastante precaria y desfavorable. Lo razonable sería que se les notifique al menos de aquellos procedimientos que afecten directamente sus intereses, como por ejemplo la solicitud del Ministerio de que se declare la resolución del contrato de concesión, o la extinción de la concesión por alguna causal contemplada en las bases.

En segundo término, se exige que los acreedores "tengan interés" para intervenir, pero no se aclara quien califica si existe o no dicho interés. Cabe estimar que puede ocurrir que el Ministerio, el concesionario e incluso la propia Comisión no tengan muchos deseos que intervengan los financistas, ya que ello puede hacer más compleja la discusión. Para evitar este problema, lo óptimo sería que la ley no exigiese expresamente el interés, de manera que en el fondo la calificación la hiciesen tácitamente los propios acreedores, ya que obviamente en los hechos sólo comparecerán en aquellos casos en que tengan real interés.

7.- CONVENIO COMPLEMENTARIO.

El texto actual del art. 20 del DFL 164 establece que si durante la vigencia de la concesión la obra resultare insuficiente para prestar el servicio en los niveles definidos en el contrato, se procederá a la suscripción de un convenio complementario. Este convenio recogerá las condiciones a que debe sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen económico de la concesión, quedando facultado el Ministerio para incluir como compensación uno o varios de los factores económicos.

Surge la duda entonces si la prenda ya constituida sobre la concesión y sobre los ingresos se extiende o no al convenio complementario.

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

La respuesta puede ser compleja. Si las nuevas obras tienen cierta envergadura, probablemente el concesionario no pueda costear su realización con sus propios recursos, sino que deberá recurrir a financiamiento bancario. Puede suceder que dicho financiamiento se lo otorguen los mismos acreedores que financiaron la concesión primitiva, en cuyo caso no debería haber mayores problemas; pero también puede ocurrir que se trate de otros acreedores, los que obviamente requerirán de algún tipo de garantía. Si se establece que la prenda automáticamente se extiende al convenio complementario y a sus ingresos, no se dejará ningún margen para constituir garantías en favor de estos nuevos financistas. Por otro lado, puede ser difícil distinguir entre los ingresos correspondientes al convenio complementario y los correspondientes a la primitiva concesión, en caso que la compensación que otorgue el Ministerio consista simplemente en mayores tarifas o plazos. En este sentido, lo más conveniente sería que la compensación consistiera en un pago en dinero o que las nuevas obras generasen ingresos propios, que pudiesen distinguirse de los de la concesión original. Además, respecto de la prenda sobre la concesión, debería ser indivisible, ya que no parece posible que los nuevos acreedores pudiesen sacar a remate el convenio complementario en forma independiente del resto de la concesión.

8.- DUPLICIDAD DE SUBASTAS DE LA CONCESION.

La ley contempla la posibilidad que los acreedores prendarios, en caso que el concesionario no cumpla oportunamente sus obligaciones, ejecuten judicialmente su prenda y saquen a remate la concesión. Por otro lado, también se contempla la posibilidad que el Ministerio, en caso de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del concesionario, solicite a la Comisión Conciliadora la declaración de extinción de la concesión, y posteriormente licite nuevamente esta última.

Como se aprecia, existen dos vías diferentes para que la concesión sea subastada o relicitada, pero en la práctica perfectamente pueden darse simultáneamente; incluso es muy probable, ya que respecto de un concesionario que incumpla gravemente las obligaciones que le impone el contrato de concesión existen muchas posibilidades que tampoco sea capaz de mantenerse al día en el pago de sus deudas, y viceversa.

Parece evidente, entonces, que la ley debería contemplar alguna solución para el caso que ambos procedimientos se pongan en marcha simultáneamente. Una posibilidad es darle preferencia a alguno de ellos, por ejemplo, al que se haya iniciado primero, o establecer que uno siempre preferirá al otro. Esto último puede ser difícil, ya que aunque en principio pareciera que el procedimiento ante la Comisión Conciliadora debería ser más rápido, en la práctica bien pudiese ocurrir todo lo contrario.

Además, existen algunas complejidades adicionales: imaginemos que por antigüedad u otra causa, el procedimiento ante la Comisión tiene preferencia, de manera que los acreedores deben paralizar el suyo; pero en definitiva la Comisión no da lugar a la extinción de la Concesión. También puede ocurrir lo contrario: que el procedimiento de los acreedores tenga la preferencia, pero que antes de la subasta éstos lleguen a alguna transacción con el concesionario, o bien simplemente que éste pague los créditos, de manera que

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

en definitiva no se proceda al remate de la licitación. Para cautelar los intereses de aquél que debió paralizar su procedimiento, lo lógico sería contemplar la posibilidad de que lo renueve, en caso que el procedimiento paralelo fracasase por cualquier razón.

9.- MINIMO PARA LA SUBASTA.

Los arts. 27 bis y 37 inciso 2° de la ley disponen que, en la subasta de la concesión, el primer remate tendrá como mínimo dos tercios de la deuda contraída por el concesionario.

Si bien se trata sólo de un mínimo y no del precio definitivo de la subasta, el que será determinado por el mercado, resulta preocupante que los acreedores aparezcan asumiendo de inmediato una pérdida de un tercio de los créditos otorgados.

Cabe agregar que la Ley 19.460, en el caso del citado art. 37 inciso 2°, reemplazó el mínimo de dos tercios de la inversión efectuada por éste por el texto antes indicado. Ello implicó también un menoscabo para los acreedores, ya que su resultado final es un mínimo inferior al que se contemplaba primitivamente. En efecto, la "inversión efectuada por el concesionario" incluía indudablemente no sólo la deuda sino también lo que la propia empresa concesionaria hubiese aportado al proyecto.

Entendemos que el objetivo que persiguen estas normas es asegurar que la concesión sea prontamente adquirida por otra empresa, de modo que rápidamente la situación vuelva a la normalidad; sin embargo, este objetivo, que en sí mismo es indudablemente lógico y razonable, se procura obtenerlo a costa de los financistas. Por estos motivos, pareciera más adecuado establecer como primer mínimo el total de la deuda contraída por el concesionario, o bien crear algún mecanismo para que los acreedores también puedan participar en su fijación.

10.- SUPERPREFERENCIA.

Como se señaló previamente, la ley establece una preferencia para los créditos garantizados con la prenda especial. El art. 27 bis señala textualmente que "Ellos (los créditos) se harán efectivos en el producto de la subasta con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario.

Esta norma resulta particularmente interesante, ya que, atendidos los términos empleados por el legislador, puede dar un nuevo impulso a la discusión sobre las superpreferencias.

La existencia de las superpreferencias es un antiguo debate de la doctrina y la jurisprudencia, que consiste en sostener que ciertos créditos prefieren a cualquier otro crédito, incluso a los privilegiados de la primera clase, y que se ha planteado especialmente a propósito de la prenda industrial.

Este debate parecía en gran parte zanjado con la dictación de la Ley 19.250, cuyo art. 5° agregó un inciso final al art. 148 de la Ley de

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

Quiebras, el que dispone que "Los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales".

