

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE CONCESIONES

7 y 8 de Octubre de 1996
Santafé de Bogotá, Colombia

EXPOSICION Marco Jurídico y Conceptual para las Concesiones de Servicios Sanitarios y Viales en Chile

Sra. Loreto Silva R.
Abogado
Cámara Chilena de la Construcción

-08743-

CÁMARA CHILENA DE
CONSTRUCCIÓN
Centro Documentación

MARCO JURIDICO Y CONCEPTUAL PARA LAS CONCESIONES DE SERVICIOS SANITARIOS Y VIALES EN CHILE

1. ALCANCE DE LA EXPOSICION

Muy buenos días, hoy he sido invitada a exponer sobre las características del sistema de concesiones que rige en Chile para las concesiones de agua y para las obras de infraestructura vial.

2. HISTORIA

La dictación de las normas jurídicas que permiten la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura en Chile a través del régimen de concesiones, tiene su origen en las reformas económicas efectuadas durante la década de los 80 y consolidadas durante el presente decenio.

Tales reformas asignan un nuevo rol al Estado, correspondiéndole a éste una función normativa, reguladora así como la provisión de la infraestructura sólo en aquellos en que los particulares no puedan asumir dicha función.

3. MARCO JURIDICO APLICABLE

El marco jurídico aplicable a este tipo de concesiones, se encuentra consagrado en nuestra legislación en cuerpos legales distintos, siendo más antiguo el aplicable a las empresas de servicios sanitarios, el cual data del año 1989, en tanto el que rige a las concesiones viales fue creado en el año 1991.

Sin bien el marco jurídico que permite la participación del sector privado en el área de los servicios sanitarios es anterior al que rige para las concesiones viales, el proceso de otorgamiento de éstas últimas ya ha comenzado, en tanto el de las concesiones de servicios sanitarios aún no se ha iniciado.

Ello obedece a la decisión del Gobierno de postergar la privatización de las empresas de servicios sanitarios de propiedad estatal, hasta la aprobación de un Proyecto de Ley que modifica el actual regimen jurídico aplicable a las empresas del sector. Cabe señalar que hoy en día un 92% de las empresas del área son de propiedad estatal.

4. LAS CONCESIONES DE SERVICIOS SANITARIOS

4.1 Características.

La prestación de los servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas exige contar con una Concesión Sanitaria.

La concesión sanitaria es otorgada por la Autoridad, mediante la dictación de un Decreto del Ministerio de Obras Públicas y con el informe previo del organismo fiscalizador del sector, cual es la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Una vez otorgada, entrega a su titular un derecho o título sobre ella, de carácter indefinido, sin fecha de término, el cual sólo puede ser caducado por la autoridad en virtud de causales objetivas claramente determinadas en la Ley y en el respectivo decreto de concesión.

La concesión presenta además los atributos propios del dominio, lo que permite a su titular usar, gozar y disponer de ella y celebrar a su respecto cualquier acto jurídico en virtud del cual transfiera todo o parte de su dominio. Sin embargo, este importante atributo tiene una especial limitación, derivada de su condición de servicio de utilidad pública, dado que cualquier acto jurídico en virtud del cual se transfiera toda o parte de una concesión sanitaria, deberá ser, previamente, aprobado por la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

4.2 Efectos.

La concesión habilita al prestador a otorgar el servicio con exclusividad dentro de un determinado territorio operacional y consecuentemente lo obliga dentro del mismo sector a prestar el servicio toda vez que éste le sea solicitado.

La concesión también obliga al concesionario a cumplir con el programa de inversiones y de desarrollo a que se obligó a ejecutar.

Como contraprestación tiene derecho a percibir una tarifa y tiene derecho a solicitar aportes reembolsables de financiamiento a quienes le soliciten el servicio o la ampliación del mismo.

La política tarifaria vigente tiene como criterio orientador la existencia de tarifas que reflejen los costos efectivos de proveer el servicio y que permitan a las empresas sanitarias financiar

4/.

su desarrollo; pero tomando como base para su determinación una empresa modelo con costos operacionales eficientes.

Como complemento de la referida política tarifaria, se ha creado un sistema de subsidio a los usuarios de escasos recursos a fin de asegurar el acceso de toda la población a este servicio imprescindible para una adecuada subsistencia.

El legislador también ha facultado al concesionario para suspender la prestación del servicio en aquéllos casos en que el usuario no cumple con la obligación de pagar la respectiva tarifa.

4.3 Fiscalización.

Los concesionarios se encuentran sujetos a la Fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, organismo autónomo que tiene a su cargo la responsabilidad de fiscalizar la adecuada prestación del servicio, así como también el cumplimiento de los programas de desarrollo que el concesionario se encuentra obligado a ejecutar.

4.4 Características del Proyecto de Ley que modifica el Sector de Servicios Sanitarios.

Como ya señalar anteriormente, el Gobierno de nuestro país ha supeditado la privatización de este tipo de servicios a la aprobación de un Proyecto de Ley, que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso, el cual, en términos generales, tiene por finalidad:

- a) Asegurar que el Estado controle siempre al menos un 35% de la propiedad de cada una de las empresas que hoy son estatales y que puedan ser en el futuro objeto de una privatización.

