

La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley

EDUARDO ENGEL, RONALD FISCHER,
ALEXANDER GALETOVIC, MANUEL HERMOSILLA

- Esta nota resume los resultados de una investigación que documenta sistemáticamente los montos renegociados en 50 concesiones adjudicadas entre 1993 y 2006 cuyos datos han sido publicados por el MOP en su página web.
- Las renegociaciones son frecuentes y representan montos considerables. En promedio, cada concesión ha sido renegociada tres veces, y el monto total transferido hacia los concesionarios es UF 70,3 millones (2.810 millones de dólares). Si se considera que el presupuesto original de las obras concesionadas era de UF 211,6 millones (8.460 millones de dólares), se concluye que un 25% de los 11.270 millones de dólares invertidos fue agregado después de la adjudicación del proyecto, sin una licitación competitiva.
- Nuestra estimación de los montos renegociados excede en un 50% el cálculo hecho por la Cámara Chilena de la Construcción (CChC): la mitad de esta brecha se debe a que, a diferencia de la CChC, nosotros incorporamos las conciliaciones y arbitrajes dentro de las renegociaciones; la otra mitad se explica porque nosotros incluimos partidas que la CChC no incluye.
- 78 de las 148 renegociaciones han sido bilaterales, entre el MOP y el concesionario, y sin revisión de terceros independientes. El resto han sido conciliaciones o arbitrajes. Sin embargo, UF 58,1 millones, equivalentes al 83% del total renegociado, se otorgaron en renegociaciones bilaterales; apenas el 17% (UF 12,2 millones) fue revisado por las comisiones. El porcentaje renegociado bilateralmente es mayor en carreteras, 97,3%.
- 66 de las 78 renegociaciones bilaterales (84,6%) fueron iniciadas por el MOP, quien regularmente solicita obras adicionales. El principal componente de las renegociaciones bilaterales son nuevas obras. Éstas suman UF 42,2 millones, el 72,6% de los UF 58,1 millones renegociados. Si además se le suman las obras adicionales debidas a cambios de servicios públicos (v.gr. tendidos eléctricos, cañerías de agua potable o líneas telefónicas), el total aumenta a UF 49 millones.
- Buena parte de las renegociaciones y de los montos renegociados fueron acordados poco después de adjudicada la concesión. Por ejemplo, 44 de las 60 renegociaciones bilaterales de concesiones de carreteras y el 78% de los montos concedidos ocurrieron antes de la puesta en servicio definitiva.
- Existe evidencia de que el gobierno usa las renegociaciones bilaterales para adelantar gastos. Cuando se trata de una renegociación bilateral, apenas el 35% del monto total comprometido tendrá que ser desembolsado por el gobierno durante el cual se renegoció el contrato. En otras palabras, 65 de cada 100 pesos que el MOP compromete serán desembolsados por administraciones futuras o por los usuarios.
- Las comisiones conciliatorias y arbitrales se usan para resolver reclamos de los concesionarios por disputas que surjan después de la puesta en servicio definitiva. Por el contrario, las renegociaciones que ocurren antes de la puesta en servicio definitiva son casi todas bilaterales.
- La nueva ley que está en el Congreso corrige la mayoría de los defectos que estimulan las renegociaciones. Es perentorio que se vote en sala y apruebe.

Eduardo Engel: Yale University y NBER. **Ronald Fischer:** Universidad de Chile. **Alexander Galetovic:** Universidad de los Andes y Centro de Estudios Públicos. **Manuel Hermosilla:** Northwestern University.

1. Introducción y motivación

A principios de los años noventa las carreteras y aeropuertos de Chile eran precarios, aun para el modesto PIB per cápita de aquél entonces. Quince años más tarde y después de casi 11.300 millones de dólares invertidos, la situación es muy distinta. Espléndidas carreteras conectan a las ciudades de Chile, los aeropuertos son cómodos y modernos, y desplazarse por Santiago en automóvil es más fácil, seguro y rápido. El mecanismo utilizado para renovar la infraestructura fue la concesión de proyectos a empresas privadas, quienes construyen, operan y mantienen las obras. ¿Qué explica, entonces, que el gobierno haya presentado al Congreso un proyecto que modifica la Ley de Concesiones?

