

REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO

**CONTROVERSIAS POR
REDUCCIONES
EN LA DEMANDA EN LAS
CONCESIONES DE
CARRETERAS EN CHILE**

ALDO GONZÁLEZ TISSINETTI



CONTROVERSIAS POR REDUCCIONES EN LA DEMANDA EN LAS CONCESIONES DE CARRETERAS EN CHILE

ALDO GONZÁLEZ TISSINETTI*

RESUMEN

Este artículo analiza los argumentos económicos acerca de la pertinencia de compensar a concesionarios de obras públicas por la construcción de nuevos caminos o concesiones que resten tráfico a sus proyectos. A parte de razones legales, se argumenta que no existe asidero económico para considerar a las concesiones de obras públicas como monopolios. La asignación de concesiones mediante licitación competitiva es completamente consistente con la existencia de competencia *ex post* entre distintas autopistas. El ingreso de nuevas concesiones no es un acto arbitrario ni oportunista de parte del Estado, sino que sigue criterios de racionalidad económica. En Chile, las concesiones de obras públicas son evaluadas socialmente por el Estado y privadamente por inversionistas antes de ejecutarse. Bajo la óptica de libre competencia, tampoco existe justificación para otorgar derechos exclusivos a los concesionarios sobre los potenciales usuarios de su infraestructura. Si bien las Comisiones Arbitrales han aceptado las reclamaciones impuestas por las concesionarias, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema han rechazado el otorgamiento de compensaciones, cuando el fisco ha apelado el fallo arbitral.

Palabras clave: Concesiones, licitaciones, competencia, exclusividad.

I. INTRODUCCIÓN

La implementación del sistema de concesiones de obras públicas en Chile no ha estado exenta de inconvenientes. La natural incompletitud del contrato regulatorio entre el Estado y los concesionarios, junto con la incertidumbre respecto al entorno comercial en que se desenvuelven las concesiones, genera disputas entre las partes respecto a la aplicación del

* Profesor del Departamento de Economía de la Universidad de Chile.
Email: agonzalez@econ.uchile.cl. El autor agradece la asistencia de Cristóbal Larraín. Se agradecen especialmente los comentarios de Andrés Gómez-Lobo, Santiago Montt, José Tomás Morel y Javier Núñez.
Diciembre de 2013.

contrato mismo. Un tipo de controversia de reciente ocurrencia en Chile son las reclamaciones de compensaciones de parte de las concesionarias de autopistas por menores ingresos derivados del mejoramiento o construcción de caminos sustitutos a una concesión. También se han presentado demandas por supuestos atrasos en la puesta en marcha de carreteras complementarias a las concesiones. Entre los años 2005 y 2009 se han iniciado un total de seis demandas de este tipo. Es probable que más controversias se originen debido a la materialización de nuevas obras públicas, concesionadas o no, competitivas a las concesiones actuales.

Este artículo trata sobre la validez de los argumentos económicos que justificarían el pago de compensaciones a las concesionarias por reclamaciones de pérdidas de ingresos. En primer lugar se establece que no hay razones económicas, ni legales por cierto, para considerar a las concesiones de obras públicas como monopolios. Si bien muchas concesiones de autopistas son monopolio natural debido a sus bajos niveles de tráfico, ello no significa que a futuro no se deban construir nuevas vías, que resten tráfico a las actuales, a medida que las necesidades de movilidad así lo indiquen. El asignar una concesión mediante licitación competitiva —ya sea por menor peaje o mayor pago al Estado— tampoco implica que se esté otorgando un monopolio. Este mecanismo de asignación de una concesión es completamente consistente con la existencia de competencia actual o futura con otros operadores por los usuarios, tal como sucede en diversos sectores de infraestructura como puertos y telecomunicaciones.

A juicio del autor, el ingreso de vías complementarias o sustitutas a una determinada concesión es esencialmente parte del riesgo comercial del negocio y su ocurrencia no debe dar lugar a compensaciones por parte del Estado para el caso general. Tal como sucede en los mercados no regulados, la entrada de nuevos competidores en el futuro es una contingencia a ser considerada y evaluada por quien invierte en una concesión.

La ampliación de la oferta vial, que se materializa mediante la construcción de nuevos caminos o mejoramiento de los actuales, no es una acción oportunista del Estado, sino que persigue objetivos de bienestar económico. Los nuevos proyectos deben cumplir con los criterios de rentabilidad social propios de las inversiones públicas y además deben ser rentables privadamente en caso de ejecutarse bajo el sistema de

concesiones. La exigencia de rentabilidad social y privada para el caso de nuevas obras concesionadas es un resguardo de los concesionarios actuales ante un posible comportamiento oportunista del Ministerio. Adicionalmente las concesiones viales, a diferencia de otros sectores de infraestructura, cuentan con garantías de ingresos mínimos que cubren hasta 75% de la inversión del concesionario.

Otra dimensión económica a considerar es el *trade-off* entre competencia *ex ante* versus competencia *ex post* en las concesiones. El otorgar derechos exclusivos incrementa la competencia por adjudicarse la concesión, pues la renta por obtener el negocio es más alta. La mayor competencia *ex ante* se traducirá en un menor peaje a usuarios o en menor subsidio requerido para construir la infraestructura. La doctrina de libre competencia no considera como equivalentes ambos tipos de competencia, existiendo una preferencia por defecto por la competencia *ex post*. Solamente se favorece la competencia *ex ante* cuando se presentan imperfecciones de mercado del tipo bienes públicos. En casos de patentes o contratos de exclusividad, los derechos exclusivos se otorgan sobre activos físicos o propiedad intelectual y no sobre potenciales usuarios de los bienes producidos. Se debe tener presente también que el administrar un sistema de transferencias por los efectos en los ingresos de un concesionario derivados de decisiones de la autoridad tiene altos costos de transacción, aparte de generar un alto potencial de abusos por parte de las concesionarias.

Las reclamaciones de concesionarios por la construcción de nueva infraestructura competitiva datan de hace siglos. En 1837, la compañía Charles River Bridge demandó al estado de Massachusetts por otorgar una segunda concesión de un puente sobre el río Charles, que atraviesa la ciudad de Boston. La demandante contaba desde 1785 con una concesión para construir y operar un puente que conectaba el centro de Boston con la localidad de Charleston. La concesión duraba 40 años, período luego del cual devolvía el puente al estado y tenía derecho durante ese período a cobrar un peaje a quienes usaban el puente.