Sin embargo, pudiera bien sostenerse que la norma precedente no afecta a la preferencia creada por la Ley 19.460, atendido que esta última es posterior, y que por ende habría derogado tácitamente a su respecto el principio establecido por la primera. Cabe también especular que si el legislador nuevamente ha empleado términos propios de la superpreferencias es porque precisamente deseaba ahora establecer una; de lo contrario, le habría bastado con señalar que la prenda especial conlleva una preferencia de la segunda clase, que es la propia de todas las prendas.

La norma en comento en realidad puede ser positiva para los financistas, pero la hemos incluido dentro de las observaciones a la ley porque puede reavivar un debate que parecía ir solucionándose.

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto podemos sacar como conclusión general que, si bien la Ley 19.460 representa un avance muy importante en materia de las seguridades que el marco legal de la concesiones de obra pública debe brindar a los financistas, aún existen ciertos aspectos que es necesario perfeccionar.

Cabe agregar que parte de estos aspectos son susceptibles de corregirse a través del nuevo Reglamento del DFL 164 que se encuentra en proceso de elaboración, y sobre el cual versará la exposición de Dolores Rufián.

CONCESIONES DE OBRA PUBLICA

COMENTARIO CRITICO

TEMAS:

- 1.- CONCESIONARIO DE OBJETO EXCLUSIVO.
- 2.- EXTINCION DE LA CONCESION.
- 3.- NORMAS PROCESALES.
- 4.- PRENDA SOBRE LAS ACCIONES DEL CONCESIONARIO.
- 5.- NUEVOS FACTORES DE LICITACION.
- 6.- INTERVENCION DE LOS FINANCIEROS ANTE LA COMISIÓN CONCILIADORA.
- 7.- CONVENIO COMPLEMENTARIO.
- 8.- DUPLICIDAD DE SUBASTAS DE LA CONCESION.
- 9.- MINIMO PARA LA SUBASTA.
- 10.- SUPERPREFERENCIA.

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

LAS CONCESIONES DE OBRA PUBLICA

IDEAS MATRICES DEL REGLAMENTO

DOLORES M. RUFIAN LIZANA

OCTUBRE 1996

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES

1. Ámbito del Reglamento de la Ley de Concesiones

No parece evidente que para aplicar la ley de concesiones el ejecutivo tuviera necesidad de dictar un reglamento. En efecto, aunque el artículo 1º de la ley (desde la redacción que tuvo en 1991) estableció expresamente que "la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del DS Nº 294 de 1984, del MOP, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse... se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su **reglamento** y las bases de licitación de cada contrato en particular...", la mayor parte de las disposiciones que actualmente contiene el Reglamento vigente, podrían ser introducidas en los contratos directamente a través de las bases de licitación.

De las 5 remisiones particulares (exceptuando la genérica del artículo 1º anteriormente citada) que la ley de concesiones hace a normas que deberían estar contenidas en el reglamento, 4 de ellas pueden ser también contenidas en las bases de licitación. En rigor, la única remisión que la ley de concesiones hace al reglamento y que no puede ser sustituida por normas de otro tipo es la del procedimiento que usará el postulante para presentar ideas de iniciativa privada. En este tema la ley también señala que el premio al que tendrá derecho el postulante en la licitación originada en una idea de iniciativa privada debe estar regulado en el reglamento, aunque también será especificado en las bases respectivas.

En otra ocasión, cuando se refiere el artículo 4º a los requisitos para ser licitante, también se remite al Reglamento, pero las bases de licitación han introducido también normas de este tipo.

En los demás casos en que la ley se remite expresamente a normas del reglamento se remite también a las bases de licitación. Ello ocurre en los casos siguientes:

1. Al establecer la existencia de una garantía de seriedad en la licitación;
2. Al referirse a los requisitos y plazo de constitución de la sociedad concesionaria; o,
3. Cuando establece la posibilidad de que en el contrato se establezcan sanciones y multas.

Por otra parte, en dos ocasiones más la ley de concesiones se refiere a la existencia de **normas complementarias a la ley**, y podríamos entender que se está refiriendo al reglamento:

1. En el artículo 2º al señalar que el MOP es el organismo competente para realizar las actuaciones preparatorias que sean pertinentes, de conformidad a la ley y a sus normas complementarias, y
2. Al referirse a que el adjudicatario será seleccionado por los mecanismos previstos en la ley y en las normas complementarias.

Sin embargo, estas solas disposiciones fueron suficientes para que el ejecutivo dictara en 1991 el DS N° 240, Reglamento de la Ley de Concesiones, que contiene referencias expresas a los temas que la ley había dejado para la competencia del reglamento:

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

Por otra parte el Reglamento introdujo **normas específicas** de carácter general, para regular el proceso de licitación y adjudicación y otros aspectos relacionados con el contrato de concesión que, si bien podían incluirse en las bases de licitación de cada contrato, otorgaban un carácter más permanente a las normas, prestando mayor transparencia y homogeneidad al sistema y servían de pauta al Ministerio para elaborar las bases de cada contrato.

2. Reforma del Reglamento

Por consiguiente, cuando tras la promulgación de la ley 19.460 el MOP emprende el proceso de reforma del reglamento, no está en verdad obligado a ello por la ley. Como señalamos, la ley 19.460, como tampoco la ley 19.252 no contenía ninguna disposición cuya aplicación requiera de la dictación de un nuevo reglamento. Sin embargo la necesidad de la reforma surge de tres tipos de consideraciones:

- a) Por una parte la aplicación del Reglamento N° 240 había suscitado ya algunas dificultades en un proceso que ya ha durado seis años y, tras el aprendizaje en el proceso de concesiones, es evidente que el reglamento se puede perfeccionar.
- b) Por otra parte algunos artículos habían quedado obsoletos ya tras la promulgación de la ley 19.252, por ejemplo el contenido que el artículo 17 atribuía a la Oferta Económica, lo que en la práctica ocasionaba algunas discrepancias aún con la Contraloría General de la República y otros aparecen como contradictorios con lo que señala la nueva ley 19.460 (artículo 52 por ejemplo al referirse a la transferencia de la concesión).
- c) Por último es evidente que la ley 19.460 contiene algunas normas que, si bien pueden ser desarrolladas en las bases de licitación y a veces es la propia ley la que obliga a que sean desarrollados en éstas y no en el reglamento, existen de todas formas normas generales, que debieran estar contenidas en una norma de carácter general y permanente.

En este espíritu el MOP ha emprendido un proceso de reforma del Reglamento dictado en 1991 que, si bien no pretende introducir reformas substanciales en el mismo, sí podría perfeccionar su contenido y adaptarlo a las dos reformas legales que ha tenido la ley de concesiones.

En todo caso, el Reglamento no debe ser una norma que limite la iniciativa del MOP a la hora de preparar el contrato de concesión; por consiguiente, su articulado, al igual que hizo el del DS N° 240 pone especial cuidado en permitir que las Bases de Licitación puedan especificar e incluso modificar algunas de las normas contenidas en el mismo en función de las

características propias de cada concesión, o del mayor aprendizaje que va obteniendo el Ministerio en el proceso de concesiones.