Conviene mencionar por qué se justifica concesionar. El origen de las concesiones no es la falta de recursos públicos, ya que durante los últimos 15 años el Estado podría haberse endeudado para invertir en infraestructura. El problema era la falta de capacidad técnica, humana y tecnológica necesaria para ejecutar los proyectos en plazos breves bajo un ministerio que, durante la década de los ochenta, casi no había construido nuevos proyectos. Las concesiones fueron una innovación ingeniosa que permitió construir rápidamente una serie de obras de alta rentabilidad social. A principios de los 90, lo urgente de los proyectos hacía costoso esperar hasta disponer de una Ley de Concesiones que resolviera todos los problemas.

Sin embargo, las virtudes del modelo chileno no deberían ocultar sus defectos. Luego de 15 años de concesiones, los nuevos proyectos son menos urgentes, su rentabilidad social es más baja y el margen para cometer errores al seleccionar proyectos es menor. Por eso es necesario mejorar la ley, incorporando las lecciones que ha dejado la experiencia. Uno de los principales problemas es la frecuencia de las renegociaciones de los contratos de concesión, tanto para modificar o agregar obras nuevas o, en algunos casos, para pagarle más al concesionario por las obras ya comprometidas. Esta nota, que resume un estudio más extenso, describe los montos renegociados en las 50 concesiones cuyos datos han sido publicados por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) en su página web¹.

¹“Renegociación de concesiones en Chile”, por aparecer en revista *Estudios Públicos*.

2. Concesiones y renegociaciones

2.1 Concesiones

Las concesiones de infraestructura comenzaron con el túnel El Melón en 1993. Tal como se puede apreciar en la columna 5 del Cuadro 1, entre 1993 y fines de 2007 se adjudicaron 50 concesiones, principalmente carreteras urbanas e interurbanas, pero también aeropuertos, embalses, cárceles y la infraestructura para el Transantiago. La primera oleada de concesiones, materializada entre 1993 y 2000, incluyó a buena parte de las carreteras interurbanas. Entre 2000 y 2003 se concesionaron 13 proyectos, entre ellos cuatro de las cinco carreteras urbanas de Santiago y dos de las tres cárceles. La etapa más reciente se inició en 2004, y ha incluido obras de infraestructura pública tales como el Centro de Justicia de Santiago, la Plaza de la Ciudadanía y la infraestructura para el Transantiago. Con todo, las carreteras, urbanas e interurbanas, representan la parte fundamental del programa de concesiones: 26 de 50 proyectos y 89% de la inversión materializada. Las carreteras suelen ser concesionadas por plazos más largos que el resto de las concesiones: 26,9 años contra 17,5 años en promedio.

Las concesiones se adjudican mediante licitaciones internacionales. Una vez adjudicado el proyecto, el concesionario financia y construye la obra y luego la opera; este modelo se conoce por BOT, por build, operate and transfer. Normalmente, las obras concesionadas deben financiarse con pagos directos de los usuarios. Esto no siempre ocurre y a menudo los concesionarios reciben otros ingresos, como, por ejemplo, subsidios o pagos periódicos del Estado².

Por último, es común que los concesionarios y el MOP renegocien el contrato de concesión original. El resultado usual de estos procesos son pagos adicionales por las obras contratadas originalmente o bien, por nuevas obras.

²Esto ocurre en el caso de cárceles, plazas, edificios públicos, hospitales, e incluso proyectos de infraestructura vial que no son autosustentables con peajes.