Debido al gran éxito del puente, producto de la gran cantidad de gente que lo utilizaba, el Estado decidió otorgar nuevas concesiones. Una de ellas fue el puente Warren (1828), muy cercano al primero. La compañía concesionaria podría cobrar un peaje por un máximo de seis años,

luego de lo cual la obra volvía al Estado, quien no cobraría por el uso del puente. La compañía Charles River Bridge presentó una demanda señalando que la nueva concesión le restaría tráfico a su obra. Si bien ella reconoció que el contrato original no mencionaba explícitamente la prohibición de construir un nuevo puente, entendía que la exclusividad sobre el tráfico entre ambas localidades era un componente implícito del contrato. La parte demandante también hizo mención al derecho de propiedad que se veía afectado —en términos de menores ingresos por peaje— producto de la nueva concesión.

En un fallo dividido —cinco contra dos— la Corte Suprema rechazó la demanda. La posición de mayoría, representada por el juez Taney, rechazó la interpretación de que el primer concesionario tuviera derechos exclusivos sobre el tráfico del río Charles. Se reconocía en el voto de mayoría que los propietarios del puente Charles River verían afectados sus derechos con la nueva concesión. Pero ante la ausencia de una cláusula explícita, el derecho de los ciudadanos a gozar del progreso económico tomaba más peso en el balance. Al evaluar cuál sería la consecuencia de fallar a favor de la exclusividad reclamada por la demandante, el juez Taney hace la siguiente afirmación: “Si con el auge de la tecnología, los canales y los ferrocarriles comienzan a quitar tráfico a las carreteras, y si se conceden monopolios a los concesionarios, entonces este tipo de mejoras en el transporte no podría prosperar. Si este fuera el caso, el país estaría obligado a mantenerse estático en el nivel tecnológico del siglo pasado”.

El caso del puente Charles River, ocurrido hace más de 150 años, ilustra claramente los elementos en disputa subyacentes en las demandas por pérdidas de ingresos presentadas por las concesionarias. A pesar de que a esa fecha no existían leyes antimonopolios en los Estados Unidos, la Corte Suprema tomó debidamente en cuenta el daño producido al interés general si se reconocía el derecho exclusivo de los concesionarios sobre los potenciales usuarios de sus obras.

Luego de esta introducción viene la sección dos, la que presenta en forma resumida los seis casos de reclamaciones por pérdidas de ingreso realizadas por las concesionarias. Se describen los casos y se exponen los argumentos de las partes así como lo resuelto tanto por las comisiones

arbitrales como por los tribunales de justicia. En la sección tres se exponen las razones por las cuales las concesiones de obras públicas, independientemente de su mecanismo de asignación, no son equivalentes a un monopolio. La sección cuatro argumenta que el ingreso de nuevos caminos que compitan con una concesión no es un acto oportunista por parte del Estado, sino que es parte del riesgo comercial de las concesiones. La sección cinco analiza el *trade-off* entre eficiencia *ex ante* vs. *ex post* de otorgar exclusividad y se justifica la preferencia por la eficiencia *ex post*. En la sección seis se concluye. Parte de los argumentos empleados en este trabajo han sido expuestos por el autor en informes previos sobre disputas de pérdidas de ingresos presentadas por empresas concesionarias ante el Ministerio de Obras Públicas¹.

II. RECLAMACIONES POR PÉRDIDAS DE INGRESOS

Desde que fueron iniciadas las concesiones de Obras Públicas en Chile, seis reclamaciones por pérdidas de ingresos han sido presentadas por empresas concesionarias de autopistas ante sus respectivas comisiones arbitrales. Por medio de las reclamaciones, las empresas buscan que el Estado las retribuya por los menores ingresos que ellas percibirían producto de acciones realizadas por el Ministerio, las que según ellas no estaban dentro de las contingencias normalmente previstas dentro del contrato. Adicionalmente, una reclamación de carácter similar fue presentada por la concesionaria del aeropuerto La Florida, de la ciudad de La Serena.

Los tipos de reclamaciones por menores ingresos se dividen en: (i) Construcción o mejoramiento de vías alternativas a la concesión. Esto incluye la construcción de nuevas autopistas, concesionadas o no, que restan parcialmente tráfico, la extensión de concesiones existentes, la construcción de caminos públicos o el mejoramiento en el estándar de caminos, y (ii) El atraso en la construcción de infraestructura complementaria a la concesión, lo que incluye el acceso a otras vías y el mejoramiento o puesta en marcha de vías complementarias.

¹ Demanda de Concesionaria Ruta 5, tramo Temuco-Río Bueno y Demanda de Concesionaria Vespucio Norte Express.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su artículo 19, contempla que las concesionarias pueden solicitar la revisión del mecanismo de remuneración al que están afectas, ya sea por cambios contractuales realizados por el Ministerio, o bien por hechos considerados sobrevinientes al contrato. La concesionaria afectada puede ser compensada mediante una transferencia directa del Estado, un aumento en el nivel de tarifas o un mayor plazo en el período de la concesión. Las disputas entre el Ministerio y las concesionarias, que por la interpretación de este artículo se originen, serán resueltas por una comisión arbitral. Dicha comisión, según contempla la misma ley, está compuesta por tres miembros, uno nombrado por el Ministerio de Obras Públicas, otro por la concesionaria y el tercero por mutuo acuerdo entre las partes. A continuación se describen brevemente las reclamaciones presentadas.

En la concesión Túnel El Melón, la primera concesión vial en Chile, el motivo de la reclamación es el mejoramiento de estándar de dos vías alternativas al túnel —la cuesta El Melón y el camino Puchuncaví-Los Nogales— hechos que le habrían causado una reducción en sus ingresos, debido al mayor tráfico que se desvió hacia las rutas mejoradas.

Respecto de la cuesta, la concesionaria alega que la licitación del túnel se hizo con la intención de que este fuera la ruta lógica de todos los usuarios de la carretera, quedando la cuesta como una alternativa accesoria de bajo estándar. Sin embargo, el Ministerio habría efectuado mejoras sustanciales al estándar de la vía. En cuanto al mejoramiento del camino Los Puchuncaví-Los Nogales la empresa señala que antes de la construcción del túnel dicho camino era muy precario, por lo que no era empleado por quienes se dirigían desde el sur hacia la costa. Luego de la construcción del túnel, el Ministerio adjudicó la pavimentación, el mejoramiento y ampliación del camino, produciendo un cambio de escenario respecto a lo existente al momento de concursar en la licitación.

En la ruta longitudinal 5 sur se han presentado dos demandas. Una por la concesionaria del tramo Río Bueno-Puerto Montt y otra por la empresa a cargo del tramo Temuco-Río Bueno. La causa del reclamo en ambos casos es el mismo: el mejoramiento de caminos públicos secundarios que compiten con ciertos sectores de las vías concesionadas. En el caso Río Bueno-Puerto Montt, la concesionaria, reclama que el Ministerio habría ejecutado mejoras al camino El Alerce, paralelo a su concesión, muy

- superiores a las indicadas en un estudio entregado como antecedente a los participantes en la licitación. La vía mejorada tendría un estándar de camino "Bidireccional con Características Suburbanas" y no de camino "Bidireccional tipo Económico". Las diferencias entre ambas clasificaciones se manifiestan en tipos de calzada, ancho de las vías, trazado geométrico, nivel de visibilidad y velocidad de diseño.