3. Disposiciones del Reglamento

3.1 Disposiciones Generales.

No pretende el nuevo Reglamento introducir modificaciones sustanciales en este título, aunque se ha ampliado el número de definiciones que ya contenía el Reglamento anterior y se introduce una norma de interpretación del contrato para los casos en que aparecen contradicciones o dificultades de interpretación entre lo señalado por las bases de licitación y la oferta del licitante, prefiriendo lo dispuesto en aquellas.

3.2 De las licitaciones originadas por particulares

El tema de las Iniciativas Privadas, como comúnmente se le conoce, ha tenido enormes dificultades desde su implementación que fundamentalmente tienen que ver con el tipo de estudios que presentan los postulantes para presentar una idea privada y las conclusiones que, desde el punto de vista del negocio de concesión, pueden extraerse de los mismos, y sobre todo con el premio en la evaluación de la oferta a que tiene derecho el postulante cuando finalmente el proyecto se licita, lo que ha reducido enormemente la competencia en las licitaciones de este tipo de proyectos.

El tema de las iniciativas privadas fue afectado por la regulación de la ley 19.252 que introdujo la posibilidad de reembolso total o parcial de los estudios realizados por el postulante tanto si el proyecto se licita por concesión como si no se licita. La reforma de la ley 19.460 introdujo como modificación la posibilidad de que el plazo para los estudios, a solicitud del postulante se amplie a dos años.

El Reglamento en proceso de reforma establece los siguientes criterios al respecto:

- a) Se amplía la información que debe presentar el Postulante cuando presenta un proyecto de iniciativa privada, suprimiéndose el formulario que establecía el Reglamento vigente e incluyéndose todo tipo de información, de carácter preliminar o a nivel de perfil relacionada con el proyecto y con el tipo de negocio de concesión.
- b) El MOP clasifica los proyectos en función de la cuantía de los mismos y establece unos criterios objetivos de evaluación.
- c) Cuando el MOP considera que el proyecto tiene interés público determina el tipo de estudios que han de realizarse para la etapa de la Proposición y establece un procedimiento y topes para el reembolso de los estudios.
- d) Se está además analizando la posibilidad de obligar al Postulante a presentarse a la licitación con una oferta conocida previamente y garantizada mediante una boleta de garantía bancaria.

- e) El premio en la evaluación de la oferta disminuye y varía en función de la cuantía final de la inversión requerida y va desde un 2 a un 6% con la finalidad de incentivar la competencia en este tipo de licitaciones.

3.3 Licitación y Adjudicación

El proceso de licitación y adjudicación de la concesión es probablemente aquel donde mayor aprendizaje ha habido al interior del MOP y por lo tanto donde las normas son susceptibles de mejorarse. Por otra parte la ley 19.460 introdujo modificaciones en los factores de licitación tema que, si bien no estaba regulado en el DS N° 240, requiere ahora de algunas normas de interpretación sobre todo en lo que concierne a los pagos por infraestructura preexistente.

- a) Se regula de una forma más minuciosa el PROCESO DE PRECALIFICACIÓN que ha tenido mucha trascendencia desde que se inició la licitación de los diferentes tramos de la Ruta 5. La regulación del reglamento vigente es muy escasa y, aunque a través de las bases de precalificación se la había dotado de contenido, subsisten todavía algunas dificultades debido fundamentalmente a que la Contraloría ha interpretado que la precalificación forma parte del proceso de licitación y ha exigido que para la toma de razón de las bases de precalificación, que el proyecto que se licitara tuviera ya carácter de definitivo en el prospecto de inversión exigiendo para ello las firmas del Ministerio de Hacienda y del Presidente de la República.

Esto desvirtuaba las características que se ha querido dar precisamente al proceso de precalificación como una etapa de discusión con los inversionistas para la perfección del proyecto. Por esta razón si bien el nuevo Reglamento reconocerá que la precalificación forma parte del proceso de licitación lo considera de manera independiente al resto del proceso, como una actuación preparatoria en la que sólo el MOP será competente.

Por otra parte permite la precalificación para grupos de proyectos y se excluye la existencia de una Comisión de Evaluación, ya que la precalificación es un proceso objetivo que no requiere la fundamentación de la inclusión o no en el grupo de precalificados.

- b) El Reglamento vigente contiene una reglamentación acerca del contenido de las BASES DE LICITACIÓN y de la OFERTA TÉCNICA y ECONÓMICA del licitante que, si bien era orientadora en su mayor parte, ha quedado obsoleta en las nuevas licitaciones que está efectuando el Ministerio. Por lo tanto el nuevo reglamento señala un contenido mínimo de las bases de licitación y se remite a éstas a la hora de definir el contenido de las ofertas técnica y económica de los licitantes.
- c) Los REQUISITOS para ser LICITANTE y LAS INHABILIDADES se regulan en términos parecidos a los contenidos en el reglamento vigente, si bien se está estudiando la posibilidad de incorporar una nueva inhabilidad para los socios de una concesionaria a la que se le haya extinguido la concesión por incumplimiento del contrato, inhabilidad que también duraría dos años. Se han recibido muchas sugerencias para inhabilitar también a los que no tengan firmado contrato de financiamiento sin embargo no parece conveniente, dado que si finalmente el contrato se extingue por incumplimiento grave del concesionario, regirá la inhabilidad anteriormente mencionada y es muy difícil determinar el momento, dentro de la etapa de construcción, en que debiera exigirse al concesionario un contrato de financiamiento y la cuantía del mismo.

d) Respecto de los factores de licitación se introducen algunas normas interpretativas respecto de los pagos por infraestructura preexistente tanto cuando constituyen factor de licitación como cuando forman parte del régimen económico del contrato de concesión

- En todo caso, si en las bases de licitación se contempla como parte del régimen económico del contrato de concesión el pago por los bienes y derechos preexistentes y éste no es un factor de licitación, los pagos deberán ser equivalentes al valor económico de los bienes o derechos respectivos. Este se determinará mediante peritaje previamente contratado por el Ministerio a una consultora inscrita en el Registro de Consultores del MOP. El MOP podrá excluir del peritaje y por consiguiente del cobro por este concepto aquellas infraestructuras que, a juicio del MOP, requieran amplias modificaciones para ser concesionadas
- Cuando las municipalidades u otras instituciones públicas entreguen bienes o derechos para ser entregados en la concesión, se deberá realizar un peritaje sobre el valor de las mismas. El MOP podrá incluir como cobro por infraestructura preexistente solamente el correspondiente a esas otras instituciones, dejando de cobrar por la infraestructura administrada directamente por el Ministerio.
- A efectos del peritaje el MOP podrá exigir que se evalúe el valor anual o mensual de los bienes o derechos o bien el valor total del mismo.
- Sólo podrá ser factor de licitación este factor en los casos en que el servicio prestado por la obra en concesión sea también ofrecido en condiciones competitivas en el mercado que, para estos efectos, se estime relevante. El Ministerio declarará esta condición fundadamente en las bases de licitación para lo que señalará qué otro u otros servicios podrá utilizar el usuario

3.4 Del Decreto de Adjudicación y del Contrato

En el título del reglamento dedicado al decreto de adjudicación y al contrato, se regula por un lado el contenido del decreto, similar al que actualmente tiene y la constitución de la sociedad concesionaria.