Cuadro 1
Inversión, número de obras concesionadas y duración promedio de los contratos
(en UF)

	(1) Inversión presupues- tada (en las ofertas técnicas) ¹	(2) Total renegociado ²	(3) Inversión total	(4) Fracción del total	(5) Número de obras concesio- nadas ³	(6) Fracción del total	(7) Duración promedio (años) ⁴
Ruta 5	71.885.711	21.086.458	92.972.169	0,33	8	0,16	23,8
Carreteras interurbanas	52.951.424	10.640.658	63.592.082	0,23	13	0,26	26,9
Autopistas urbanas	60.521.502	33.288.919	93.810.421	0,33	5	0,1	31,6
Carreteras	185.358.637	65.016.035	250.374.672	0,89	26	0,52	26,9
Aeropuertos	9.598.375	1.202.048	10.800.423	0,04	10	0,2	13,2
Cárceles	5.535.105	2.835.309	8.370.414	0,03	3	0,06	22,5
Embalses	3.000.000	611.241	3.611.241	0,01	2	0,04	27,5
Transantiago	3.920.290	645.599	4.565.889	0,02	5	0,1	14,7
Infraestructura pública	4.218.082	24.153	4.242.235	0,02	4	0,08	23,2
Otras concesiones	26.271.852	5.318.350	31.590.202	0,11	24	0,48	17,5
Total o promedio	211.630.489	70.334.385	281.964.874	1,00	50	1,00	22,4

Notas: (1) No incluye los presupuestos de construcción de los proyectos extinguidos. (2) Incluye el monto renegociado en la extinción de tres obras concesionadas. (3) Incluye tres contratos extinguidos. (4) Los promedios son ponderados por el número de obras concesionadas en cada categoría.

2.2 Renegociaciones

La importancia de las renegociaciones.

Hasta fines de 2007, 44 de las 50 concesiones se habían renegociado a lo menos una vez. El número total de renegociaciones suma 148, es decir, tres veces por concesión. Las concesiones de la Ruta 5 sobresalen porque cada contrato se ha renegociado 6,5 veces en promedio. Las renegociaciones son más frecuentes en carreteras que en el resto de las concesiones (4,3 contra 1,5 renegociaciones). Tal como se muestra en el Cuadro 2, los magnitud de los montos renegociados es considerable, UF 70,3 millones, es decir 2.810 millones de dólares³.

Formas de renegociar. Hay dos formas de renegociar los contratos. Primero, el MOP y el concesionario pueden negociar en forma bilateral y, si

³En este trabajo la UF se valoró a \$ 20.000 y cada dólar a \$ 500.

llegan a acuerdo, el resultado del proceso es un convenio complementario que modifica el contrato de concesión original e indica los montos que una parte debe pagarle a la otra. Segundo, si el MOP y el concesionario no llegan a un acuerdo, el concesionario puede llevar la disputa a una Comisión. Esta comisión intenta una conciliación entre las partes y, si fracasa, arbitra.

Renegociaciones bilaterales. El 53% de las renegociaciones (78 de las 148) han sido del tipo bilateral. Sin embargo, si se consideran los montos transferidos, las negociaciones bilaterales son bastante más importantes. Tal como se puede apreciar en las columnas 3 y 4 del Cuadro 2, de los UF 70,3 millones concedidos en renegociaciones, UF 58,1 millones (el 83%) han sido acordados mediante acuerdos bilaterales; sólo UF 12,2 millones le han sido concedido a los concesionarios mediante conciliaciones y arbitrajes.

Cuadro 2
Presupuestos oficiales y montos renegociados
(en UF)