La empresa a cargo de la concesión Ruta 5 Temuco-Río Bueno reclama por el mejoramiento en la carpeta de rodado del camino secundario T-87, que desvía tráfico de un cierto tramo sujeto a peaje lateral en su concesión. Según la empresa, el mejoramiento del camino genera un bien competitivo y sustituto de la concesión que ha disminuido y disminuirá los ingresos de la concesionaria. Además, el mejoramiento genera un cambio en las condiciones iniciales contenidas en las Bases de Licitación bajo las cuales se estudió y se presentó la oferta por parte de la concesionaria.

A nivel de autopistas urbanas se han presentado reclamaciones por parte de dos empresas concesionarias: Américo Vespucio Norte y Américo Vespucio Sur. La concesionaria de Américo Vespucio Norte solicita compensaciones por dos hechos. Uno es el atraso de la construcción de los túneles bajo el cerro San Cristóbal y el otro es la ampliación del eje Costanera Norte hacia el poniente, hasta empalmar con la Ruta 68. La empresa señala que el Ministerio había anunciado que la licitación para concesionar los túneles sería hecha el año 2002, fecha que la empresa tuvo por válida al momento de hacer su oferta por la concesión Américo Vespucio Norte. Los túneles fueron licitados finalmente el año 2004. El supuesto atraso en la construcción de los túneles afecta el tráfico y por ende los ingresos de la concesión Vespucio Norte, dada la complementariedad entre ambas vías.

Respecto al segundo reclamo, la concesionaria señala que la extensión del eje Costanera Norte le produce pérdidas de ingresos por dos razones. En su trazado original, Costanera Norte terminaba por el poniente en Vespucio Norte, por lo tanto, todos los vehículos que se dirigían por la primera vía hacia la ruta 68 desembocarían en Vespucio Norte y de allí conectarían con la ruta 68. Al ejecutarse la ampliación, dicho tráfico dejaría de emplear su concesión en un tramo, siguiendo por Costanera Norte directamente hasta empalmar con la carretera hacia Valparaíso. La extensión de Costanera Norte por otro lado hace más competitiva esta

vía en relación a Américo Vespucio Norte, por lo que muchos viajes originados en el Oriente de la ciudad y que se dirigen hacia la costa preferirán utilizar como alternativa de viaje el eje Costanera Norte.

La concesionaria Vespucio Norte reclama que al momento de presentar su oferta en la licitación del proyecto tenía como antecedente que la concesionaria de Costanera Norte no ampliaría su autopista hasta empalmarla con la ruta 68. Sin embargo, luego de que se le adjudicara la concesión, el Ministerio acordó la ampliación de Costanera Norte hacia el poniente. A pesar de que el contrato de esta última concesión contemplaba la posibilidad de una ampliación posterior por decisión del Ministerio, la concesionaria de Vespucio Norte consideró que tal hecho era un cambio en las condiciones en base a las cuales ella presentó su oferta.

La concesionaria de la autopista Américo Vespucio Sur presentó dos tipos de reclamaciones, una por el atraso en la autorización para comenzar los cobros y otra por la falta de accesos y conectividad de la concesión. Sobre este último reclamo la empresa señala que fue perjudicada en sus ingresos por retrasos en la construcción de obras de conexión a desnivel con autopistas adyacentes, como el sistema General Velásquez-Ruta 5 Sur y el denominado Acceso Sur a Santiago. Además, la no construcción del tramo oriente del anillo de circunvalación Américo Vespucio estaría perjudicando la calidad de su autopista y por ende restando tráfico a su concesión. La futura concesión Américo Vespucio Oriente es la continuación de Américo Vespucio Sur dentro del anillo. El que no exista continuidad con estándar de autopista sería para la demandante un desincentivo para el uso de su concesión.

Finalmente, la concesionaria de la autopista Santiago-Colina-Los Andes también presentó una demanda por el atraso en la construcción del "Nudo Independencia", obra que conecta a la concesión por su extremo sur con el resto de la vialidad cercana.

En el caso del aeropuerto La Florida, la concesionaria reclama por los menores ingresos percibidos en la explotación de la obra respecto a los inferidos de las proyecciones de tráfico aéreo entregadas por el Ministerio al momento de la licitación. La concesionaria indica además que hechos no previstos como la monopolización de la oferta aérea que utiliza el aeropuerto y la consecuente disminución de vuelos, así como el

mejoramiento a doble calzada de la autopista Santiago La Serena, explicarían en parte la caída en la demanda por tráfico aéreo. Esta reclamación, a diferencia de las anteriores, apunta al hecho mismo que las previsiones de tráfico no se cumplen, más que a sus causas.

De los siete casos presentados, cinco han sido fallados en primera instancia por las comisiones arbitrales. Tanto en el Túnel el Melón como en las concesiones Temuco-Río Bueno y Río Bueno-Puerto Montt y Aeropuerto La Florida, las comisiones han acogido, en fallo dividido, las demandas presentadas por las empresas. En los cuatro casos señalados tanto los árbitros designados por las concesionarias como los de común acuerdo han conformado el voto de mayoría, mientras que los votos de minoría han correspondido al miembro designado por el Ministerio. Si bien se han aceptado como válidas las causas de las reclamaciones presentadas, los montos de las compensaciones resueltas han sido significativamente inferiores a las demandadas por las empresas.

El Ministerio apeló las decisiones ante la Corte de Apelaciones en los casos Río Bueno-Puerto Montt y Temuco-Río Bueno. En el primero la Corte revocó el fallo, anulando el pago de compensaciones determinado por la comisión arbitral, decisión que fue luego confirmada por la Corte Suprema. En el caso Temuco-Río Bueno la Corte de Apelaciones también falló a favor del Ministerio².

La defensa presentada por el Ministerio en los casos en que están envueltos caminos sustitutos se ha basado en los siguientes argumentos (i) El Ministerio tiene una función institucional que cumplir, dentro de la cual está la provisión de infraestructura vial al país. Tal función no puede dejar de ser cumplida por la existencia de contratos de concesión con particulares. (ii) Las bases administrativas, que son parte de los contratos de concesión, señalan que las condiciones de explotación de la obra serán hechas en condiciones competitivas, es decir, con la coexistencia de vías paralelas a la concesión misma. (iii) Relacionado con el punto anterior,

2 En la controversia de la concesión Ruta 5 Río Bueno-Puerto Montt, el fallo lo pronunció la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (05/2009) y lo ratificó la Tercera Sala de la Corte Suprema (11/2009). En el caso de Temuco-Río Bueno, el fallo fue dictado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (12/2009) y luego conformado por la Corte Suprema (5/2010).

no existen compromisos contractuales que explícitamente señalen que las vías adyacentes no serán modificadas de la situación que presentan al momento de la licitación.