En estos temas, la ley 19.460 introdujo como novedad la posibilidad de realizar una licitación privada cuando el adjudicatario de la concesión no cumple con la obligación de constituir la sociedad concesionaria y protocolizar el contrato de concesión.

Al respecto el reglamento contiene algunas novedades importantes:

- a) Se suprime la referencia a la **SOCIEDAD PROMETIDA EN LA OFERTA** con lo que desaparece de los documentos que ha de presentar el licitante en su oferta técnica la promesa de constitución de sociedad concesionaria. El reglamento vigente no enumeraba éste como un documento esencial de la oferta, sin embargo así se había interpretado cuando al regular la sociedad concesionaria se señalaba expresamente que ésta era “la sociedad prometida en la oferta”.

Con esta modificación el licitante, en el momento de realizar su oferta no tiene que tener todavía individualizados a todos los socios que tendrá la sociedad concesionaria puesto que

la obligación del mismo, al constituirse en adjudicatario consiste en suscribir al menos el 51% de las acciones de la sociedad concesionaria. La obligación de constituir la sociedad concesionaria quedará amparada con la garantía de seriedad de la oferta pero existirá entonces mayor flexibilidad en el licitante al presentar su oferta.

- b) Por otra parte, se ha generalizado, salvo que las bases de licitación dispongan lo contrario, la obligación de someter la sociedad concesionaria a LAS NORMAS QUE RIGEN A LAS SOCIEDADES ANONIMAS ABIERTAS. No es esta una disposición que cuente con mucha simpatía en el sector privado, sin embargo las bases han exigido permanentemente que las sociedades sean fiscalizadas por la Superintendencia. De todas formas es posible que no se justifique en concesiones pequeñas, por lo que las bases de licitación podrán eximir de esta obligación.
- c) Se establece que el ADJUDICATARIO DE LA CONCESIÓN DEBERÁ TENER UN MÍNIMO DE DERECHOS de la sociedad concesionaria del 51% y se obliga a no transferirlos durante el periodo de construcción, eliminándose la restricción vigente para el periodo de explotación de la obra, lo cual es más acorde con el espíritu de la nueva ley que flexibiliza enormemente las relaciones de la sociedad concesionaria con otros privados.
- d) Se regula además el procedimiento por el que se realizaría la LICITACIÓN PRIVADA, en el caso de que el MOP lo considerase conveniente tras el no cumplimiento de las obligaciones de constituir la sociedad concesionaria y protocolizar el contrato de concesión.
- e) En el tema de las garantías de construcción se deja abierta la posibilidad de que los tomadores de las garantías sean el adjudicatario de la concesión y no la misma sociedad concesionaria por los problemas que se han planteado ya en algunos contratos de concesión donde la sociedad concesionaria ha tenido ciertas dificultades para que los bancos les emitan dichas garantías.
- f) También se recoge, como ya se había hecho en las bases de licitación, la obligación de las concesionarias de contratar PÓLIZAS DE SEGURO de responsabilidad civil por daños a terceros y por catástrofe.

3.5 De la Fiscalización del Contrato de Concesión

La Fiscalización del Contrato de Concesión es un tema pendiente pues el tipo de fiscalización que está llevando a cabo el MOP es muy cuestionado por los concesionarios.

Es evidente que un contrato de concesión no es solamente una forma de pago diferido de una obra pública, sino que supone una especie de colaboración entre el sector público y privado en la gestión de la obra. Se ha dicho, con razón, que es el concesionario el que tiene que asegurar que se cumplan todos los estándares de la obra porque en otro caso, puesto que le corresponde no solamente la construcción sino la conservación de la misma, se vería seriamente perjudicado si no construye con estándares altos. Se han barajado así propuestas de que la inspección de la construcción y el mantenimiento de la obra debieran realizarse directamente por el concesionario o por una consultora independiente y que el rol del MOP consistiría solamente en revisar los estándares exigidos en las bases de licitación. Sin embargo desde el sector público se tiende a fiscalizar el contrato conforme a los cánones tradicionales de construcción de obra pública, entendiendo que la obra siempre pertenece al Estado y que además, por lo general no se concesionan rutas alternativas con lo que el usuario no podría

sancionar al concesionario que no mantuviera un alto estándar en su carretera, eligiendo otras alternativas

Con todo la propuesta de modificación del reglamento ha tratado de recoger tanto algunas iniciativas del sector privado como del sector público en este tema, pero sin duda serán las bases de licitación las que vayan perfeccionando el rol del inspector fiscal.

- a) La fiscalización del contrato de concesión corresponde, como es tradicional en los contratos de obra pública a un INSPECTOR FISCAL. Existirá un inspector fiscal de la construcción y otro en la etapa de explotación. Al Inspector Fiscal de la construcción corresponde la aprobación de los proyectos, planes y programas que vaya a ejecutar el concesionario. El Inspector Fiscal de la Explotación vigilará la explotación y conservación de la obra. Ambos tendrán asesores a través de contratos que realice la Dirección respectiva con éstos.
- b) Se institucionaliza además la posibilidad de RECURRIR DE LAS DECISIONES DEL INSPECTOR FISCAL en reposición ante el mismo y en apelación ante el director del servicio
- c) Se establece expresamente la COMPETENCIA DEL DIRECTOR GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS para determinados actos ajenos a la construcción, mantención o explotación de la obra, si bien la comunicación entre la sociedad concesionaria y el MOP se mantiene a través del Inspector Fiscal.

3.6 Infraestructura en que se realizará la obra concesionada

Es este también un tema de gran dificultad en las concesiones, sin embargo es poco lo que el Reglamento puede regular sobre este tema.

El proceso expropiatorio de las concesiones en vigor ha presentado ciertas dificultades y el reglamento pretende asegurar que, en todo caso, ello no afectará el equilibrio financiero del contrato de concesión. Así en este tema se recoge expresamente:

- a) la obligatoriedad de mantener informada a la sociedad concesionaria acerca de la marcha del PROCESO EXPROPIATORIO lo que constituye en este momento una reivindicación de los concesionarios, y
- b) la obligatoriedad de EXTENDER EL PLAZO DEL CONTRATO cuando existen retrasos en el proceso expropiatorio, aunque normalmente serán las bases las que determinen la forma de la indemnización
- c) Respecto de las adquisiciones que haga la concesionaria de bienes y derechos afectos a la concesión se establece la obligatoriedad de mantener un REGISTRO DE TODOS LOS BIENES muebles e inmuebles y derechos afectos a la concesión y adquiridos por la sociedad concesionaria.

3.7 Sanciones y Multas

Este es precisamente uno de los temas donde la ley se remite al reglamento. Sin embargo la tipificación de la infracción así como la sanción que corresponde es mejor incluirla en las bases de licitación que contiene especificadas las obligaciones del concesionario. Se ha optado por consiguiente porque el Reglamento no recoja sanciones tipos, regulándose en cambio el procedimiento de notificación de las infracciones y sanciones, formas de pago, etc.

3.8 Etapas del Contrato

Las etapas de un contrato tradicional de obra pública (construcción y explotación) se regulan recogiendo la experiencia de las bases de licitación ya utilizadas por el Ministerio.