	(1) Inversión presupues- tada (en las bases de licita- ción) ^{1,2}	(2) Inversión presupues- tada (en la oferta técnica) ²	(3) Renego- ciaciones bilaterales	(4) Concilia- ciones y arbitrajes	(5) Total renegociado = (3) + (4)	(6) Total invertido = (2) + (5)	(7) Renegocia- ciones como fracción de la inversión pre- supuestada = (5)/(2)	(8) Renegocia- ciones como fracción del total invertido = (5)/(6)
Ruta 5	64.258.585	71.885.711	16.126.967	4.959.491	21.086.458	92.972.169	0,29	0,23
Carreteras interurbanas	41.177.001	52.951.424	7.159.320	3.481.338	10.640.658	63.592.082	0,20	0,17
Autopistas urbanas	47.622.776	60.521.502	33.288.919	0	33.288.919	93.810.421	0,55	0,35
Carreteras	153.058.362	185.358.637	56.575.206	8.440.829	65.016.035	250.374.672	0,35	0,26
Aeropuertos	7.645.331	9.598.375	1.139.836	62.212	1.202.048	10.800.423	0,13	0,11
Cárceles	5.550.000	5.535.105	0	2.835.309	2.835.309	8.370.414	0,51	0,34
Embalses	4.458.424	3.000.000	395.359	215.882	611.241	3.611.241	0,20	0,17
Transantiago	5.165.500	3.920.290	0	645.599	645.599	4.565.889	0,16	0,14
Infraestructura pública	4.720.200	4.218.082	24.153	0	24.153	4.242.235	0,01	0,01
Otras concesiones	27.539.455	26.271.852	1.559.348	3.759.002	5.318.350	31.590.202	0,20	0,17
Total o promedio	180.597.817	211.630.489	58.134.554	12.199.831	70.334.385	281.964.874	0,33	0,25

Notas: (1) Según es reportado en las bases de licitación o, cuando son modificadas, en sus textos refundidos. En los seis casos en que no presenta presupuesto oficial estimado en las bases de licitación, se estima como el de la inversión de oferta técnica. (2) No incluye los presupuestos de construcción de los proyectos extinguidos.

66 de las 78 negociaciones bilaterales (84,6%) fueron iniciadas por el MOP. Esto contrasta con las conciliaciones y arbitrajes: sólo uno de los 70 casos fue iniciado por el MOP y la comisión no aceptó conocer el caso.

¿De qué tratan las renegociaciones bilaterales? El motivo más frecuente (70 de las 78 renegociaciones) es la modificación de las obras originalmente contratadas, o agregar obras adicionales. También se renegocia para cambiar el cronograma de obras o la fecha de puesta en servicio. Este motivo se cita en 27 de las 78 renegociaciones bilaterales. Otro motivo para renegociar es para definir aspectos que no estaban claros en las condiciones del contrato original. 48 de las 78 renegociaciones bilaterales incluyen cláusulas de esta índole. Finalmente, en 29 de las 78 renegociaciones se ha discutido sobre

el monto de las indemnizaciones por perjuicios sufridos por el concesionario debidos a causas que, según el concesionario, no son atribuibles a su gestión.

Conciliaciones y arbitrajes. En muchos casos los conflictos que han debido conocer las comisiones conciliadoras y arbitrales se deben a que la concesionaria exige ser compensada por perjuicios debido a eventos que supuestamente no están bajo su control y que encarecen el proyecto original. Las concesionarias también acuden a la comisión cuando surgen diferencias en la interpretación de las cláusulas del contrato de concesión. Por último, la comisión se pronuncia sobre la pertinencia de multas.

De los 70 casos que han sido conocidos por comisiones, 32 se han terminado con una con-

ciliación y 38 con un fallo arbitral. El monto total demandado por las concesionarias sumó UF 28,5 millones (unos 1.140 millones de dólares), pero las comisiones concedieron sólo UF 12,2 millones (unos 490 millones de dólares). Una interpretación posible es que las concesionarias hacen peticiones exageradas (especialmente en el caso de carreteras interurbanas), y que las comisiones conceden montos más razonables.

Es tentador concluir que las comisiones promedian (los UF 12,2 millones concedidos son poco menos que la mitad que los UF 28,5 millones solicitados por los concesionarios), pero los datos no respaldan tal conclusión. En efecto, el porcentaje de lo pedido por los concesionarios y concedido por las comisiones arbitrales varía bastante entre comisiones. En un extremo, las comisiones que conocen conflictos en concesiones de aeropuertos han concedido apenas el 2% de lo solicitado, mientras que, en el otro extremo, aquellas que conocen conflictos en concesiones de la Ruta 5 han concedido cerca del 87% de lo solicitado. Esto sugiere que hay diferencias importantes entre los casos que llegan a las distintas comisiones y, quizás, en los criterios que se ocupan para decidirlos.