Tabla 1: Resumen reclamaciones por pérdidas de ingresos en autopistas.

Concesión	Reclamación	Monto Solicitado	Monto Otorgado	Apelación
		[U.F]	Com.Arbitral	
Túnel El Melón	Mejoramiento caminos alternativos	4.271.711	630.012	¿No?
Ruta 5 Río Bueno-Puerto Montt	Mejoramiento camino alternativo	894.092	194.680	Revoca
Ruta 5 Temuco-Río Bueno	Mejoramiento camino alternativo	57.342	22.000	Revoca
Santiago-Colina-Los Andes	Atraso interconexión	215.089	¿ ?	¿ ?
Américo Vespucio Norte	Atraso concesión complementaria	2.402.424	¿ ?	¿ ?
	Mejoramiento concesión alternativa	1.778.660	¿ ?	¿ ?
Américo Vespucio Sur	Atraso interconexión Atraso concesión complementaria ⁽¹⁾	130.654	Rechazo	¿ ?

(1) Nota: En el caso de Américo Vespucio Sur, el concesionario dejó a criterio de la comisión el monto de la indemnización por el atraso de la puesta en marcha de la concesión faltante en el anillo Américo Vespucio.

Las comisiones arbitrales han aceptado el primer punto, reconociendo que el Ministerio actúa de buena fe al mejorar los caminos públicos. En las otras materias, sin embargo, se ha pronunciado por reconocer a los concesionarios un derecho por la información referencial entregada por el Ministerio en el proceso de licitación, a pesar de que no exista en el contrato mismo una mención explícita sobre el asunto.

En el caso Túnel el Melón, el dictamen de la Comisión señala que el mejoramiento del camino alternativo Nogales-Puchuncaví, habría excedido lo que se informó en su momento a las empresas postulantes a la licitación,

y por lo tanto correspondía indemnizar al concesionario por la merma sufrida en el tráfico. Ello independiente de la buena fe de la actuación del Ministerio.

En la controversia de Río Bueno-Puerto Montt, la Comisión reconoce que el estudio no formó parte del contrato de concesión. Sin embargo, ella señala que el estudio realizado por encargo del Ministerio fue un antecedente relevante que tuvieron en consideración los licitantes respecto al estándar que tendría el camino alternativo. De este modo, surgiría una obligación para el Ministerio con el concesionario de hacer efectivos los antecedentes que este último tuvo en cuenta al momento de presentar su oferta. En caso de no ocurrir, el Estado debe indemnizar al demandante por los perjuicios ocasionados al concesionario.

En el caso Temuco-Río Bueno, la comisión señala que el camino lateral mejorado no fue enumerado en la lista de vías competitivas dentro del contrato de concesión. La comisión entiende que dicha omisión habría dado base al concesionario para legítimamente suponer que el camino se mantendría en el estándar existente al momento de la licitación.

En la controversia del Aeropuerto La Florida, la Comisión concede también valor a las estimaciones de tráfico futuro entregadas por el Ministerio en el llamado a concurso. No obstante la misma Comisión señala que es responsabilidad de las empresas realizar sus propias proyecciones de demanda al momento de presentar su oferta y asumir los riesgos que esta presente³. Por otro lado, se desechó cualquier responsabilidad del Ministerio en relación a la ampliación de la ruta Santiago-La Serena. El fallo incrementó la recaudación por pasajero percibida por la concesionaria en 143% y amplió en 5 años el plazo de la concesión.

En la reclamación de Vespucio Sur, la Comisión Arbitral tomó una actitud diversa. No le otorgó validez contractual a la información de carácter referencial que entregó el Ministerio a las empresas postulantes a la licitación, ni a los flujos esperados, ni las fechas indicadas como probables para la puesta en marcha de las obras y concesiones complementarias a la obra a licitar fueron consideradas como parte del contrato entre las

3 El fallo de la Comisión Arbitral señala "...resulta prudente y equitativo hacerse cargo de la brusca y persistente caída que ha habido en el tráfico de pasajeros del aeropuerto de La Serena".

partes. En el caso del supuesto atraso en Vespucio-Oriente, el fallo señala que debió existir una garantía explícita en el contrato sobre un mínimo flujo vehicular, cosa que no existió. También se rechaza que el no cumplimiento de expectativas de la concesionaria respecto al flujo y los ingresos deba conducir a una reparación económica por parte del Estado.

El fallo de la Corte de Apelaciones, dictado ante el recurso de queja presentado por el Ministerio en la disputa Río Bueno-Puerto Montt cambia completamente el criterio de decisión respecto a la forma que han resuelto las Comisiones Arbitrales. Formalmente, para la Corte no es aceptable del todo que por un lado se reconozca que el estudio referencial no forma parte del contrato de concesión y por otro se le considere válido para resolver si hubo o no infracción contractual por parte del Ministerio. Esta definición de la Corte es relevante, pues la mayoría de las reclamaciones sobre supuestos cambios contractuales se sustentan en información referencial emitida por el Ministerio. Esta información referencial corresponde a proyecciones de demanda, en el caso del Aeropuerto de La Serena y al estándar de las vías sustitutas en las reclamaciones de Túnel el Melón y concesiones de la ruta 5 sur. En la reclamación de Américo Vespucio Norte se trataría de un anuncio del Ministerio respecto a la apertura de los túneles El Salto-Kennedy y en la demanda de Vespucio Sur la información referencial sería un estudio que indicó una fecha probable de puesta en marcha del tramo Vespucio Oriente.

La Corte de Apelaciones también desecha el argumento de la alteración del equilibrio económico del contrato como motivo para indemnizar al concesionario. Se menciona que el Ministerio no puede limitar su misión institucional con el objeto de mantener un determinado nivel de lucro o ganancia en una concesión en perjuicio directo de los usuarios del resto de las vías susceptibles de ser mejoradas. Para la Corte, ello constituiría un privilegio inaceptable del que no goza ninguna otra empresa ni particular.

Un tercer elemento a destacar del fallo es la opción por la competencia entre vías hecha por la Corte, señalando que "...cualquier actor económico que se ve enfrentado a situaciones de competencia, debe, en lugar de pretender que el Estado le indemnice presuntos perjuicios, competir, es

decir, mejorar los propios estándares de calidad de la ruta". Los argumentos del fallo fueron confirmados por la Corte Suprema posteriormente.

