

“Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión.”

Ello, en concordancia con el inciso segundo del artículo 1º, introducido por la Ley Nº 20.410 que modifica la LCOP, cuyo texto dispone:

“Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones”.

b.2. En cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, la LCOP establece que el concesionario está obligado a:

– Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y¹³

– Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión¹⁴.

Para estos dos conjuntos de obligaciones sobre continuidad de la prestación del servicio, lo dispuesto en el nuevo inciso 3º del artículo 30 bis introducido por la Ley Nº 20.410:

“Tan pronto tenga noticia de su ocurrencia, el concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar ... la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación, en la fase de explotación. La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el reglamento”.

Sobre el particular conviene hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la concesión sobre Acceso Vial del Aeropuerto Arturo Merino Benítez¹⁵, en la que se discute la orden impuesta a la concesionaria por la Inspección Fiscal, con el fin de

¹³ Ley Nº 20.410, artículo 23, Nº 2, letra a.

¹⁴ Ley Nº 20.410, artículo 23, Nº 2, letra b.

¹⁵ Integrantes de la comisión arbitral: Juan Enrique Traub, Julio Crovetto y Pedro Quezada, con fecha 16 de mayo de 2009.

suspender el cobro de peajes a los vehículos que ingresaron al sector de la segunda pista de dicha obra pública¹⁶.

La comisión arbitral continúa con su razonamiento del hecho sucedido de la siguiente forma:

Primeramente explicita [...] *Que mediante la celebración del contrato de concesión suscrito por la concesionaria con el MOP, ésta se obligó a construir y mantener la vía concesionaria, obteniendo como contraprestación por dicho servicio el derecho a cobrar peaje a todo vehículo que salga del Aeropuerto AMB [...]* (Considerando primero).

Agrega a continuación [...] *Es legítima la pretensión de la concesionaria de cobrar peaje a los vehículos que ingresaron al sector de la segunda pista durante el periodo de construcción de la misma [...]* (Considerando tercero).

Advierte [...] *Que, de acuerdo a los antecedentes acompañados en autos, queda de manifiesto y se da como hecho acreditado que la segunda pista se proyectaba construir en el lugar en que en definitiva se emplazó desde antes que el MOP efectuara el llamado a licitación para la construcción del acceso vial al aeropuerto y que se consideraba, al menos, desde esa época que formaba parte integrante del aeropuerto AMB el área en que la segunda pista se construyó [...]* (Considerando sexto).

De lo anterior deduce [...] *Que el MOP no dio cabal cumplimiento a la obligación de que impone el Contrato de Concesión de respetar el derecho a la Concesionaria de cobrar peaje a todo vehículo que salga del Aeropuerto AMB [...]* (Considerando octavo).

Finalmente expresa que [...] *El MOP tampoco ha empleado la debida diligencia en fiscalizar el cumplimiento por parte de BESALCO de la obligación de controlar los vehículos que ingresan al Aeropuerto AMB a través del Portón Nº 9 y que dicha falta de diligencia se ha traducido en la vulneración del derecho de la Concesionaria a cobrar la correspondiente tarifa o peaje [...]* (Considerando noveno).

5.4. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR INCUMPLIMIENTO GRAVE

Dentro de las causales de extinción de la concesión se encuentra el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario¹⁷. Estas obligaciones del concesionario, en principio, corresponden a las obligaciones contraídas con el Fisco que se encuentran sometidas al régimen jurídico de derecho público. Sin embargo, dentro de estas obligaciones del concesionario, también debemos considerar las contraídas con pri-

¹⁶ Cabe señalar que para esta situación, según la LCOP el concesionario se encuentra obligado a prestar servicio en forma continua, en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originan las molestias, incomodidades, inconveniente o peligrosidad a los usuarios. Sin embargo, el concesionario puede interrumpir dicho servicio por caso fortuito o fuerza mayor y puede alterar su prestación por razones de seguridad o de urgente reparación. Hay que expresar, además, que en las bases de licitación aparece la forma en que debe prestarse tal servicio.

¹⁷ Ley Nº 20.410, artículo 27, Nº 3.

vados que, a pesar de encontrarse sometidas al régimen de derecho privado, quedan comprendidas dentro de las que cautela el régimen concesional, cuando están reguladas por normas de orden público impuestas a las relaciones entre el concesionario y terceros distintos al Fisco.

A su vez, las causales que configuran el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario deben establecerse en el contrato de concesión o en las bases de licitación¹⁸.

Para que opere esta causal de extinción de la concesión, el legislador exige que el MOP solicite la declaración de incumplimiento grave a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis de la LCOP¹⁹.