3. Cuánto, qué y cuándo se ha renegotiado

3.1 ¿Cuánto se ha renegotiado?

En las columnas 1 y 2 del Cuadro 2 se muestran dos indicadores del costo total de construcción de las 50 concesiones: el presupuesto total estimado por el MOP en las bases de licitación y el presupuesto presentado en las ofertas técnicas⁴. La columna 5 muestra el total renegotiado. Las ofertas técnicas suman UF 211,6 millones (unos 8.460 millones de dólares) y el total renegotiado UF 70,3 millones⁵ (unos 2.810 millones de dólares). Así, tal como se aprecia en la columna 8, el 25% de los UF 282 millones invertidos por los concesionarios (unos 11.270 millones de dólares) es el resultado de una negociación. O, visto en forma alternativa,

⁴ Estos presupuestos de construcción no incluyen los tres proyectos extinguidos.

⁵ Este monto incluye las compensaciones realizadas para la extinción de tres contratos de concesión.

tal como se aprecia en la columna 7, a las obras concesionadas se les han agregado montos equivalentes al 33% de la inversión originalmente estimada por las ofertas técnicas.

No todas las concesiones se renegotian con igual intensidad. Por ejemplo, con la excepción de las cárceles, las carreteras tienen porcentajes mayores que otros tipos de obras: tal como se puede apreciar en la columna 8, algo más de un cuarto de lo invertido en carreteras (26%) fue agregado en renegotiaciones, mientras que el porcentaje para el resto de las concesiones es sólo 17%. Al interior del sector carreteras, las renegotiaciones de las autopistas urbanas promedian un 35%, proporción bastante mayor que el 23% de la Ruta 5 y el 17% de las carreteras interurbanas.

Se ha alegado que la mayor intensidad de las renegotiaciones de autopistas urbanas obedece a que construir en una ciudad es más azaroso que hacerlo en zonas rurales. Además se señala que una parte del monto renegotiado corresponde a mayores costos por obras tales como el metro o la construcción de colectores de lluvias, solicitados por el MOP, pero que no tienen relación con el proyecto original. Sin embargo, el punto relevante es otro, a saber, que el 35% de lo invertido para construir las autopistas urbanas y las obras anexas se decidió mediante negociaciones bilaterales sin la intervención de terceros independientes, ya que las disputas relacionadas con autopistas urbanas no han llegado a las comisiones, y sin que el monto renegotiado haya sido el resultado de una licitación competitiva. Este porcentaje sobrepasa largamente al de otros tipo de concesión, incluyendo las cárceles (26%).

¿Son excesivas las renegotiaciones? Una manera de contestar esta pregunta consiste en examinar si los límites a las inversiones adicionales impuestas en los contratos de concesión se han respetado o, en su defecto, en el artículo 19 de la Ley, que señala que las inversiones adicionales no pueden exceder el 15% de la oferta técnica⁶. En efecto, 39 de los 50 contratos de concesión impusieron límites al gasto adicional, los que se encuentran en el rango que va desde 5 a 15% sobre el presupuesto oficial estimado en las bases de licitación durante la etapa de construcción y en el rango de 10 a 30% durante la vida de la concesión.

⁶ Artículo 19º de la Ley General de Concesiones.

Los límites se han sobrepasado con holgura en 16 ocasiones durante la construcción y 11 veces durante el resto de la concesión. El límite en las 16 concesiones que lo sobrepasaron era de UF 9,1 millones, pero la inversión adicional sumó UF 39,3 millones —4,33 veces el límite—. Durante toda la vida de la concesión, la suma de límites impuestos fue igual a UF 12,1 millones, pero la mayor inversión sumó UF 39,52 millones —3,13 veces el límite impuesto—.