- b) Fortalecer la institucionalidad fiscalizadora en el sector
- c) Introducir restricciones a la estructura de propiedad de las empresas prestadoras de servicios sanitarios a fin de evitar la constitución de eventuales monopolios

La tramitación de dicho Proyecto, lamentablemente no ha con la agilidad deseada, por lo que estimamos que, que en el mejor de los casos, sólo se dará inicio al proceso de privatización del sector el próximo año.

4.5 Conclusión.

En síntesis es posible señalar que el marco jurídico que rige a las empresas de servicios sanitarios en nuestro país, aún con la incorporación de las nuevas modificaciones, es propicio para que el sector privado se encuentre interesado en participar en él.

5. LAS CONCESIONES VIALES.

Estatuto Jurídico.

El régimen de concesiones viales chileno se encuentra contenido en la Ley de Concesiones de Obras de Infraestructura Pública y en su Reglamento. A esas fuentes normativas se añaden las Bases de Licitación de cada contrato de concesión en particular y el respectivo contrato de concesión, que contiene los derechos y obligaciones que asumen las partes y establece las causales de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato que

permiten a la autoridad dar término anticipado al contrato de concesión.

Ambito de Aplicación.

Cabe señalar, que la posibilidad de concesionar que tiene el Estado de acuerdo a la mencionada Ley es bastante amplio, por cuanto dicha permite concesionar toda obra pública fiscal.

Ente administrativo competente.

El ente administrativo competente para entregar en concesión toda obra pública es el Ministerio de Obras Públicas, salvo que éstas se encuentren bajo la competencia de otra entidad administrativa, en cuyo caso, el ente respectivo podrá delegar mediante convenio de mandato suscrito con el MOP, la entrega en concesión de dichas obras

Efectos del contrato de concesión

En virtud de la celebración del contrato de concesión, el concesionario se obliga a la ejecución, reparación o conservación de una determinada obra pública fiscal, y en el caso específico de las concesiones viales, se obliga a la ejecución, reparación o conservación de una determinada vía. Como contraprestación, el concesionario obtiene la concesión temporal de la explotación de la vía.

Adjudicación de la concesión.

Recientemente ha sido perfeccionada nuestra legislación en lo que se refiere a los criterios de adjudicación de una

concesión vial, por la vía de objetivarlos y de dar preferencia a las variables de carácter económico por sobre otro tipo de variables en las cuales la subjetividad en la decisión de la autoridad puede ser mayor.

Así, por ejemplo, a la menor tarifa ofrecida al usuario y el plazo de la concesión- los criterios más empleados hasta ahora, se ha añadido la oferta de compartir ingresos con el Estado cuando la rentabilidad del proyecto supere ciertos límites preestablecidos. Este factor sólo podrá ser utilizado cuando, al mismo tiempo, el Estado haya garantizado determinados ingresos mínimos al concesionario, para la vialidad del proyecto.

También se contemplan como criterios de adjudicación los pagos por infraestructura existente, cuyo monto debe corresponder al valor económico de los bienes o derechos respectivos, para cuyo efecto se recurre a la apreciación pericial.

Para situaciones en que las rentabilidades son relativamente inciertas, se ha instituido el factor de adjudicación "ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación". La aplicación de este factor ha sido restringida por el legislador a fin de no desincentivar la participación en una determinada licitación, como consecuencia de la fijación de por parte del Estado de las tasas de retorno del Proyecto. Estos requisitos son la resolución fundada y la incompatibilidad de aplicar el referido criterio conjuntamente con la oferta de plazo, tarifa o de reducciones de los ambos en caso de existir rentabilidades extraordinarias.

Derecho de dominio sobre la concesión.

El concesionario vial, al igual que en caso de las concesiones de servicios sanitarios, tiene un derecho de dominio limitado sobre la concesión, toda vez que se permite la transferencia tanto de la concesión como de los derechos sobre la sociedad concesionario,

previo obtención del consentimiento de la autoridad administrativa y, en otros, de pleno derecho, cuando se trata de hacer efectiva la garantía prendaria especial instituida en la Ley.

El concesionario también puede constituir en garantía el contrato mismo o los flujos e ingresos futuros de la concesión, y de preñar cualquier pago ofrecido por el Estado, sin necesidad de autorización del ente administrativo.

Cumplimiento del contrato de concesión y normas de equilibrio para el concesionario.

El éxito de las concesiones viales reside fundamentalmente en la adecuada distribución del riesgo del negocio entre el concesionario y el Estado.

Por tal motivo, se han incorporado en nuestra legislación una serie de figuras jurídicas que tienen precisamente por finalidad obtener dicho equilibrio, algunas de las cuales deseo destacar en esta oportunidad.

a) Teoría de la imprevisión

En nuestra legislación se acoge expresamente la teoría de la imprevisión, por cuanto se autoriza al concesionario para renegociar los términos financieros del contrato de concesión, cuando ocurran circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio financiero de la concesión, ya sea que provengan del acto de la autoridad u otro tipo de circunstancias.