Por lo tanto, la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión, requiere de una sentencia firme de la Comisión Arbitral especial que actúa como ente jurisdiccional ad-hoc para cada concesión.

En cuanto a los efectos de la declaración del incumplimiento grave, se contemplan los siguientes:

1. ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL:

Una vez declarado el incumplimiento grave del contrato de concesión por la Comisión Arbitral, el Ministerio de Obras Públicas debe designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 207, números 1 al 5 del Libro IV del Código de Comercio.

Al respecto, la Ley N° 20.410 actualizó las normas sobre la quiebra a que remita el inciso segundo del artículo 28 de la LCOP, refiriéndose a las facultades de administración del interventor, quien responde de la culpa levísima, es decir, de aquel grado de culpa que exige el mayor grado de responsabilidad de un administrador.

2. MODALIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO:

Producida la contingencia que se traduce en la declaración de incumplimiento grave y la consiguiente extinción del contrato de concesión, el MOP tiene la responsabilidad de establecer la forma en que se satisfará el término de la construcción de la obra o la prestación del servicio, según sea la etapa de la concesión en que se incurra en esta causal de extinción del contrato.

Para ello, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley N° 20.410, se establece que:

“Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el

¹⁸ Ley N° 20.410, artículo 28, inciso 1°.

¹⁹ La Comisión Conciliadora y Arbitral que establecía el artículo 36 de la LCOP, conforme a la Ley N° 20.410, pasó a ser la Comisión Arbitral regulada en el artículo 36 bis de la LCOP.

plazo que le reste.”²⁰; es decir, dentro de este plazo el MOP deberá definir si, para la continuación de la obra o del servicio, ocupa el sistema de concesiones o el de obra pública fiscal”.

Conforme la modificación legal señalada, la definición de la modalidad de continuación de la obra o servicio, puede ser informada de manera consultiva por el Consejo de Concesiones, creado por la Ley N° 20.410, en términos que, cuando el Ministro de Obras Públicas se lo solicite y “*declarado un incumplimiento grave conforme al artículo 28...*” le corresponderá “*...analizar la conveniencia de realizar una nueva licitación y sus condiciones, por el período que le reste o si continúa como obra pública fiscal*”²¹.

Así, entonces, ejercidas las facultades de la Administración se puede dar lugar a las siguientes dos opciones:

a) Llamado a licitación pública de la concesión por el plazo que le reste²²

En lo sustancial, tratándose de esta opción el legislador fija el principio consistente en que “*Las bases de la licitación deberán establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original...*”, para salvaguardar las condiciones originales en que se licitó la concesión e impedir la posibilidad de abuso en el establecimiento de condiciones injustificadamente más ventajosas para la nueva licitación. Sin embargo, el legislador previene las condiciones para hacer excepción a este principio, señalando:

“...salvo que, mediante pronunciamiento del Consejo de Concesiones, y en virtud de nuevos antecedentes, dichos requisitos se revelen insuficientes para acometer la obra”²³.

En este caso, dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que sea adoptada la decisión de relicitar el contrato de concesión, deberá llevarse a cabo la respectiva licitación pública. El producto de esta licitación será de propiedad del concesionario declarado en incumplimiento grave.

No debe olvidarse que estamos ante un incumplimiento grave del contrato de concesión que da lugar a su extinción, situación en la cual el incumplidor debería indemnizar los perjuicios causados a su contraparte, el MOP; razón por la cual parecería contradictorio que se le beneficie con el producto de la licitación. Sin embargo, esta aparente incoherencia se explica en la evaluación del riesgo que realizan los financistas de los concesionarios al momento de fijar las condiciones financieras de los créditos de largo plazo que entregan a los concesionarios que postulan al sistema,

²⁰ Ley N° 20.410, artículo 28, inciso 3°.

²¹ Ley N° 20.410, artículo 1° bis, inciso 8°, letra d).

²² Ley N° 20.410, artículo 28, inciso 4°.

cuyo riesgo excesivo podría lugar a un encarecimiento de tales créditos en términos tales que harían inviable su participación en las licitaciones o que generarían compensaciones que el Estado no podría financiar.

Además, el destino del producto de la licitación a la propiedad del concesionario incumplidor, tiene como excepción los créditos que pertenecen a los acreedores de la prenda especial de obra pública, los que deben ser satisfechos con prioridad para lograr la cancelación de esta caución²⁴.

Respecto a los llamados a licitación, el legislador establece que:

*"En el primer llamado a licitación, el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario. A falta de interesados se efectuará una segunda licitación, sin mínimo, en un plazo de 90 días desde que se haya declarado desierta la primera licitación"*²⁵.