3.2 ¿Qué se ha renegociado?

El principal componente de los montos concedidos en renegociaciones son nuevas obras. Éstas suman UF 42,2 millones, el 72,6% de los UF 58,1 millones renegociados bilateralmente. Si además se le suman las obras adicionales debidas a cambios de servicios públicos (v.gr. tendidos eléctricos, cañerías de agua potable o líneas telefónicas), el total de las modificaciones y obras adicionales aumenta a UF 49 millones, equivalentes al 84,3% del total renegociado en forma bilateral.

3.3 ¿Cuándo se renegocia?

Buena parte de las renegociaciones ocurre antes de la puesta en servicio definitiva de la concesión. En el caso de carreteras, antes de la puesta en servicio definitiva de la concesión, se han realizado 45 de las 63 renegociaciones, por un monto que corresponde al 78,4% del monto total renegociado. De manera similar, 33 de las 60 renegociaciones y el 63,1% del monto total renegociado fueron acordados durante los primeros tres años que siguen a la adjudicación. Las renegociaciones bilaterales del resto de las concesiones están menos sesgadas hacia los tres primeros años, aunque sigue siendo cierto que más de la mitad de las renegociaciones y de los montos renegociados ocurren dentro de los primeros tres años del contrato.

Es interesante contrastar los resultados de renegociaciones bilaterales con los de aquellas resueltas por comisiones. Prácticamente todas las conciliaciones y arbitrajes, sean de carreteras o de otras concesiones, ocurren después de los primeros tres años de la concesión. Tal parece que los concesionarios acuden a las comisiones para resolver reclamos durante la operación de la conce-

sión. Por el contrario, las renegociaciones durante la construcción —antes de la puesta en servicio definitiva— son casi todas bilaterales.

Es igualmente interesante revisar la cronología de las renegociaciones en términos de los montos renegociados para cada año entre 1997 y 2006. Los montos renegociados bilateralmente varían según el año y se concentran en los cuatro años: 2001 (19%), 2003 (28%), 2005 (16%) y 2007 (12%). Existen diferencias notorias entre los tres gobiernos que cubren el periodo. Durante el gobierno de don Eduardo Frei se renegoció apenas el 5,6%; en el de doña Michelle Bachelet (hasta 2007) 15,8%. El gobierno de don Ricardo Lagos concentra el 78,5% de los montos renegociados bilateralmente, a pesar de que su gobierno cubre menos de la mitad del periodo. En parte, esto se explica porque fue el período de auge de las concesiones, pero incluso si consideramos este efecto, la intensidad de renegociaciones es mayor que en los otros períodos.

Este patrón de renegociaciones contrasta con el observado en conciliaciones y arbitrajes. Con la excepción de 2006, la actividad de las comisiones se reparte en forma relativamente uniforme en el tiempo.

4. Formas de compensación

4.1 ¿Cómo se pagan los montos renegociados?

La forma de compensación más frecuente es un pago del MOP, ya sea inmediato o diferido. Esta modalidad se ha utilizado en 47 de las 78 renegociaciones bilaterales y en 21 de las 30 conciliaciones o arbitrajes para los que se dispone de información. Los montos pagados por el gobierno corriente y los que comprometen gobiernos futuros son considerables. Sumando a estos pagos los subsidios directos y garantías de tráfico mínimo (no valorados en este trabajo), se puede concluir que una fracción elevada de las concesiones ha sido financiada con desembolsos directos del presupuesto fiscal.

4.2 Concesiones, renegociaciones y el presupuesto fiscal intertemporal

Una de las características más importantes de las renegociaciones bilaterales es que no son revisadas por terceros independientes del MOP o

el gobierno⁷. Peor aun, los montos que el Estado se compromete a pagar en el futuro no son autorizados por el Congreso cuando se discute la ley de presupuestos. La solicitud de fondos se hará en el futuro, cuando el Estado ya se ha comprometido contractualmente a pagarle al concesionario. Esto le permite a un gobierno imponer obligaciones que recaen sobre gobiernos futuros sin tener que emitir deuda y sin pasar por los controles presupuestarios que impone la discusión en el Congreso. Bajo estas condiciones, aumenta la tentación para usar las renegociaciones para agregar obras que se inaugurarán antes del término del gobierno, y así obtener beneficios electorales.