Para tal efecto, se debe establecer en las respectivas bases de licitación la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión de sistema tarifario, o de su fórmula de reajuste o del plazo de concesión. Si ellas nada dijeren podrá recurrirse a la Comisión Conciliadora.

b) Ius Variandi.

Si bien el legislador reconoce a la autoridad la facultad de modificar las características de las obras y servicios contratados por razones de interés público, también se restringe el ejercicio de dicha facultad a fin de dar mayores garantías al concesionario y a los acreedores de éste.

Como consecuencia de lo anterior, la autoridad deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, y deberá acordar con éste la forma que revistirá dicha indemnización.

Además, las bases de licitación deben establecer la oportunidad en que la autoridad puede solicitar tales modificaciones y el monto máximo que dichas modificaciones pueden representar sobre el total de la inversión.

c) Términación anticipada de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, intervención de la misma y quiebra.

Todo tipo de contrato de concesión, por ser un contrato de carácter administrativo involucra un riesgo cierto de que pueda ser resuelto por la autoridad en forma anticipada.

A fin de acotar dicho riesgo, se ha establecido en nuestra legislación que la terminación anticipada de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario sólo puede decretarse con la autorización previa de la Comisión Conciliadora y cuando concorra alguna de las causales previstas para ello en el decreto de adjudicación o en las bases de licitación.

Cabe señalar que la declaración de incumplimiento grave produce la extinción del derecho que tiene el concesionario sobre la concesión y no la extinción de la concesión propiamente tal, lo cual también constituye una importante garantía para los acreedores de los concesionarios.

En nuestra legislación también se han acotado las causales de designación de interventor de la concesión- una especie de administrador nombrado por el Ministerio de Obras Públicas- por parte de la autoridad, permitiéndose ésta sólo en caso de abandono de la obra o de prestación injustificada del servicio.

La concesión no constituye de pleno derecho causal de terminación de la concesión, puesto que la primera junta de acreedores deberá optar entre la subasta de la concesión o la continuación efectiva del giro del concesionario.

d) Solución de Controversias.

Los riesgos del conflictos a todo tipo de contratos, también se encuentran bastante acotados en nuestra legislación.

Para ello se ha creado la figura de la Comisión Conciliadora, a la cual se podrá recurrir para la solución de todo tipo de controversias que se susciten entre las partes y cuya actuación se encuentra bastante regulada en la Ley.

Esta Comisión, como su nombre lo indica, deberá siempre buscar la conciliación entre las partes, pero si esta no se produce, el concesionario podrá pedir que se constituya como arbitral o ante los tribunales ordinarios de justicia.

Por último, Esta Comisión debe dar su consentimiento previo para la intervención de una concesión o su extinción por causa de incumplimiento grave, declarada por la autoridad.

Extinción de la concesión y destino de las mismas.

Las concesiones viales, a diferencia de las concesiones de servicios sanitarios que son de plazo indefinido, se extinguen por el cumplimiento del plazo para el que fueron pactadas, el cual no puede exceder de 50 años. Este plazo puede extenderse en caso de existir acuerdos indemnizatorios o de haberse acogido el concesionario a las normas sobre imprevisión, y puede acortarse si se producen rentabilidades extraordinarias.

Se extingue igualmente la concesión por mutuo acuerdo entre las partes, para cuyo efecto será también necesaria la aprobación de los acreedores favorecidos por la denominada prenda especial de obra pública.

Extinguida la concesión, la obra pública no vuelve de pleno derecho al Estado, puesto que las obras deben ser nuevamente entregadas en concesión para su conservación, reparación o ampliación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras.

La autoridad sólo puede eximirse de la obligación de relicitar, si la obra ha quedado en desuso o si por razones técnicas resulta improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado otorgarlas nuevamente en concesión, lo cual deberá ser debidamente fundamentado.

Normas Tributarias o Financieras.

Recientemente se ha creado un estatuto tributario especial para las concesiones de infraestructura en general y por consiguiente para las concesiones viales, el cual hasta entónces se encontraba sujeto a las interpretaciones que sobre la materia hacía la autoridad tributaria chilena.

Por otra parte, recientemente y a fin de permitir un mejor financiamiento para las concesiones viales, se ha creado la prenda especial de obra pública, la cual puede ser pactada con los financistas y puede recaer sobre los derechos de la concesión, sobre todos los pagos comprometidos por el Fisco a favor del concesionario y sobre los ingresos de la sociedad concesionaria.

Esta prenda otorga ciertos privilegios a los acreedores del concesionario, como son: el de pagarse preferentemente a todo otro acreedor; derecho a que se les transfiera la concesión; que se haga exigible la prenda en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; que se les permita actuar como terceros interesados ante la Comisión Conciliadora.

Por último se han modificado diversas leyes de mercado de capitales para facilitar un mayor flujo de inversiones hacia las concesiones, para cuyo efecto se han ampliado los márgenes de crédito bancarios, se ha dado mayor margen para invertir a los denominados inversionistas institucionales.