ENTRECÓDIGOS

Conflictividad en concesiones: abogados delinean los desafíos del sistema

Las discrepancias que se presentan entre el Estado y las concesionarias son cada vez más frecuentes. Acusaciones por mayores costos, demora en la aprobación de ingenierías y solicitud de la extensión del plazo de entrega son las causas más habituales. Esas y otras son las problemáticas que el Panel Técnico de Concesiones (PTC) debe resolver. Desde su creación bajo la Ley 20.410 en 2010, ha resuelto un total de 26 conflictos, donde solo el año pasado ingresaron nueve.

Cómo se ha desempeñado este sistema, cuáles son los conflictos que enfrenta, cuál es la disposición de la nueva administración del Ministerio de Obras Públicas en la resolución de estos conflictos y los desafíos que enfrenta el PTC, fueron abordados por cuatro destacados abogados de la industria: Carlos Silva, de Morales & Besa; Gonzalo Fernández, de Carey; Carlos Aravena, de Larraín y Asociados; y Rodrigo Riquelme, de Chadwick & Reymond.

POR MAGDALENA ARCE L.

CARLOS SILVA
MORALES & BESA

"Continúo viendo mucho apetito por seguir invirtiendo en Chile (...) Ya el solo hecho de que tú resuelvas una disputa en una instancia arbitral de esta naturaleza es muy positivo".

CARLOS ARAVENA
ESTUDIO LARRAÍN Y ASOCIADOS

"Le tengo cariño al sistema anterior, porque el Panel de Expertos debería mantenerse exclusivamente en el ámbito técnico y no dar una recomendación de fondo".

POR TEMAS AMBIENTALES, DE COMUNIDADES Y DE INTERACCIÓN CON OTRAS CONCESIONES

Diagnóstico de los conflictos: proyectos más complejos

■ **Pese a que los enfrentamientos entre el MOP y los privados se han incrementado, abogados aún ven que existe "apetito" por parte de los inversores extranjeros.**

A nivel estructural, las concesiones han cambiado. Los expertos hacen hincapié en la sofisticación que han adquirido, sobretodo porque incluyen temáticas que antes no se consideraban.

Algunos ejemplos son la aprobación de la ciudadanía y de permisos medioambientales, que incluyen medidas de mitigación que aumentan sustancialmente el monto de inversión que deben desembolsar los desarrolladores.

"La conflictividad llegó para quedarse, porque dado que estamos hablando de proyectos más complejos, siempre va a haber más problemas", dice Fernández.

Y añade que si uno observa el universo de discrepancias, se observa un patrón de reclamos: obras adicionales, cambios normativos, atrasos imputables al Fisco, la demora en la aprobación de ingenierías o la expropiación de terrenos.

Riquelme concuerda. A su juicio, el centro de generación de conflictos entre el MOP y las concesionarias es a nivel interno, y está en el paso desde la ingeniería básica a la de detalle, "porque termina un funcionario como inspector fiscal de la obra en un proceso de iteraciones de los proyectos, introduciendo derechamente modificaciones al alcance del contrato y habiendo sido éste ya definido una vez adjudicado", señala.

El rol que juega el Panel Técnico de Concesiones en la resolución de estos problemas es fundamental, especialmente porque la relación MOP-concesionaria es a largo plazo. "Esto es como un matrimonio a largo plazo. No es como otros juicios donde se puede utilizar toda la artillería y la relación con la contraparte se puede deteriorar. Acá no, acá hay que seguir conviviendo", dice Fernández.

26
discrepancias ha resuelto el Panel desde su creación.

Desde que comenzó a operar formalmente en 2013, han llegado 27 reclamaciones al Panel. Solo una queda por resolver.

¿Está generando esta mayor conflictividad un efecto en los inversionistas extranjeros que invierten en este tipo de negocios? Silva lo descarta. "Continúo viendo mucho apetito por seguir invirtiendo en Chile (...) Ya el hecho de que tú resuelvas una disputa en una instancia arbitral de esta naturaleza es muy positivo", recalcó sobre la institucionalidad que se ha construido localmente.

JULIO CASTRO

RODRIGO RIQUELME
CHADWICK & REYMOND

"El centro de generación de conflictos entre el Ministerio de Obras Públicas y las concesionarias está en el paso desde la ingeniería básica a la de detalle".

GONZALO FERNÁNDEZ
CAREY

"La conflictividad llegó para quedarse, porque dado que estamos hablando de proyectos más complejos, siempre va a haber más problemas".