Como temas específicos podríamos señalar los siguientes:

- a) En la etapa de construcción que, por el momento es además la única acerca de la que contamos con experiencia. los problemas planteados dicen relación con la presentación de los documentos que tiene que presentar la concesionaria para ser aprobados o visados por el Inspector Fiscal por lo que se establecería en el reglamento una normativa que asegurara el CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS ETAPAS necesarias en la construcción.
- b) También en la etapa de construcción se trata de despejar la duda acerca de los PLAZOS de construcción (finales e intermedios o por avance) y si proceden o no las multas por los atrasos cuando se incumplen los cronogramas presentados en la oferta del licitante.

Este tema es difícil de resolver en los contratos vigentes donde normalmente el cronograma es evaluado por la Comisión de Evaluación y puede ser tenido en cuenta para la elección del adjudicatario; sin embargo no es evidente si las multas por atrasos corresponden cuando no se cumple dicho cronograma. Es evidente que un contrato de concesión conlleva una sanción mayor por el no cumplimiento de los plazos y que consiste en que no se obtiene el derecho a cobrar peajes. En todo caso en el Reglamento se obliga a que sean las bases las que determinen cuando corresponde la multa.

- c) En la etapa de explotación se regula de manera más pormenorizada la AUTORIZACION DE PUESTA EN SERVICIO PROVISORIA Y DEFINITIVA, de manera de poder separar mejor las obligaciones relacionadas con la construcción de aquellas otras que tienen que ver con otros aspectos contractuales. También se regula de manera más pormenorizada el tema de la conservación de las obras.
- d) Por último al regular la obligación de servicio indiscriminado se consagra expresamente el DERECHO DE GESTIÓN DEL CONCESIONARIO sobre el sistema tarifario siempre que no implique discriminación alguna.

3.9 Relaciones con terceros y de los pagos entre los contratantes

Es este uno de los temas que más ha sido modificado en la reforma de la ley de concesiones y el reglamento trata de recoger el espíritu de la reforma de la siguiente forma:

- a) Salvo que las bases de licitación lo prohiban el concesionario podrá SUBCONTRATAR todos los trabajos y labores incluidos en el contrato de concesión. Sin embargo se establece que los subcontratos de ingeniería y construcción deberán realizarse a empresas inscritas en

los Registros del MOP, salvo autorización expresa del Inspector Fiscal. La historia de las bases de licitación en este tema es dispar: en algunas bases se estableció la obligación de subcontratar a empresas inscritas exceptuando a los socios de la sociedad concesionaria, en posteriores licitaciones se suprimió esta obligación, lo que no ha sido bien acogido por algunos Inspectores Fiscales. La norma del Reglamento dejaría cabida a que se autorizara la subcontratación a empresas no inscritas pero la regla general consistiría en exigir que los subcontratos se realicen con los mismos estándares con los que contrata el MOP.

- b) Respecto de la TRANSFERENCIA DE LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, a pesar de que se señala que durante el periodo de construcción la sociedad concesionaria ha de tener el 51% de las mismas, se señalan determinados supuestos en los que el Ministerio autorizaría la transferencia. Con ello se obviará el trámite, que hasta ahora se ha exigido a las sociedades concesionarias de, antes de preñar sus acciones, solicitar autorización al Ministerio por su posible transferencia derivada del ejercicio del derecho de prenda.
- c) La ley permite ampliamente la TRANSFERENCIA DE LA CONCESION aunque sigue exigiendo autorización del MOP que no podrá denegarse en determinados supuestos. En el reglamento se regula el procedimiento consistente en una solicitud del concesionario al MOP individualizando al cesionario y las circunstancias de la cesión. Cuando ésta proceda, el MOP fijará la garantía de construcción o explotación del nuevo concesionario. La autorización para transferir se concederá mediante Decreto Supremo. Para prevenir operaciones fraudulentas, se señala expresamente que el concesionario no podrá transferir la concesión voluntariamente cuando el MOP haya solicitado a la Comisión Conciliadora la declaración de incumplimiento grave del contrato.
- d) Puesto que la nueva ley ha suprimido toda autorización del MOP para CONSTITUIR GARANTÍAS, la única exigencia del Reglamento en este punto consiste en comunicarlo por escrito al Inspector Fiscal acompañando copia de los actos o documentos de que se trate.
- e) Se regula también en este título el PROCEDIMIENTO PARA LA REALIZACIÓN DE PAGOS ENTRE EL MOP Y LA SOCIEDAD CONCESIONARIA para otorgar mayor transparencia a algunas instituciones que al parecer han desconfiado de los pagos que el MOP tuviera que realizar a la Sociedad Concesionaria o a los acreedores de ésta. En este punto se señala, como ya lo habían hecho algunas bases de licitación la posibilidad de que se devenguen intereses en los retrasos, que los pagos que el MOP tenga que realizar sean hechos a los acreedores del concesionario cuando proceda según los contratos que éste tenga vigentes.

3.10 Modificaciones de las obras y servicios o de otros aspectos contractuales

Es evidente que una vez firmado el contrato de concesión, tras la protocolización del decreto por el adjudicatario, cualquier modificación al mismo no es deseable. Sin embargo ya los contratos tradicionales de obra pública necesitaban modificaciones y un contrato de concesión que comprende un largo periodo de tiempo por lo que puede surgir la necesidad de modificación desde el periodo de construcción. Por otra parte, las modificaciones tienen no solamente que ver con las características de las obras o servicios, sino con las condiciones

económicas del contrato, estando obligado el MOP a salvaguardar el equilibrio financiero durante todo el periodo de concesión.

La ley de concesiones modificó el tema básicamente para señalar que las modificaciones de obra o servicio que se realicen pueden ser compensadas al concesionario en cualquiera de los factores del régimen económico del contrato. Sin embargo la modificación del reglamento trata también de dar cuenta de ciertas dificultades surgidas en los contratos vigentes.

- a) En primer lugar se consagra en el Reglamento, como ya han hecho algunas bases de licitación la posibilidad de realizar modificaciones a las características de las obras y servicios **AUTORIZADAS DIRECTAMENTE POR EL DIRECTOR DEL SERVICIO** bien compensando unas obras por otras, bien incluyendo en el contrato ciertas obras menores pagadas directamente por el MOP. Estas modificaciones tendrían como característica no modificar el régimen económico del contrato de concesión.
- b) Se regula también las modificaciones de las obras y servicios **POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO** estableciendo la posibilidad, como así está ocurriendo ya, que las bases de licitación establezcan el procedimiento por el que se va a calcular la indemnización del concesionario, lo que sin duda solventará muchas discrepancias que no tendrían que ir a la Comisión Conciliadora.
- c) Se señala además que, cuando la modificación de la obra o servicio sea calificada como **URGENTE** por el DGOP el MOP podrá exigir la misma aun cuando no se haya llegado a acuerdo sobre la indemnización puesto que ésta sería determinada en caso de discrepancia por la Comisión Conciliadora.
- d) La ley señala que son las bases de licitación las que establecerán el porcentaje máximo de inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud del artículo 19 de la ley calculando el porcentaje sobre el monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario. El reglamento soluciona el vacío que se produce cuando la obra está todavía en construcción señalando que dicho porcentaje será determinado en función del presupuesto oficial de la obra.
- e) Se regula asimismo el **CONVENIO** por el que se modificarían las obras o servicios por acuerdo entre el MOP y el concesionario y respecto de la revisión del sistema tarifario por causas sobrevinientes, se establecen plazos para la respuesta del Ministerio, que no estaban previstos en la ley.