Dicho lo anterior, viene al caso señalar las principales modificaciones introducidas en esta materia por la Ley N° 20.410:

– En primer lugar, la antigua normativa obligaba siempre a licitar el contrato extinguido por incumplimiento grave, no admitiendo la actual posibilidad que tiene el Estado para optar por su continuación como obra pública fiscal, según lo recomienden las condiciones de la obra o el servicio a la época en que se produce esta contingencia de responsabilidad del concesionario original.

– En segundo lugar, se establecía un proceso de licitación excesivamente largo y que daba lugar a condiciones especulativas que incentivaban llevar el precio a la baja, comprendiendo una primera licitación cuyo mínimo no podía ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario; una segunda licitación cuyo mínimo no podía ser inferior a la mitad de la deuda contraída por el concesionario y, una tercera licitación, sin mínimo.

b) *Decidir que la obra o el servicio se continuará como obra pública fiscal*

Esta nueva alternativa introducida por la Ley N° 20.410 se expresa en términos de *"...no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste..."*²⁶, caso en el cual

*"...el Ministerio de Obras Públicas, ...deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago"*²⁷.

²⁴ Ley N° 20.410, artículo 28, incisos 4° y 6°.

²⁵ Ley N° 20.410, artículo 28, inciso 4°, 3ª parte.

Con respecto a la fórmula de este pago, nuevamente debemos tener presente que nos encontramos ante un incumplimiento grave que debería dar lugar a indemnizaciones del concesionario a favor del Fisco pero, en consideración a las exigencias de los financistas, ha sido necesario establecer una forma de reembolso de las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional, de manera que cubran las obligaciones contraídas por el concesionario con sus financistas y no se dañe la posibilidad que estos últimos puedan financiar a otros operadores.

Resumiendo los principios y los objetivos de la modificación introducida por la Ley N° 20.410, durante su tramitación en el Congreso Nacional, el Ejecutivo expuso: *"... cuando existe un caso de incumplimiento grave el Estado no puede quedar amarrado al mecanismo de relicitación de varias vueltas, tiene que contar con la facultad de terminarla como obra pública. La ley vigente, prácticamente, impide aplicar la causal de incumplimiento grave y el riesgo de tomar de rehén al Estado es muy alto"*²⁸.

Se añade:

"Lo importante es no dañar a los acreedores cuando el Estado decide hacer una obra como obra pública puesto que es necesario compensar, sin embargo, debe existir un mecanismo que permita al Estado rescatar malos negocios. En consecuencia, se ha diseñado un sistema en que se pagan las inversiones necesarias para realizar la obra, no amortizadas, los costos financieros normales acreditados y el reajuste e intereses hasta el pago efectivo y si hay discrepancias se recurre al sistema de resolución de controversias".

INHABILIDAD ESPECIAL PARA PARTICIPAR EN EL SISTEMA DE CONCESIONES

Considerando la gravedad del incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, tanto para la concesión que se readjudicó como para el interés fiscal afectado y resguardando, además, la necesidad de actores sanos en el sistema concesional de obras públicas, la Ley N° 20.410 introdujo una modificación destinada a marginar de él a quienes, probadamente, han mostrado su ineficiencia y falta de cumplimiento con las obligaciones adquiridas para la obra o servicio que se han adjudicado.

Concordante con los fundamentos señalados, el nuevo artículo 28 bis de la LCOP establece:

"Declarado el incumplimiento grave del contrato de concesión, conforme al artículo anterior, la respectiva sociedad concesionaria y sus personas relacionadas no podrán postular a licitaciones ni participar en una nueva concesión. Se entenderá por personas relacionadas con la sociedad concesionaria las referidas en el artículo 100 de la ley N° 18.045, salvo los parientes señalados en su literal c)".

Por lo tanto, se puede apreciar que esta inhabilidad tiene un doble efecto: Primero, opera como una drástica sanción contra los incumplidores de sus obligaciones con el

²⁸ Segundo Informe Comisión OCOP del Senado (28.10.2007) p. 11.

Estado. Segundo, como consecuencia de efecto sancionatorio, opera como un eficaz desincentivo para que el concesionario no caiga en causales de incumplimiento grave del contrato de concesión. A *contrario sensu*, fortalece la presencia de actores privados cumplidores de la normativa contractual.