Según hemos expuesto, las reclamaciones por pérdidas de ingresos se explican en parte por lo incompleto del contrato regulatorio que rige las concesiones respecto a variaciones de la demanda originadas por cambios en la vialidad adyacente a una concesión de carreteras. La Ley de Concesiones deja amplios grados de libertad a las comisiones arbitrales para definir qué acción del Estado o contingencia constituye un cambio contractual o hecho sobreviniente que amerite otorgar compensaciones a un concesionario.

Salvo en el caso de Américo Vespucio Sur, las Comisiones Arbitrales han interpretado que la información referencial entregada a las concesionarias respecto al probable estado futuro de la vialidad adyacente forma parte del contrato incompleto entre las partes y por lo tanto su alteración sería motivo de indemnización. Los tribunales de justicia toman una posición distinta, rechazando la validez contractual de la información referencial entregada por el Ministerio. También objetan que las empresas concesionarias tengan una garantía de ingresos o protección especial al riesgo comercial distinto al que posee una empresa en una industria cualquiera.

III. ¿SON MONOPOLIOS LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS?

Las reclamaciones por pérdidas de ingresos de las concesionarias, originadas por construcción o mejoramiento de vías alternativas, llevan implícita una interpretación de que las concesiones de Obras Públicas otorgarían derechos monopólicos a quienes las explotan. Al exigir compensaciones al Estado por generar obras competitivas o sustitutas a una concesión se está asumiendo por la parte demandante la existencia de derechos de exclusividad sobre los potenciales usuarios de una vía concesionada⁴.

Dicha interpretación no es correcta. La legislación chilena sobre competencia⁵ señala en su artículo 4° expresamente que "No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios

4 Ver reclamación de Concesionaria de la ruta 5 Tramo Temuco-Río Bueno.

5 Decreto Ley 211 del Ministerio de Economía de 1973.

para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice". Además, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que es el marco legal que directamente regula este tipo de contratos entre las empresas y el Estado, no hace mención alguna a que el otorgamiento de una concesión implique derechos monopólicos y ausencia de competencia para quien las aproveche comercialmente. Por otra parte, los contratos de concesiones explícitamente señalan que las concesiones se otorgan en un escenario de competencia con vías aledañas.

Es cierto que en un mercado definido como monopólico se pueden extraer las rentas a quien tenga el derecho a explotarlo y traspasarlas a los usuarios mediante una licitación competitiva por menor peaje. Esta es la solución conocida como competencia por la cancha, en contraposición a la competencia en la cancha, que es aquella que se produce cuando más de un oferente compite por los usuarios de un servicio⁶. Otra alternativa de control de poder de mercado consiste en que el regulador fije la tarifa considerada eficiente y se licite la concesión en base a mayor pago al Estado. Ambas modalidades de licitación se han empleado en Chile.

Sin embargo, la implicancia inversa no es válida. Es decir, el adjudicar el derecho a proveer un servicio usando como variable de adjudicación la tarifa al usuario o el pago al fisco, no implica necesariamente que se estén otorgando derechos exclusivos o monopólicos por todo el período de duración de la concesión.

¿Por qué el Estado entonces utiliza un mecanismo de licitación para asignar el derecho de explotación, si no hay garantía de exclusividad? En primer lugar, la licitación cumple una función de discriminación al seleccionar el operador más eficiente para construir y operar la concesión. A otras cosas iguales, quien pueda explotar el negocio a menor costo, ofrecerá un menor peaje o demandará un menor subsidio, según sea la modalidad de la licitación. En segundo lugar, a pesar de que una autopista tenga competencia de otra vía, existirán rentas posibles de ser disipadas, debido a la escasez natural de competidores y a la diferenciación que estos presentan para los usuarios.

6 Este término fue acuñado por Edwin Chadwick en 1859. La formalización de este concepto corresponde a Demsetz (1968).

La competencia entre las autopistas no responde al modelo de competencia perfecta, en donde las empresas ofrecen productos homogéneos, el costo de producción entre proveedores es el mismo y existe libre entrada. Las autopistas se consideran oferentes diferenciados debido a su disímil emplazamiento geográfico, longitud, trazado, nivel de congestión, velocidades máximas permitidas, etc. Debido a la diferencia de atributos, el peaje que cobran no es la única variable que tienen en cuenta los usuarios al momento de escoger su ruta de desplazamiento. Por otro lado, la entrada o construcción de nuevas rutas es un proceso que demanda tiempo. Aparte del período de construcción mismo, existe una etapa de planificación previa que incluye estudios de ingeniería y evaluación que en total puede tomar más de cuatro años.

El concesionar una autopista empleando el mecanismo de la licitación debe entenderse entonces como una combinación de competencia *ex ante* –por entrar al mercado– y *ex post* –por ganar los clientes–. Esta modalidad de competencia dual –*ex ante* y *ex post*– la observamos también en otros sectores de infraestructura como puertos y telecomunicaciones.

La ley que regula el sector portuario estatal estableció las normas bajo las cuales se realizarían las concesiones para la construcción y explotación de terminales marítimos en los puertos de propiedad pública en Chile⁷. Las primeras concesiones portuarias otorgadas bajo esta ley fueron asignadas mediante licitación en base a mínima tarifa máxima a los usuarios, en un ambiente además de competencia *ex post* entre terminales. Así fue el caso de la V Región, que desde el punto de vista portuario se considera un mismo mercado, donde se realizó una licitación simultánea en los puertos de San Antonio y Valparaíso para la construcción de nuevos terminales. Las reglas establecidas en la licitación no permitían que una misma empresa se adjudicara los nuevos terminales de ambos puertos⁸. En consecuencia, las empresas participantes en la licitación competían *ex ante*, ofreciendo menores tarifas, para luego competir *ex post* por captar empresas navieras. Además cada puerto contaba con frentes de

7 Ley 19.542 sobre Modernización del Sector Portuario Estatal de 1997.

8 Esta restricción a la integración horizontal fue establecida por el dictamen 1045 de 1998 de la entonces Comisión Preventiva Central.

ataque públicos, los cuales competirían indirectamente también con los terminales concesionados⁹. Hoy en día, más de una década después de las primeras licitaciones de la V Región, se está en proceso de concesionar nuevos terminales portuarios en San Antonio y Valparaíso. Los nuevos frentes de atraque que se construyan competirán con los actuales, lo cual era un escenario claramente anticipable por los concesionarios de los puertos, dado el natural crecimiento que presenta el transporte de carga por vía marítima¹⁰.