Cuando se trata de una renegociación bilateral, apenas el 35% del monto total comprometido tendrá que ser desembolsado por el gobierno durante el cual se renegoció el contrato. El resto será desembolsado por administraciones futuras o por los usuarios. El caso de las conciliaciones y arbitrajes es menos extremo: el gobierno queda comprometido a pagar el 61% de las compensaciones con recursos provenientes de presupuestos del gobierno.

5. ¿Por qué es necesaria una nueva ley?

Las renegociaciones de contratos no son intrínsecamente malas. Es imposible anticipar todas las contingencias que pueden acaecer durante la vida de un contrato de largo plazo como son los de concesión, por lo que es conveniente cierta flexibilidad. Sin embargo, la capacidad ilimitada para renegociar contratos elimina las ventajas del proceso competitivo mediante el cual se adjudican las concesiones. En efecto, el proceso competitivo ---sin la esperanza de renegociar el contrato--- asegura que la empresa que gana un contrato de concesión obtendrá una rentabilidad normal, dado el riesgo del proyecto. Si el proyecto se financia mediante peajes (o por algún otro mecanismo que dependa de la demanda de los usuarios), los proyectos adjudicados serán aquellos con rentabilidad privada positiva, lo que asegura que la rentabilidad social también lo es, y que no se trata de un elefante blanco. En aquellos proyectos de concesión que requieren un subsidio del Estado

es necesario que el proyecto sea evaluado socialmente antes de ser aprobado. En ambos casos, el proceso competitivo asegura que el resultado sea un proyecto tal que los costos totales (construcción, mantención y operación) sean los mínimos requeridos para ofrecer el servicio.

Las renegociaciones de los contratos de concesión alteran el proceso competitivo, y de ser anticipadas, distorsionan las posturas en la licitación, por lo que ya no es posible asegurar que se minimicen los costos. En el proceso actual, el concesionario negocia con el MOP la compensación que recibirá por inversiones no contempladas en la licitación sin que exista la posibilidad de que la oferta de la empresa sea superada por la de una empresa alternativa. En ese contexto, el resultado no tiene por qué ser uno que minimice los costos de realizar las obras extraordinarias, y es probable que genere rentas sobrenormales, lo que hace este mecanismo atractivo para las concesionarias.

¿Cómo discriminar entre aquellas renegociaciones justificadas (por ejemplo, un crecimiento de la demanda que requiere de obras adicionales, o nuevos estándares de seguridad en carreteras) de aquellas que se deben a imprevisión del MOP o a malas decisiones del concesionario? Hay varias medidas que deberían reducir este riesgo, devolviendo su eficacia al proceso competitivo de adjudicación de concesiones. Primero, en caso de modificaciones importantes al contrato original, debería ser posible llamar a una licitación por las obras adicionales, lo que reduciría o eliminaría los incentivos a estas renegociaciones, ya que su rentabilidad sería la del mercado. Si no es posible licitar, debería haber un panel o comisión independiente que certifique, mediante un proceso transparente al público, que la renegociación no da origen a rentas económicas, ni que constituye una expropiación del concesionario. Estas condiciones permitirían asegurar que la empresa no tiene incentivos a renegociar el proyecto. Debido a la mayor transparencia del proceso, el MOP tendría incentivos a ofrecer proyectos más acabados, que no requieran un cúmulo de adaptaciones a los contratos para obtener proyectos viables.