En cuanto al alcance y los efectos de esta inhabilidad, se debe considerar:

a) Que el inciso segundo del nuevo artículo 28 bis dispone: *“se entenderán también como personas relacionadas con la sociedad concesionaria, aquellas que lo hayan sido en cualquier momento de los dos años anteriores a la fecha de solicitud de declaración de incumplimiento grave.”*; lo que tiene como objetivo evitar que aquellos que han conocido o participado de los hechos y circunstancias que han dado lugar a la configuración de la causales de incumplimiento grave evadan las responsabilidades que puedan comprometerlos, apareciendo como actores hábiles del sistema y, en igualdad de condiciones, con quienes han tenido una conducta contractual irreprochable.

b) Que el inciso tercero del nuevo artículo 28 bis dispone, *“la inhabilidad de la sociedad concesionaria y de sus personas relacionadas regirá por 5 años, contados desde la fecha en que sea dictada la sentencia que declara el incumplimiento grave, en cuyo caso los recursos que se entablen en su contra no suspenderán el cómputo del plazo de la inhabilidad ni sus efectos.”*; lo que significa el establecimiento de condiciones que no admiten la dilación en la aplicación de los efectos de esta sanción, ni siquiera por la vía de expedientes dilatorios jurisdiccionales, atendido el interés público comprometido en la participación de actores sanos en el sistema concesional de obras públicas.

c) Por último, de acuerdo con el nuevo inciso segundo, del número 2, del artículo 22 de la LCOP, introducido por la Ley N° 20.410, tanto el concesionario declarado en incumplimiento grave como sus personas relacionadas, no podrán ser contratistas ni subcontratistas de otro concesionario, para que no se pueda evadir la aplicación de esta inhabilidad, por vía indirecta.

5.5. TÉRMINO ANTICIPADO DE LA CONCESIÓN EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN

El nuevo artículo 28 ter de la LCOP, introducido por la Ley N° 20.410, en su inciso primero, establece:

“Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la concesión por las necesidades públicas, o demandare su

Durante la discusión y estudio parlamentario, el Ejecutivo²⁹ hizo presente que esta norma *“...se relaciona con el límite del 20% establecido para los obras adicionales. Cuando existe una justificación de interés público, que amerite un cambio mayor en la obra, superior al porcentaje señalado, se recompra la obra y se licita nuevamente”*.

“En el caso de obras innecesarias, como sucedió con una Estación que estaba en construcción en la Comuna de Quinta Normal, se negoció de común acuerdo con el concesionario, lo que conlleva grandes desembolsos de recursos fiscales, por lo que se considera necesario contar con facultades excepcionales, para situaciones extraordinarias, en que se requiere poner término anticipado a las obras con las compensaciones adecuadas”.

Se discutió latamente *“cuál es el mecanismo de compensación adecuado y se determinó que se deben pagar todas las inversiones realizadas y lucro cesante, para no generar un incentivo perverso para que el Estado use este mecanismo para expropiar. Siempre se debe buscar el equilibrio entre contar con una facultad para el Estado para que no sea extorsionado por el privado cuando la obra no sea necesaria, pero al mismo tiempo evitar un incentivo perverso para expropiar o participar en negocios en que el Estado garantiza la rentabilidad sin que el negocio se concrete”*.

Puede ocurrir –se agregó– *“... que entre el proceso de adjudicación y el término de la ingeniería de detalle, pueden surgir eventos mayores que determinen que la obra no se justifique”*. En estos casos, de acuerdo a la ley vigente en aquel entonces *“...la única salida es la realización de la obra”*.

De acuerdo con lo expuesto por el Ejecutivo, *“...existen dos experiencias que han motivado esta indicación, en primer lugar, desde el momento en que se licita una obra pueden presentarse cambios y se establece un límite a la modificación de proyectos porque se hacen con negociación y no con licitación en la etapa de construcción. Cuando sea necesario realizar obras mayores es necesario contar con la facultad de recomprar la concesión y relicitar porque no se quiere promover un sistema en que el Estado negocie grandes obras públicas. Asimismo, señaló que en algunos casos en que se licitó una obra se llegó al poco tiempo a la conclusión de que era innecesaria, como ocurrió con una Estación Multimodal en Quinta Normal, en que se licitó antes de la decisión de extender el Metro a Pudahuel vía Maipú y, por lo tanto, la estación no era necesaria y el Estado no tiene ninguna facultad para terminar esa obra, sólo puede hacerlo de común acuerdo y queda expuesto a pagar grandes indemnizaciones”*.

Continúa el Ejecutivo señalando que, *“para evitar situaciones como la señalada, se pretende contar con este instrumento que permite poner término anticipado a la obra con todas las restricciones necesarias para evitar el riesgo de expropiación de un buen negocio. En esta materia es necesario ser ecuaníme, por lo que se establece la obligación del Fisco de pagar todos los costos y lucro cesante, debiendo interpretarse esta facultad en armonía con la norma que se refiere a los convenios complementarios”*.