Combinación entre competencia *ex ante* y *ex post* también ocurre en los servicios de telecomunicaciones que emplean espectro radioeléctrico como insumo. Las porciones de espectro radioeléctrico o bandas de frecuencias son asignadas por el regulador mediante el mecanismo de concurso, en donde las empresas que presentan el mejor proyecto técnico se adjudican las licencias de espectro. La calidad del proyecto técnico se mide por compromisos de cobertura geográfica y plazos de puesta en marcha del servicio a los usuarios¹¹. Dichos compromisos de servicio involucran significativas inversiones en infraestructura de telecomunicaciones. Las empresas que se adjudican las licencias en el concurso luego compiten aguas abajo entre ellas ofreciendo los servicios definidos por el regulador¹².

No obstante la existencia de competencia *ex post* entre operadores de servicios móviles, existen rentas en estos mercados originadas por la escasez del insumo, lo cual no permite que exista libre entrada en la industria. Dicha renta es la que se disipa, en primera instancia por los compromisos de inversión en cobertura y en caso de empate, por el pago monetario al Estado. A pesar de los recursos comprometidos en el

9 La competencia entre los frentes concesionados y públicos puede considerarse diferenciada, pues los primeros al ser monooperados poseen una mayor velocidad de porteo que los frentes públicos, los cuales son multioperados.

10 La concesión consiste en invertir en el mejoramiento de los actuales frentes públicos. Como forma de potenciar la competencia entre terminales en la región central, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009) resolvió que los actuales concesionarios de San Antonio y Valparaíso no pueden participar en las próximas concesiones en dichos puertos.

11 En caso de igualdad de ofertas técnicas, el desempate se realiza por mayor pago al Estado.

12 Generalmente el regulador define un servicio mínimo, como por ejemplo comunicaciones móviles de voz y datos.

concurso, las empresas propietarias de estas licencias no gozan de garantía alguna sobre exclusividad de proveer servicio en el mercado definido por la autoridad sectorial en el concurso. El regulador puede en el futuro poner a disposición del mercado más concesiones de espectro a medida que el avance tecnológico posibilite que nuevas bandas de frecuencias puedan ser explotadas comercialmente para proveer comunicaciones móviles¹³.

En otros servicios de infraestructura, como telecomunicaciones alámbricas y distribución eléctrica, las empresas proveedoras están sujetas a regulación de tarifas y operan bajo régimen de concesiones sin gozar de exclusividad en sus respectivas áreas de servicio. El único sector regulado en Chile en donde se garantiza exclusividad al concesionario dentro de un área geográfica, es en los servicios de distribución de agua potable y recolección de aguas servidas. Tal derecho monopólico, asociado al otorgamiento de la concesión, es mencionado explícitamente en la Ley de Servicios Sanitarios¹⁴.

Monopolio Natural

No obstante la inexistencia de fuentes legales para considerar a las concesiones de obras públicas como un monopolio, se puede formular la pregunta de si existen razones económicas que justifiquen otorgarles carácter de exclusividad a las concesiones y en particular a las autopistas. Una razón posible es que las autopistas sean monopolios naturales.

Un mercado se considera como monopolio natural si es más eficiente, desde el punto de vista productivo, que exista un solo oferente. En el caso de las autopistas, su calificación de monopolio natural dependerá de la magnitud de la demanda que esta enfrente. Para niveles bajos de tráfico es probable que no se justifique tener una segunda vía en el mismo mercado, es decir, sirviendo al mismo conjunto de usuarios.

Sin embargo, para niveles mayores de tráfico, los costos en tiempo que enfrentan los usuarios de una vía se incrementan debido a la existencia

13 Luego de la entrega de las primeras concesiones en las bandas de 800 y 1900 MHz en los años noventa, se llamó a concurso en el 2009 para servicios móviles en la banda de los 1700/2100 MHz (servicios 3G).

14 Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Obras Públicas N° 382 de 1988.

de congestión. Al estimar, el costo total de proveer el servicio de transporte en carretera, no sólo deben considerarse los costos percibidos por el prestador, sino que también los costos que enfrenta el usuario. Ello incluye el costo de tiempo, tanto en el viaje como en acceder a la carretera y el desgaste y consumo de recursos del vehículo.

La heterogeneidad de los usuarios, entendida como la distinta valoración que estos asignan a los atributos de las vías, es otro factor que incide en la calidad de monopolio natural de las autopistas. Existen dos tipos de heterogeneidad: la horizontal y la vertical. En la horizontal, un viajero valorará de forma distinta dos autopistas de igual estándar, si por ejemplo una de ellas se halla más cerca del origen o destino de sus viajes, presentando un menor costo de transporte de acceder a la autopista. A nivel agregado, la demanda se repartirá entre ambas vías según la cercanía de los usuarios con cada autopista. Por su parte, la heterogeneidad vertical se refiere al hecho de que los conductores tienen una valoración distinta por usar una autopista en comparación a una vía pública de menor estándar. Clasificando a los usuarios en base a su valoración o disposición a pagar por ahorro de tiempo, aquellos con alta valoración preferirán usar la autopista de pago, mientras que el resto empleará la vía pública no sujeta a cobro. En síntesis, la existencia de diferenciación ya sea horizontal o vertical en los usuarios hará, a otras cosas iguales, más conveniente socialmente la presencia de más de una alternativa de circulación¹⁵.

Actualmente, el fenómeno de la competencia del tipo horizontal, es decir, entre autopistas concesionadas, está acotado a pocos casos en vías urbanas, como el que recién mencionamos. Sin embargo, es muy probable que veamos más posibilidades de competencia en el mediano y largo plazo a medida que la demanda por transporte se incremente y nuevas concesiones, tanto urbanas como interurbanas se pongan en marcha. El proyecto de concesión que unirá la vía Costanera Norte por el poniente con la ruta 78, incrementará la competencia de dicho eje con Vespucio Norponiente. El proyecto Américo Vespucio Oriente, que falta para completar el anillo de circunvalación en Santiago, transformará al anillo en un

15 En el caso de diferenciación vertical este resultado es válido si los usuarios de baja valoración por calidad, son elásticos al precio y dejarán de viajar en caso de disponer solamente de la autopista de pago.

competidor tanto de las vías concesionadas norte-sur y oriente-poniente que cruzan el Gran Santiago.

El mejor ejemplo de diferenciación vertical es la competencia entre una autopista sujeta a cobro de peaje con una ruta secundaria de menor estándar en cuanto a condiciones de circulación. Casos de este tipo son la competencia en ciertos tramos entre la autopista Costanera Norte y la avenida Andrés Bello que corre al sur del río Mapocho en Santiago, o la competencia entre la concesión Túnel El Melón y la respectiva cuesta. Es evidente que existe diferenciación entre ambas alternativas, de otro modo ningún vehículo utilizaría las vías de pago.