Si se aprobase el proyecto de Ley de Concesiones que está en el Congreso, los incentivos cambiarían y habría menos renegociaciones. Primero, porque se limita el ámbito de las renegociaciones. Las bases de licitación y el contrato de concesión

⁷ No incluimos a la Contraloría, porque no es parte de su especialidad la capacidad para evaluar si los términos acordados en una renegociación son económicamente razonables.

deberán especificar los niveles de servicio garantizados por el concesionario a cambio de su oferta económica. Una vez aceptado el contrato, las inversiones adicionales que el concesionario requiera para poder alcanzar los niveles de servicio a los que se comprometió no le permiten solicitar compensación. El proyecto establece que el MOP puede modificar el contrato para elevar los niveles de servicio, pero, en tal caso, las inversiones adicionales que superen el 5% del presupuesto original deben licitarse y las compensaciones que se establezcan no pueden hacer variar la rentabilidad económica del proyecto.

El proyecto también modifica el procedimiento de resolución de conflictos. En las concesiones actuales las discrepancias se resuelven mediante un arbitraje en equidad, que le permite a los árbitros decidir en forma independiente del contrato de concesión. Aunque, como vimos, no existe evidencia de que los árbitros elijan el promedio entre las posiciones de las partes, no es conveniente que puedan fallar sin considerar el contrato original. Primero, porque las partes en el contrato tienen distinto carácter (órgano público, empresa privada), y también porque al obviar la santidad del contrato se alteran los incentivos en la competencia por la concesión. El proyecto exige arbitrajes en derecho, lo que obliga a los árbitros a enmarcar su fallo dentro del contrato de concesión. Además, agrega un Panel Técnico independiente nombrado por el Consejo de Alta Dirección Pública mediante concurso público de antecedentes que, a petición de una de las partes, revisará las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan durante concesión. El dictamen del panel no es vinculante, pero debe ser considerado por la Comisión.

Con todo, las cifras indican que los arbitrajes, aunque perfectibles, no representan el principal problema. La mayoría de las renegociaciones, representado el 83% de los montos concedidos, no fueron vistas por las Comisiones, ya que el MOP y el concesionario llegaron a un acuerdo previo. Por eso, es indispensable que un tercero revise las renegociaciones. Por otra parte, si el MOP eleva los estándares de servicio, obligando al concesionario a realizar nuevas obras, terceros debieran verificar que el valor presente de las utilidades económicas del concesionario no haya variado.

El proyecto de ley avanza en la revisión por terceros independientes de las renegociaciones

bilaterales. De un lado, se crea un Consejo de Concesiones, presidido por el Ministro de Obras Públicas, pero integrado también por dos consejeros designados por el Presidente de la República, dos expertos en evaluación social e ingeniería de proyectos designados por el Consejo de Alta Dirección Pública, y dos miembros designados por las facultades de Ingeniería Civil —académicos de reconocido prestigio por su experiencia y conocimiento en las materias relativas al desarrollo de infraestructura y su provisión mediante mecanismos de asociación público-privada—. Si bien este Consejo es consultivo, dicta las bases de licitación y el decreto de adjudicación autoriza la modificación de las características de las obras para incrementar los niveles de servicio y dicta los decretos sobre modificaciones de obras y contratos.

Del otro lado, el Panel Técnico revisará la evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, su estado de avance, sus costos y plazos, y si se está cumpliendo con los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión. También investigará sobre las causas de los costos adicionales que surjan durante la construcción y estimará el valor de las inversiones que hayan sobrepasado alguno de los límites que impone la nueva ley. Y cuando se renegocie para aumentar los estándares de servicio, estimará los efectos económicos de las obras adicionales y determinará la tasa de descuento para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario. Si bien, como ya se dijo, los dictámenes del Panel no son vinculantes, al mismo tiempo podrá observar, de oficio, el adecuado cumplimiento de los aspectos técnicos y económicos del contrato de concesión durante la etapa de construcción. Así, es perentorio que el proyecto de ley que está en el Congreso y que ya pasó por la Comisión de OO.PP. una vez (para, inexplicablemente, volver a ella sin haberse votado en la Cámara), se vote y apruebe.