PARA RESOLVER CONFLICTOS DE ESTE TIPO

"El gobierno actual tiene vocación por llegar a acuerdos"

■ **Nueva Dirección General de Concesiones será un aporte en esto.**

Con disposición a llegar a acuerdos ven al ministro de Obras Públicas, Juan Andrés Fontaine, en la industria.

Los abogados señalan que a lo largo del tiempo y con las diferentes administraciones ha habido ministros más reacios a seguir las recomendaciones del TPC y otros más proactivos, que tratan de llegar a acuerdo tempranamente.

"El actual gobierno, entiendo que tiene una vocación especial por llegar a acuerdos. Me ha tocado varios casos en los que han estado interesados en solucionar tempranamente los litigios para concentrar esfuerzos, tanto públicos como privados, en la construcción de nuevas obras o en la mejora de las antiguas", dice Aravena.

A lo que Fernández enfatiza en el hecho de que "más relevante que el mecanismo propiamente tal (para resolver estos problemas), es la voluntad que hay detrás. Y pareciera que este gobierno trabajará en esa línea".

Una oportunidad en la institucionalidad

En noviembre del año pasado, la expresidenta Michelle Bachelet promulgó la Ley que creó la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, en reemplazo de la Coordinación de Concesiones. Esta nueva entidad tiene mayores atribuciones que le permiten el desarrollo de todo el proceso de infraestructura concesionada, y es la encargada de elaborar una cartera de inversiones con proyección de cinco años.

Los expertos señalan que la Dirección se presenta como una oportunidad para disminuir los conflictos. Por ejemplo, avanzar en bases de licitación más claras o para que la aprobación de ingenierías sea más expedita.

EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL PANEL TÉCNICO

Un sistema eficaz pero que puede ser perfeccionado

■ **Si sus recomendaciones debieran ser vinculantes o no, si debiera tener más plazo y si es pro-Fisco, son los temas que abren mayor debate en la industria.**

El Panel Técnico de Concesiones (PTC) tiene un plazo de 60 días para dar a conocer su recomendación. Si bien a nivel general hay una buena evaluación de su desempeño, en cuanto a que permite ir avanzando en las discrepancias, prevalece en la discusión si sus recomendaciones debieran pasar a ser vinculantes.

Cuando se creó el Panel, se discutió esta idea precisamente porque en la industria eléctrica una instancia similar es vinculante. "Y funciona", dice Silva.

Y agrega que "a mí me gustaría que al Panel se le pudiera utilizar más, evaluar si puede ser vinculante en algunas o todas sus decisiones y que también se le pudiese consultar, pues permitiría resolver de manera eficiente diferencias en aspectos técnicos y económicos y disminuir disputas. De lo contrario, se va creando un bolo y después -a medida que avanza la obra- los problemas se van acumulando".

Riquelme agrega que esto es algo que debería evaluarse en el corto plazo. "Como es inevitable que deban interpretar un contrato de derecho público, al menos podría existir un grupo de materias que podrían ser vinculantes para poder acelerar y evitar pasar a la etapa arbitral", dice.

A juicio de Aravena el sistema debiera quedarse en lo técnico. "Yo le tengo cariño al sistema anterior, porque el Panel de Expertos debería mantenerse exclusivamente en el ámbito técnico y no dar una recomendación o una solución de fondo, que es propio de la Comisión Arbitral", dice.

La rapidez del sistema tiene sus desventajas, señalan los expertos. Muchas veces el trabajo contrarreloj que realizan, sumado a la gran cantidad de antecedentes que deben revisar, no los deja recomendar de algunos temas más complejos. "Creo que no pasaría nada si tuvieran 30 días adicionales para poder ver un poco más los antecedentes, estudiarlos con más calma", dice Riquelme.

Cabe recordar que el PTC está conformado por cinco personas: dos abogados, dos ingenieros y un economista.

Otra de las críticas va enfocada en la idea errónea que ronda de que el PTC sería pro-Fisco.

Los expertos explican que las estadísticas hablan de que un 72% de las reclamaciones de las concesionarias han sido aceptadas parcialmente, mientras las totalmente rechazadas son cinco, es decir un 25%.

Si se observa el total de dinero reclamado versus lo que se ha recomendado, en general se está otorgando alrededor del 20%.

"Algunos podrían decir que el Panel de Expertos es pro-Fisco, pero la mayoría de los casos han sido aceptados parcialmente, a lo menos. Tampoco es que se esté dando todo el monto solicitado por las empresas. El sistema ha facilitado las transacciones, lo que es bueno porque simplifica los conflictos. Ojalá permitiera muchas más transacciones", dice Fernández.