

FORMULA OBSERVACIONES A PRESENTACIÓN DE SOCIEDAD CONCESIONARIA
EN AUDIENCIA PÚBLICA Y ACOMPAÑA DOCUMENTOS REQUERIDOS POR PANEL
TÉCNICO DE CONCESIONES

**SEÑOR PRESIDENTE
PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS**

OSCAR GAJARDO CARREÑO Y PABLO MUÑOZ AGURTO, abogados en representación del Ministerio de Obras Públicas, en proceso sobre Discrepancia presentada por Sociedad Concesionaria SAN JOSÉ RUTAS DEL LOA S. A., expediente número **D02-2016-12**, al Señor Presidente del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas, respetuosamente decimos:

Dentro del plazo establecido en su Programa de Trabajo, por este acto venimos en FORMULAR OBSERVACIONES respecto de la presentación realizada por la Sociedad Concesionaria SAN JOSÉ RUTAS DEL LOA S. A. en Audiencia Pública del día viernes 11 de marzo de 2016, observando lo siguiente:

1.- La presentación de la Sociedad Concesionaria NO APORTÓ antecedentes para determinar si los conceptos y montos solicitados corresponden a “inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas”.

En su presentación la Sociedad Concesionaria se limita a realizar una exposición descriptiva del proceso de adjudicación del contrato, de la declaración de incumplimiento grave, de los supuestos que habilitan la intervención del Panel Técnico, y del desglose general de los conceptos y montos cuyo pago solicita. Dicha exposición NO APORTÓ antecedentes que permitan determinar si los conceptos y montos mencionados corresponden a *“inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas”*, **no resultando útil para este Panel Técnico a la hora de realizar dicha determinación.**

Al referirse al desglose general de los conceptos y montos solicitados, la presentación de la Concesionaria INCURRE EN UN GRAVE ERROR al incorporar como título de este apartado el vocablo “INDEMNIZACIONES”, vocablo que supone un pago para compensar un daño o perjuicio que se ha causado.

Al respecto, es necesario reiterar que la presente discrepancia se promueve en el marco de los tramites a que da lugar la declaración de incumplimiento grave del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa", y dice relación con una de las alternativas de pago al Concesionario previstas en el inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas que NO CONSTITUYE INDEMNIZACIÓN.

En el caso que nos ocupa, teniendo presente la naturaleza del procedimiento aplicable -declaración de incumplimiento grave- y considerando que quien incumplió gravemente el contrato de concesión fue la Sociedad Concesionaria SAN JOSÉ RUTAS DEL LOA S. A., situación expresamente reconocida por dicha Concesionaria y declarada por Sentencia de la H. Comisión Arbitral de fecha 22 de junio de 2015, **resulta absolutamente improcedente** denominar como "INDEMNIZACIONES" los conceptos y montos solicitados.

Finalmente y en mérito de lo expuesto, no debemos olvidar que la recomendación del Panel Técnico de Concesiones debe referirse, al menos, a dos circunstancias:

1° Establecer si los conceptos y montos solicitados por la Sociedad Concesionaria corresponden a "*inversiones necesarias para la prestación del servicio*".

2° En caso de estimarse que todos o algunos de esos conceptos y montos corresponden a inversiones necesarias para la prestación del servicio, proceder a la "*determinación del monto controvertido del pago*".

2.- Los documentos exhibidos por la SC en la Audiencia Pública, se refieren a Aspectos Tributarios del contrato que NO SON ÚTILES para determinar si los conceptos y montos solicitados corresponden a "*inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas*".

En la Audiencia Pública realizada en esta Discrepancia, la Concesionaria exhibió copia de Factura Electrónica N° 0001, nota en Libro de Obras Concesión Vial Rutas del Loa N° 012 de 12 de noviembre de 2014, y Memorándum N° 240 del Jefe Unidad de Análisis Tributario y Financiero de la CCOP al Inspector Fiscal del contrato, por el que se envía Informe de Construcción N° 01/20124 correspondiente al Costo de Construcción de Rutas del Loa para el pago del IVA.

Los documentos exhibidos y a los cuales la SC ha pretendido darles un carácter general para los efectos del presente contrato, NO RESULTAN ÚTILES para determinar si los conceptos y montos solicitados corresponden a *“inversiones necesarias para la prestación del servicio”*, en atención a que **su objeto ha sido verificar costos de construcción de la concesión para el pago del IVA**, en cumplimiento del numeral 1.12.4 -“Aspectos Tributarios”- de las Bases de Licitación, lo que consta de su propio tenor.

Recordemos que conforme a las disposiciones del inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones, las inversiones que se deben pagar a la SC, son aquellas **“necesarias para la prestación del servicio que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario”**, no se trata de cualquier inversión, y que de acuerdo a la historia fidedigna de la Ley 20.410, que incorporó esta alternativa de pago al Concesionario, el fundamento de esta disposición es: “(...) 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 (...)” (José Antonio Ramírez Arrayas, “Concesiones de Obras Públicas, Análisis de la institucionalidad chilena”).

En consecuencia, no resulta útil cualquier antecedente para determinar si los conceptos y montos solicitados corresponden a *“inversiones necesarias para la prestación del servicio”*, ni menos uno que solo se ha elaborado para dar cumplimiento a los aspectos tributarios del contrato.

3.- La aplicación de la alternativa de pago prevista en el inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, NO PUEDE CONSTITUIR UNA TRANSFERENCIA DEL RIESGO del contrato de la Sociedad Concesionaria al Ministerio de Obras Públicas.

Recordemos que en el Sistema de Concesiones de Obras Públicas, es la Sociedad Concesionaria quien soporta los riesgos del contrato de concesión.