3.11 Suspensión, extinción y transferencia forzosa de la concesión

La **SUSPENSIÓN** del contrato debiera ser normalmente un hecho de muy baja ocurrencia y tiene en la reglamentación actual una reglamentación escasa. Sin embargo al parecer ha supuesto algún grado de inhibición por parte de algunos financistas para ingresar al sistema de concesiones. La nueva reglamentación trata de dar cuenta de este hecho estableciendo procedimientos de peritaje para evaluar los daños y se consagra expresamente el derecho del concesionario a aumentar el periodo de concesión y a solicitar otros tipos de indemnizaciones. Además las bases de licitación están abriendo la posibilidad, que ahora se consagra en el reglamento, de que el Fisco compense al concesionario por los daños y perjuicios sufridos durante la suspensión.

Las novedades más importantes de este capítulo dicen relación con el INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

- a) En principio, cuando se produzca alguna de las causas que de lugar a la declaración de incumplimiento grave, el MOP deberá iniciar el procedimiento establecido en la ley. No obstante puesto que la finalidad de este procedimiento es proceder a una TRANSFERENCIA FORZOSA DE LA CONCESIÓN, se establece que no procederá la licitación pública del contrato por el periodo que le reste cuando, previa a la declaración de incumplimiento, el o los acreedores prendarios hubieran iniciado el procedimiento de ejecución de la prenda o el concesionario hubiera sido declarado en quiebra puesto que la finalidad de estos dos procedimientos es la misma.
- b) La declaración de incumplimiento se solicitaría por parte del MOP a la Comisión Conciliadora, la que debería pronunciarse en un plazo muy breve. Una vez declarado el incumplimiento el Ministerio nombraría inmediatamente al interventor.
- c) La declaración de incumplimiento grave producirá LA CADUCIDAD DEL DERECHO DEL CONCESIONARIO A SEGUIR EXPLOTANDO LA OBRA EN CONCESIÓN y, en consecuencia, el ejercicio de todos los derechos y obligaciones derivados del contrato corresponderá al interventor de la concesión quien estará obligado a explotar la obra mediante el cobro de las tarifas autorizadas, a realizar al Estado los pagos derivados del contrato y exigir del mismo los aportes que tuviere que realizar en virtud de lo previsto en las bases de licitación. Seguirán vigentes además todos los contratos y subcontratos que el concesionario hubiere realizado conforme a derecho. También seguirán vigentes para el Estado durante el periodo de intervención todos los derechos y obligaciones derivados del contrato. Una vez que sea licitado éste, el MOP dictará un decreto supremo donde se haga constar el cambio de concesionario.
- d) En cuanto a la licitación, el MOP CONSULTARÁ CON LOS ACREEDORES EL MÍNIMO DE LAS POSTURAS con las que se realizará el llamado, el que en todo caso no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída.
- e) El PAGO DE LA CONCESIÓN deberá realizarse en el plazo máximo de 30 días de adjudicada la concesión.

En el tema de la quiebra se regula expresamente la posibilidad de que la Junta de Acreedores que opte por la continuidad efectiva del giro se pronuncie sobre el plazo del mismo, prorrogando éste tantas veces como lo estime conveniente, dentro del plazo del contrato de concesión.

3.12 Comisión Conciliadora

Es difícil hacer en el reglamento una regulación acerca de la intervención de la Comisión Conciliadora puesto que la ley señala expresamente que ella misma determina sus normas y procedimientos. Algunos intentos efectuados por el MOP de regular la Comisión en las Bases de Licitación ha sido rechazada por la Contraloría General de la República con este fundamento. Con todo, existe en estos momentos en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre arbitraje que proporciona algunas normas que podrán servir para la actuación de la Comisión.

3.13 Normas de Policía de Caminos en las Rutas Concesionadas

La ley de concesiones introduce algunas normas relacionadas con vialidad cuando se trata de obras viales y algunas otras habían sido introducidas en las bases de licitación. El reglamento contendría pues un título dedicado a este tipo de normas del siguiente tenor:

- a) Los **ACCESOS PRIVADOS** son regulados por la ley 19.460 estableciendo expresamente que el concesionario podrá cobrar a los terceros interesados en tener nuevos accesos a la ruta no previstos en las bases. Las bases de licitación están regulando estos cobros pero se señala en el reglamento expresamente que el concesionario no podrá establecer cobros adicionales al costo de las obras cuando el acceso sea a una calle de servicio existente puesto que esa es precisamente la finalidad de las calles de servicio.
- b) Se regula además la coordinación entre la Dirección de Vialidad y los terceros cuando pretendan **OCUPAR U OBSTRUIR UNA VÍA CONCESIONADA** para realizar determinadas obras cuya autorización es otorgada por la Dirección de Vialidad. La finalidad de dicha norma es tener en cuenta los intereses del concesionario sobre la mejor oportunidad para realizar las obras y asegurarle que de que será compensado de cualquier pérdida de ingresos y de la reposición del camino en el estado que tuviera antes de la obra.
- c) El Reglamento establece además la posibilidad de que el MOP aumente la **VELOCIDAD** de las rutas concesionadas, cuando se den las condiciones para ello mediante Decreto, si no se hubieren fijado por las bases de licitación.
- d) Por último se recoge el tenor de la norma sobre **PESOS MÁXIMOS Y DIMENSIONES** de los vehículos que había sido introducida por la ley de concesiones pero suprimida por el Tribunal Constitucional al establecer además una indemnización al concesionario. Se recoge sin embargo el espíritu de dicha norma, sin otorgar derecho a indemnización, estableciendo que al igual que las bases pueden establecer normas especiales sobre velocidad, también podrán hacerlo sobre pesos máximos y dimensiones de los vehículos y que el MOP otorgará como beneficio adicional al concesionario las cantidades que el fisco hubiere recaudado en el tramo cuando la Dirección de Vialidad autorice la circulación de vehículos con sobrepeso. También se consagra el derecho de los concesionarios a instalar plazas de pesaje.

Dolores M. Rufián Lizana
Asesor Jurídico
Coordinación General de Concesiones

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

*CONFERENCIA SOBRE LAS
CONCESIONES DE OBRA PUBLICA*

PANEL DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

ANDRES DEL CAMPO (Moderador): No obstante que la intervención de la Sra. Rufián despejó gran parte de las interrogantes que se han ido exponiendo en este Seminario, parece sumamente útil dar la posibilidad que los asistentes puedan formular consultas adicionales. Les rogaría que los interesados levanten la mano, se identifiquen y formulen directamente sus preguntas

ARTURO FERNANDOIS. Tengo una pregunta que a la vez es un téngase presente. Después de esta contundente exposición respecto a lo que el reglamento contiene, hay dos temas que fueron mencionados por don Urbano Marín, muy interesantes, que creo preocupan a los bancos, para los cuales nuestra opinión es que el reglamento no es una norma apta para resolverlos. En concreto me refiero al tema del consentimiento del Ministerio en las enajenaciones forzosas en cuanto a que no está regulado procesalmente en que oportunidad el Ministerio debe emitir su opinión, ni que efectos procesales se producen en caso que haya una omisión por parte del Ministerio dentro de ese plazo. Señalo que no sería apto porque esas normas tienen necesariamente carácter legal, por lo que exige la Constitución en el art. 19 N° 3 inciso 4°, en cuanto a que el procedimiento debe ser legalmente regulado, legalmente tramitado y que corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un justo y racional procedimiento; hay precedentes en cuanto a que así ha sido fallado.