Beneficios de la competencia

Al comparar la solución de monopolio natural con la de competencia, no sólo hay que enfocarse en la minimización de los costos de inversión y operación enfrentados por el concesionario, sino que también se deben tener en cuenta los beneficios (o costos) que perciben los usuarios. Si la regulación es perfecta, el menor costo del monopolio natural debiera traducirse en un menor peaje por uso de la vía. Sin embargo, hay otros atributos de la vía que inciden en la utilidad percibida por los usuarios y que no son igualmente fáciles de regular y fiscalizar como son las tarifas cobradas a los automovilistas.

Existen atributos intrínsecos a la autopista relevantes para los usuarios, como su ubicación geográfica, cantidad de entradas y salidas, trazado horizontal y vertical y número de pistas, los cuales no pueden ser modificados por el concesionario, al menos en el corto plazo. Otros atributos, como calidad del pavimento, iluminación, señalización, seguridad, atención en la ruta y transparencia en los cobros pueden ser modificados por la empresa en el corto plazo¹⁶. A modo de ilustración, en la Tabla 2 se presentan los atributos considerados relevantes en orden de importancia para los usuarios por tipo de carretera, según el estudio de Donoso (2009) sobre satisfacción a los usuarios en obras viales en Chile realizado a partir de encuestas practicadas a 1.600 usuarios¹⁷.

16 La transparencia en el cobro es un atributo relevante para los usuarios de concesiones donde existe el sistema de cobro automático tipo Tag.

17 Ver Donoso, P. (2009). "Modelamiento de la satisfacción de usuarios de obras viales urbanas e interurbanas en Chile".

Algunos de los factores que inciden en la calidad de servicio percibida por el usuario pueden en principio ser regulados, estableciéndose estándares de servicio en los contratos de concesión y fiscalizando su cumplimiento. No obstante, la labor de fiscalizar implica costos. En este sentido, la competencia por los viajeros con otra autopista puede ser un instrumento más efectivo que la fiscalización, para inducir a las empresas concesionarias a mejorar la calidad de servicio de su autopista.

Tabla 2: Ranking de atributos de calidad según tipo de ruta.

Atributo de Calidad	Urbanas Concesionadas	Interurbanas Concesionadas	Interurbanas No Concesionadas
Estado del Pavimento	6	1	1
Iluminación	1	3	3
Cercos perimetrales		2	2
Barreras laterales y centrales	3	6	6
Ubicación señales	5	4	4
Número entradas y salidas	2	9	
Tiempo de viaje	4	7	7
Presencia de animales u objetos	7		
Número de pistas		8	9
Curvas cerradas		5	5
Pendientes pronunciadas			10
Claridad cuentas Tag	8		
Sistema de atención cliente	9		
Tarifa de uso	10	10	
Claridad info. Señales			8

Fuente: Donoso (2009).

El caso de la concesión Vespucio Norte es un ejemplo de cómo una empresa concesionaria ha buscado mejorar atributos de calidad considerados sensibles por los viajeros. Algunas de las medidas implementadas por la concesionaria, como la entrega de información a los usuarios en los pórticos y la apertura de más locales de atención al público en puntos cercanos a su lugar de residencia, entre otros, se pueden considerar innovadoras pues no estaban establecidas en el contrato de concesión¹⁸.

18 Ver Encalada, L. (2009) "Autopista Vespucio Norte, En la Ruta del Servicio".

Cabe mencionar, que la autopista Vespucio Norte compite por el tráfico con el eje concesionado Costanera Norte¹⁹.

IV. RIESGO COMERCIAL DE LAS CONCESIONES

La asignación del riesgo de tráfico o comercial entre la concesionaria y el Estado, es un elemento fundamental de las reclamaciones presentadas por las concesionarias. En sus presentaciones, las empresas emplean dos tipos de argumentaciones para hacer al Estado responsable del riesgo relacionado con la construcción de vías alternativas: (i) El equilibrio económico del contrato y (ii) El riesgo extraordinario.

El primer tipo de argumento interpreta a las concesiones de obras públicas como un contrato en el cual la empresa concesionaria tiene garantizado un cierto nivel de expectativa de ingreso o rentabilidad. Si hay elementos exógenos que afectan dicho equilibrio entre obligaciones y retribuciones, estos deben ser asumidos por el Estado, más aun cuando dichas variaciones provienen indirectamente de actos administrativos del propio Estado, como es la puesta en marcha o el mejoramiento de caminos sustitutos.

El concepto de equilibrio económico se abstrae completamente del tipo de contrato acordado entre las partes y del riesgo que las concesionarias declararon asumir al aceptarlo. Además, existe un alto grado de arbitrariedad respecto a cuál es la expectativa de ingreso objetiva de quien explota una concesión. Hay contratos, como los del tipo menor valor presente de los ingresos, en los cuales la expectativa de ingresos es declarada explícitamente por las empresas al competir por la concesión, pues se trata de la variable de adjudicación. Sin embargo, en una licitación por menor peaje, no hay una referencia objetiva acerca de cuánto serían los ingresos esperados por recaudación de la concesionaria que se adjudicó el contrato. Tal como señaló el fallo de la Corte de Apelaciones en el caso Río Bueno-Puerto Montt, la expectativa de ingreso puede ser tan alta como la empresa lo considere, lo cual obviamente no hace atendible el reclamo presentado.

¹⁹ Una mayor explicación de la competencia entre estas vías se puede encontrar en la reclamación presentada por la concesionaria Vespucio Norte ante su Comisión Arbitral.

El segundo tipo de argumentación busca acogerse a lo que la propia Ley de Concesiones de Obras Públicas define como hecho inesperado sufrido por la concesionaria, lo que le daría derecho a exigir una retribución adicional a la contemplada en el contrato de concesión²⁰. En tal sentido, las acciones u omisiones del Ministerio respecto de las vías adyacentes que sumen o resten tráfico a las concesiones se considerarían como hechos que van más allá del riesgo normal al cual está sometido un concesionario.

En las demandas que envuelven obras complementarias, es decir, aquellas que agregarían tráfico a la concesión, el hecho extraordinario y que demandaría compensación, es el supuesto atraso respecto de una fecha referencial, no comprometida explícitamente por el Ministerio en el contrato. Este es el caso de las reclamaciones efectuadas por las concesionarias Américo Vespucio Norponiente y Américo Vespucio Sur²¹.

Cabe mencionar que en la reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, aprobada en enero del 2010, se otorgó una mayor precisión a las circunstancias bajo las cuales un concesionario tiene derecho a solicitar una compensación. El nuevo artículo 19 de la Ley señala que deben cumplirse simultáneamente los siguientes requisitos: (i) Que el acto de autoridad que motiva la solicitud de compensación se produzca después de la adjudicación de la licitación, (ii) que no haya podido ser previsto al momento de la adjudicación, (iii) que exceda el ámbito de la industria de la concesión que se trate y (iv) que altere significativamente el régimen económico del contrato. Este nuevo artículo no se aplica a las concesiones otorgadas con anterioridad a la fecha de promulgación de la presente reforma.