Habiendo incumplido gravemente el contrato, la concesionaria **no puede pretender que se le paguen gastos e inversiones inútiles, o que no han sido necesarias para la prestación del servicio.**

De prosperar una pretensión como esta, se estaría traspasando el riesgo de la concesión al Ministerio de Obras Públicas, vulnerándose con ello este importante principio que contribuye al fundamento del Sistema de Concesiones.

En efecto, de accederse a lo solicitado por la concesionaria –lo que no creemos ocurra- caeríamos en el absurdo que una concesión que cumpla con su contrato y bases de licitación deberá asumir el riesgo de demanda, riesgo de construcción y cualquier otro riesgo en conformidad a la LCOP. Sin embargo, la concesionaria que incumplió el contrato, el Estado debería reembolsar la totalidad de los gastos, inclusive de abogados para la presente discrepancia, pasajes aéreos del gerente general, y gastos de oficina, lo que reduce a cero el riesgo, lo que es francamente un despropósito.

Recordemos que la ley no contempló el pago de inversiones pura y simplemente, sino que estableció que estas deben ser necesarias para la prestación del servicio, lo cual limita el campo de aplicación.

4.- Los conceptos y montos solicitados por la sociedad concesionaria NO CONSTITUYEN “inversiones necesarias para la prestación del servicio”

Recordemos que la Sociedad Concesionaria no llegó a iniciar la construcción de las obras descritas en las Bases de Licitación, solo **realizó gastos que responden a obligaciones establecidas en dichas Bases**, de los cuales no se espera un retorno contable, **e inició el desarrollo de los proyectos de ingeniería**, los que por sus deficiencias, bajo estado de avance y por haberse desarrollado por un subcontratista que no contaba con los requisitos contractuales exigidos, no llegaron a ser aprobados por la Inspección Fiscal.

Los **gastos generales** señalados por la Concesionaria incluyen entre otros, pagos a compañía de Leasing, abogados y adquisición de pasajes aéreos. Del mismo modo, recordemos que este tipo de gastos así como otros destinados al funcionamiento interno de la Sociedad Concesionaria, **no son regulados ni controlados por el MOP, son discrecionales y obedecen a las políticas internas de funcionamiento propio de cada organización**. Adicionalmente y teniendo presente que en su gran mayoría dichos gastos provienen de empresas pertenecientes al grupo San José, no es posible determinar si los documentos acompañados a su respecto corresponden a gastos realizados con ocasión de la Concesión Vial Rutas del Loa o con ocasión de otros negocios que desarrolla dicho grupo.

Sin perjuicio, de que **los gastos generales no constituyen “inversiones necesarias para la prestación del servicio”**, haremos unas breves precisiones en torno a algunos antecedentes presentados por la Sociedad Concesionaria a su respecto:

-Gastos de abogados y servicios de arriendo de vehículos: Revisados los documentos presentados por la Concesionaria, **se observó que existen varias facturas cuya fecha de emisión es posterior al 22 de junio de 2015**, fecha de extinción del presente contrato de concesión.

-Gastos de pasajes aéreos: Revisados los documentos presentados por la Concesionaria, **se observó que existe una factura por compra de pasaje aéreo ruta Santiago – Asunción / Asunción – Santiago.**

En cuanto a **los gastos por equipamientos de la oficina de la Inspección Fiscal, tampoco constituyen “inversiones necesarias para la prestación del servicio”**, ya que la Sociedad Concesionaria no estaría en condiciones de esperar retornos sobre estos gastos y se trata de obligaciones establecidas en las Bases de Licitación que constituyen un gasto puro y simple para la Sociedad Concesionaria. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante precisar que **todo el equipamiento de la oficina de la Inspección Fiscal fue devuelto a la Sociedad Concesionaria**, por lo que este concepto ni siquiera debe ser considerado como gasto.

POR TANTO,

SOLICITAMOS AL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES, tener por formuladas nuestras observaciones respecto de la presentación realizada por la Sociedad Concesionaria SAN JOSÉ RUTAS DEL LOA S. A. en Audiencia Pública del día viernes 11 de marzo de 2016, y considerar que dicha presentación **NO APORTA** antecedentes para determinar si los conceptos y montos solicitados corresponden a *“inversiones necesarias para la prestación del servicio”* en el marco de la alternativa de pago al concesionario prevista en el inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones, por haberse declarado el incumplimiento grave y consecuente extinción del contrato de concesión.

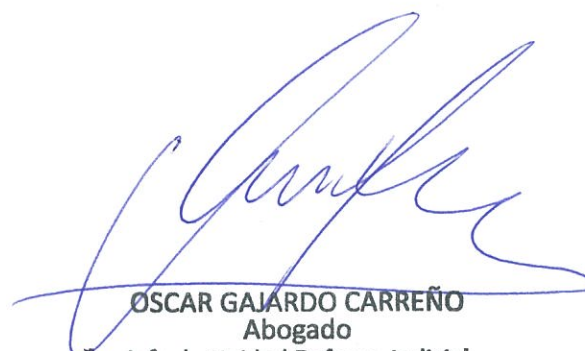
ACOMPaña DOCUMENTOS:

Solicitamos tener por acompañados los documentos requeridos en su resolución de fecha 11 de marzo de 2016, según el siguiente detalle:

1.- Copia observaciones de la Inspección Fiscal as versión A del proyecto de ingeniería.

2.- Copia de informe de conservación de infraestructura preexistente, en particular lo relativo a bacheo de la ruta; y

3.- Copia de contratos de pólizas de seguros relacionados con la Concesión Vial Rutas del Loa.



OSCAR GAJARDO CARREÑO
Abogado
Jefe de Unidad Defensa Judicial
C.C.O.P.