En cuanto a la extinción de la concesión por causales que se estipulen en el contrato de concesión, que ha sido siempre una preocupación de los bancos, por cuanto no se aplica en ese caso el estatuto del incumplimiento grave, que es muy bueno y seguro para los acreedores, no se aplica necesariamente porque el art. 27 bis de la Ley de Concesiones sólo contempla el caso del incumplimiento grave; en ese caso obviamente tampoco la exigibilidad anticipada y la superpreferencia podrían establecerse por el reglamento, porque las causales de preferencia son siempre legales.

Finalmente, en cuanto al tema de las infracciones y multas, recuerdo un fallo que salió muy recientemente, en que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un artículo de la Ley de Caza y Pesca porque otorgaba al reglamento la tarea de tipificar las sanciones que serían aplicadas en ese caso. Entonces, parece bueno ese criterio que en el reglamento de esta ley no se tipifiquen las infracciones porque se puede caer a lo mejor en el mismo riesgo.

JUAN ENRIQUE MIQUEL: En general, respecto del tema de la superpreferencia, esto se discutió mucho, y la redacción se dio expresamente señalando que el acreedor con prenda especial de concesión de obra pública tenía la primera preferencia sobre cualquier otra deuda. No debieran preocupar las deudas a trabajadores, a previsión, a salud, porque de acuerdo a la reglamentación del MOP se trataría de

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

un contratista público y el MOP debería responder; a su vez, el MOP no tiene que desembolsar recursos propios, ya que tiene garantías especiales en todas las etapas del contrato: garantía de seriedad de la oferta, garantía de construcción, garantía de explotación; por lo tanto, tiene un patrimonio de afectación especial. Acabo de ganar dos recursos en la Corte Suprema, en los que las empresas sanitarias, que son sociedades anónimas, alegaban que no les podían ejecutar las garantías que habían dado en un caso semejante. Alegaron el estado empresario y lo ganamos 5-0, o sea, el MOP lo puede, por lo tanto, no habría problema. Lo único que quedaría preterido y que los bancos tendría que pelear, sería con Tesorería por los impuestos de retención y de pago, que sería la única otra categoría que en el caso de una sociedad anónima podría tener prelación de pago sobre la prenda especial de concesión de obra pública.

Creo que se complican mucho con las otras causales de extinción de la concesión, pues el tema es el siguiente: respecto de las otras causales, se discutió diez veces en el Ejecutivo y en el Congreso la posibilidad de eliminarlas. Ahora, por qué el MOP las mantuvo, porque como es una ley general, puede haber una obra muy rara, entonces, sólo por ese principio se dejaron las otras causales, pero se han realizado doce licitaciones en las que no se establecieron causales especiales de terminación del contrato.

Segundo, aunque el tema no lo mencioné, pero consta en el texto escrito, la causal de licitación y por lo tanto de término del contrato que consiste en que se haya obtenido la rentabilidad esperada, no es distinta; es una concesión de término variable que se ajusta en el plazo, en función de como se determine la recaudación de dicha rentabilidad. Este tema no se originó en el MOP, sino que en consultores externos, quienes trabajaron inicialmente en el MOP; hubo un programa experimental en el que se contrató al Departamento de Ingeniería e Industria de la Universidad de Chile para no tener tanto funcionario público. Estos se pusieron teóricos e inventaron la teoría de la maldición del ganador que dice: "el que gana es quién se arriesga incursionando en la zona de pérdida". Entonces, para que no haya pérdida dijeron: "Ajustemos en plazo la concesión hasta que se logre la rentabilidad esperada", que es por la cual se licitaría. Se trata de hacer un factor muy objetivo en los ingresos cuando se produce esto, y bueno, se le puede llamar condición, da lo mismo; entonces es una manera variable de ajustar, que opera cuando se ha reunido determinada rentabilidad sobre determinado capital esperado. En el Senado fueron reticentes, pues dijeron: "Miren, esto va a dar origen a que el Fisco y cualquier particular pueda investigar las cuentas de la empresa, etc.". En todo caso, todo esto se determina en las bases de licitación y si a un banco no le gusta, que no dé el financiamiento, así de simple, porque lo que tienen que entender es, para las licitaciones, para las concesiones municipales, que la ley no es la principal fuente de garantías, sino que es el contrato; esta modalidad de contrato cada vez será más frecuente también entre privados y las garantías estarán en el contrato.

*BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA*

Por lo tanto, hay que meterse allí a buscar si objetivamente es negocio o no, si están mis derechos resguardados o no, porque la última garantía que tienen los bancos, como todos los empresarios, es no ir a una licitación que no le gusta, o no prestar plata cuando no están bien afinados los factores.

Este creo que es un tema muy importante. Tengo la misma formación jurídica que la mayoría de los presentes, chilena ultra ley, ultra estatuto ley. En este tipo de cosas hay que usar una mentalidad más sajona, de atender más al contenido del contrato, a las normas de aplicación normal de los criterios, a los arbitrajes especializados, etc. En uno de los contratos, que por secreto profesional no puedo decir cual, estamos casi eliminando los arbitrajes de derecho ¿Por qué? Porque si vamos a arbitrajes de derecho, vamos a hacer unos enredos en que jamás podrán funcionar, porque sobre el arbitraje hay apelación y casación. Más que un contrato, estoy eligiendo un socio estratégico por 10, 15 o 20 años. Entonces como voy a tener un socio estratégico con el cual cada conflicto iría a un arbitraje de derecho que demora 8 años, considerando el proceso de arbitraje y los recursos que procedieran. Entonces tenemos que hacer un enfoque a pasarnos a normas más prácticas de negocios.

La ley es como es, con poca claridad y deja todo al contrato porque el MOP quiere tener todas las facultades y haciéndolo podrá ejercer un mejor control. Por eso es que hay que ponerse de acuerdo en los criterios, porque con esta ley se pueden hacer desde canchas de fútbol, si es que fuese necesario, a autopistas de US\$ 500 millones, a obras de conexión vial de US\$ 0,7 millones. Por lo tanto, no hay ley ni reglamento que pueda prever todo y lo que realmente va a importar son los principios de la ley y los ajustes del contrato. Ahora, cómo se fijan las normas de notificación a un árbitro arbitrador respecto del cual la ley establece que él mismo debe fijar su procedimiento. Por supuesto que si se contempla la obligación legal de que constituya la comisión, la institución que tenga una prenda, debe hacerle saber a la comisión la existencia de ésta mediante una notificación y solicitarle que cuando haya algún tema de su interés sea notificada. Vámonos a un criterio jurídico un poco distinto, porque es muy bueno para el país que estos negocios se realicen. Así resolveremos muchos problemas, muchas cosas, sobre todo cuando hay grandes empresas especializadas que seguirán haciendo contratos asociativos, para que entremos en una mentalidad un poco distinta y solucionemos por ese vía los temas. Creo que lo que tiene que importar son las condiciones que hay en el contrato, digan lo que digan. Lo que manda es la oferta de celebrar el contrato, aunque el reglamento diga lo contrario. La única forma en que se produce perfeccionamiento del consentimiento, es con la oferta adjudicada.

