



TRIBUNA LIBRE

Más allá de la permisología: incertidumbre en el sistema de concesiones

Durante los últimos años, hemos atestiguado cómo se ha repetido un preocupante hecho en las licitaciones de concesiones de obras públicas: procesos caracterizados por la participación de un único oferente. Ocurrió, por ejemplo, en las licitaciones de la Ruta 5 tramo Los Vilos - La Serena; en la Ruta 66; en aeropuertos, en las redes Norte y Austral, y en el aeropuerto de La Serena; en lo hospitalario, en el Instituto Nacional de Neurocirugía y la Red O'Higgins; y en el recién adjudicado Establecimiento Penitenciario de Talca.

Esta falta de competencia responde, en parte, a las dificultades de la obtención de financiamiento para el desarrollo de estos grandes proyectos; sin embargo, también se relaciona con un fenómeno local: el debilitamiento de certezas fundamentales en el funcionamiento del sistema de concesiones.

Un ejemplo relevante dice relación con que el MOP haya adoptado como práctica, frente a reclamos en su contra ante el Panel Técnico de Concesiones y las Comisiones Arbitrales, el presentar excepciones por falta de legitimación, argumentando que mientras los perjuicios causados por hechos imputables al Fisco no se registren



**ALEXANDER
KLIWADENKO**
SOCIO DE AYLWIN
MATT A ABOGADOS

“El hecho de que el contratista pueda, a través de la concesionaria, reclamar por perjuicios que ha sufrido por actos imputables al Fisco es un pilar del sistema. Que el MOP lo desconozca solo puede significar un menoscabo”.

en el patrimonio de la concesionaria, aun cuando se acredite la efectividad de los mismos en el de su contratista, se carecería de legitimidad procesal para recurrir a esas instancias. Ello, en circunstancias de que es común en el marco del régimen de concesiones incorporar mecanismos contractuales para que la concesionaria eleve la pretensión del constructor ante el MOP, siendo la administración responsable de los impactos padecidos.

Esto pasa por alto que la Ley de Concesiones no exige la ejecución directa de la obra por parte de la concesionaria; por el contrario, reconoce en su artículo 21 la necesidad de recurrir a terceros. Más aún, la subcontratación es obligatoria en ciertos casos de nuevas inversiones o modificaciones de contrato. Dado lo anterior, la misma Ley radica únicamente en el concesionario la responsabilidad por el cumplimiento cabal y oportuno de las obras, y lo pone en el lugar de interlocutor válido ante la autoridad.

El MOP tiene plena conciencia de aquello y de que esa subcontratación, históricamente, se concreta en contratos de construcción EPC que consideran una condición *back-to-back*. En ellos,

la concesionaria le traspassa al contratista parte de sus obligaciones y riesgos, junto a la posibilidad de trasladar al MOP los reclamos que procedan. Una consecuencia natural es que lo que el MOP reconozca al concesionario por perjuicios ocurridos durante la construcción deberá ser compensado luego al Contratista. Es decir, el hecho de que el contratista pueda, a través de la concesionaria, reclamar por perjuicios que ha sufrido por actos imputables al Fisco constituye un pilar del sistema. Que el MOP lo desconozca solo puede significar un menoscabo para el país, pues se genera un riesgo adicional para las concesionarias, quienes tendrían que asumir la responsabilidad ante su contratista por hechos y riesgos ajenos a ella. Esto, evidentemente, reduciría aún más el universo de empresas que participan en las licitaciones, y encarecería los contratos.

A la fecha no existen recomendaciones ni sentencias que apoyen la defensa del MOP; pero ello no ha impedido que se continúe con su presentación, lo que resulta preocupante de cara a las futuras licitaciones de Concesiones de Obra Pública, tan necesarias para el país.