En mi opinión, en el corto plazo no se hará una nueva reforma, pues como les conté, se trataron de hacer 15 reformas, más 3 tributarias y resultaron 2 reformas que le quitaron facultades al Fisco en el tema de pago y una de la Ley

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

de Bancos que no eran buscadas por el Ejecutivo. Como éste tiene iniciativa exclusiva, no es probable que en los próximos años se vuelva a anunciar otra ley.

ANDRES DEL CAMPO: Los argumentos esgrimidos esta tarde de alguna manera justifican el esfuerzo que se ha realizado por tratar este tema en mayor profundidad. La dictación de la ley del mes de julio, tras una larga tramitación en el poder legislativo, indudablemente aclara situaciones que son importantes de tener presente, tomando en consideración precisamente la tradición legalista de este país y los criterios que también emplean inversionistas extranjeros, que requieren que determinados conceptos consten en la legislación, como se desprende de la propia intervención del señor Miquel hace un rato atrás.

ALBERTO VELASQUEZ: Tengo la sospecha que el legislador se propuso despenalizar la ley y puedo decir que lo consiguió plenamente, lo que si lamento es que lo consiguió a pesar de su propia voluntad, sin ser consciente de ello. A propósito, voy a citar un caso en que la fuente de las garantías no es el reglamento ni el contrato, sino la ley, que es la protección jurídico penal respecto de la prenda tan especial y novísima que se introduce en esta ley, pues se trata de una prenda que no existía. Existía la prenda agraria, la prenda industrial, la prenda sin desplazamiento, pero esta prenda especial de concesión de obra pública es una novedad. El art. 42 de la ley, para los efectos penales, hace una remisión a los arts. 49 y 50 de la Ley de Prenda Industrial. La remisión de un tipo penal a otro es bastante delicada, pues de alguna forma se aproxima a las leyes penales en blanco.

Pero hay otro problema, todavía más de fondo. Los bienes jurídicos protegidos en el delito de las prendas son los objetos prendarios. Los objetos prendarios en la Ley de Prenda Industrial son básicamente maquinarias y otros bienes materiales. Pero esta ley estableció sólo tres tipos de objetos prendarios: el derecho mismo de la concesión de obra pública, los pagos comprometidos por el Fisco a la sociedad y los ingresos a la sociedad; estos son tres objetos prendarios novísimos y ocurre que estos bienes jurídicos protegidos no se tutelan, en mi opinión, al aplicar el tipo penal de los arts. 49 y 50 de la Ley de Prenda Industrial, puesto que los verbos rectores de aquellas figuras penales son otros: "ocultar, trasladar, desvalorar, destruir"; ¿por qué son otros los verbos rectores? Son otros porque el legislador con respecto a la prenda industrial penalmente estaba pensando en objetos prendarios distintos: en tractores, bulldozers, maquinarias, hiladoras, cargadoras, etc. Estos verbos rectores no pueden aplicarse a las conductas fraudulentas ejecutadas con dolo a propósito del derecho de concesión, de los pagos comprometidos o de simple dinero. Por lo tanto, la conducta dolosa del concesionario va a ser impune y en consecuencia no existiría garantía jurídico penal.

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

JUAN ENRIQUE MIQUEL: En mi opinión, este caso no tiene tanta relevancia, toda vez que está contemplado el proceso de intervención de la concesión por el MOP, regulado por los arts. 36 y 27 bis de la ley. Realmente lo que interesaba era poder marcar universalidades jurídicas.

Por otra parte, puedo señalar que para cautelar los intereses del Banco, se puede constituir prenda especial sobre la concesión de obra pública y además prenda industrial sobre bienes específicos, ya que recaen sobre bienes distintos. Dudo que dentro de la concesión sean relevantes un bulldozer o un tractor, que por lo demás el grueso de los concesionarios no los tienen, los subcontratan. Como abogado sugiero que, en vez de crear prendas, se exija un mandato irrevocable de pago irrevocable o cesiones de derechos. Hay muchas otras maneras de cautelar, lo que aquí se está tratando de hacer es crear una garantía mínima.

IRIS ARTIGAS: Me queda todavía una duda en el asunto de la venta forzosa. En este caso es una venta común y corriente hecha por autoridad judicial en virtud del ejercicio de sus acciones por parte del acreedor, ¿qué sucede si el cesionario no es aceptado por el Ministerio?, porque en cualquier venta se requiere aceptación del Ministerio, si pasan los 60 días se entiende aceptado; pero ¿que pasa si se rechaza sucesivamente? ¿cómo hace ejercicio de su acción el acreedor?

En segundo término, tampoco me quedó muy claro el asunto de que pasa cuando se extingue la concesión por problemas de la rentabilidad. El banco tiene un plazo para su crédito y evidentemente que podría terminar la concesión -como se dijo anteriormente- a mitad de camino y resulta que habría un crédito sin concesión.

DOLORES RUFIAN: En el tema de la cesión, la ley regula expresamente que la cesión forzosa se admite siempre que sea una ejecución del acreedor prendario, por lo tanto, no hay ninguna posibilidad que el Ministerio rechace la cesión. Respecto de la cesión voluntaria, lo que la ley establece es que ha de ser a cualquier persona natural o jurídica que cumpla los requisitos para ser licitante, por lo tanto, no hay ninguna duda dentro de la ley acerca de cuando procede o no la ejecución forzosa. Respecto del otro tema, me da la impresión de que depende de cómo se estructure el pago del crédito bancario, porque si en lugar de estructurarse en función de plazos que no se conocen, se estructura en función de porcentajes de recaudación es mucho más fácil de recuperar la totalidad del crédito bancario antes de que efectivamente se extinga la concesión.

Aunque no conozco el contrato, me contaban el otro día cómo se había financiado la concesión del acceso a Buenos Aires -esto además también sirve para la primera pregunta que usted hacía- : durante el período de construcción las

BANCO DEL ESTADO DE CHILE
FISCALIA

garantías eran de los adjudicatarios. Estos respondían del crédito hasta que se terminara de construir, y una vez construido se estableció que toda la recaudación pasaba a los bancos, excepto lo necesario para operar la concesión. Evidentemente que con una estructuración del crédito de este tipo la recuperación del mismo será anterior a la extinción de la concesión.

ANDRES DEL CAMPO: Quiero agradecer la presencia y participación de todos ustedes, especialmente a los panelistas, y señalarles que nos comprometemos a hacerles llegar a todos, dentro de un plazo prudente, la transcripción por escrito tanto de las exposiciones que hemos escuchado en el día de hoy como de esta ronda de preguntas y respuestas. Muchas gracias.