Riesgo de Comportamiento Oportunista

Uno de los argumentos que se utilizan para hacer responsable al Estado de las pérdidas por menores ingresos derivados de la puesta en marcha de nuevas obras, es el riesgo de comportamiento oportunista. En efecto, se menciona que el Estado, el año inmediatamente posterior al comienzo de una obra concesionada, podría ejecutar una nueva concesión que sea competitiva a la actual, afectando así gravemente su rentabilidad.

20 Ver Artículo 19, inciso tercero de la Ley 19.460 sobre Concesiones de Obras Públicas.

21 La empresa concesionaria de Vespucio Norponiente menciona como fecha válida un anuncio "oficial y público" realizado por parte del Ministerio.

Para responder al argumento anterior, comencemos diciendo que las decisiones sobre construcción de nuevas vías tienen una lógica o racionalidad económica. Si bien es el Estado el que planifica la infraestructura vial del país, las inversiones deben cumplir condiciones de rentabilidad. Una nueva carretera, para ser construida, ya sea por el sistema de concesiones o mediante inversión pública directa debe en primer lugar ser socialmente rentable. Ello quiere decir que los beneficios sociales derivados de la obra deben ser mayores a sus costos.

Además, si se emplea el sistema de concesiones, la obra debe ser privadamente rentable. Esto implica que los ingresos por recaudación más transferencias deben ser superiores a los costos de inversión y operación de la nueva concesión. Estos requerimientos de rentabilidad condicionan la construcción de nuevas vías y, por lo tanto, no dependen exclusivamente de la acción discrecional del Estado.

Los beneficios sociales de una nueva autopista sustituta, cercana a la primera, serán muy bajos si no hay congestión por falta de capacidad, pues los usuarios no gozarán de ningún ahorro de tiempo por cambiarse a la nueva carretera. Por la misma razón, es altamente improbable que una empresa desee invertir en un proyecto que no posea atributos diferenciadores respecto a uno existente, cuando este último no tiene falta de capacidad y puede satisfacer la demanda total sin mayores costos para los usuarios. Por otro lado, las carreteras concesionadas están sujetas a peajes máximos y, por lo tanto, las empresas tienen la flexibilidad de bajarlos en caso de enfrentar competencia de otros caminos. Si el concesionario de la nueva carretera anticipa que la competencia por el tráfico será intensa, y los peajes de la vía existente se reducen debido a ello, entonces será difícil que exista interés en invertir en la segunda concesión²².

La aplicación de subsidios podría hacer privadamente rentable un proyecto no atractivo para los inversionistas. El Ministerio ha empleado subsidios en algunas carreteras siguiendo un criterio de uniformar tarifas a lo largo de ciertos ejes. Este es el caso de la Ruta longitudinal 5 y de las autopistas urbanas del Gran Santiago. La lógica aplicada por el Ministerio

22 Hay que mencionar que los contratos de concesiones, generalmente exigen tarifa uniforme en \$ por kilómetro a lo largo de la vía y preestablecen los puntos de cobro. Este hecho reduce la flexibilidad del concesionario para bajar sus tarifas ante la aparición de competencia.

es que a nivel agregado dichas redes o ejes se autofinancien, existiendo en cada conjunto de ellas rutas que generan excedentes mientras otras son subsidiadas.

Si bien un subsidio lo suficientemente alto puede tornar en rentable en términos privados cualquier proyecto, no sucede lo mismo con su rentabilidad social. En las metodologías de evaluación empleadas en Chile, las transferencias son neutras y no afectan ni los beneficios ni los costos sociales de un proyecto. De este modo un proyecto que no sea rentable socialmente, no dejará de serlo por la vía de incorporarle subsidios.

A pesar de la neutralidad de los subsidios en la evaluación social, en términos económicos existe un costo asociado al uso de subsidios y que se manifiesta a través de la restricción presupuestaria del Ministerio o del Fisco en su conjunto. No siempre todos los proyectos socialmente rentables que requieren de subsidios son factibles de ser implementados el mismo año debido a la restricción de fondos.

La restricción presupuestaria fiscal puede también limitar el subsidio a la inversión en nuevas autopistas por la vía de los Ingresos Mínimos Garantizados (IMG). Si la concesión existente dispone de IMG, y la construcción de una nueva carretera compite con la primera restándole tráfico, entonces es más probable que los IMG se activen y que el Estado deba desembolsar fondos por ello. En este caso los IMG de la primera concesión actúan como barrera adicional al ingreso de una concesión sustituta²³. Por ejemplo, construir una ruta que compita con la ruta 5 tramo Santiago-Los Vilos claramente no sería rentable social ni privadamente, dado que el tráfico de dicha concesión ha estado por debajo de lo esperado y se han aplicado los IMG.

Se puede contraargumentar que las acciones del Estado no siempre cumplen con los principios de racionalidad económica. En ocasiones las inversiones en obras públicas responden a criterios extraeconómicos como los son la integración territorial o los objetivos estratégicos que incluyen tratados internacionales con otros países. Ante concesiones en donde este tipo de riesgo sea alto, el Ministerio debiera establecer

23 Es improbable que el Estado lance una nueva concesión sustituta a otra cuyo tráfico esté en niveles tales que activen los IMG.

ex ante cláusulas especiales proveyendo de protección temporal a la concesionaria.

Excepciones de este tipo han sido empleadas en las concesiones del "Puerto Terrestre de Los Andes" y de la "Conectividad Cruce del Canal Chacao". En el primer caso, el Ministerio ideó un mecanismo de compensación al concesionario en el evento que se construyera el "Tren Trasandino", proyecto que conectaría Argentina con Chile y que probablemente desviaría carga desde el modo terrestre caminero al ferroviario²⁴.

En el proyecto de conectividad del canal de Chacao, las bases de licitación establecieron un mecanismo de salida y compensación del concesionario en caso que por decisión del Ministerio se decidiera construir el puente sobre dicho canal²⁵. Puesto que no es económicamente rentable operar un sistema de cruce por transbordador si existe un puente que ofrece el mismo trayecto, no será factible que exista competencia entre ambos medios de transporte. Ante la construcción del puente, lo óptimo es eliminar el servicio de transbordadores.

Se debe tener presente que el riesgo político de acción oportunista por parte del Estado se deriva del problema de inconsistencia intertemporal que se presenta en la regulación de servicios de infraestructura, en donde la inversión en activos hundidos representa un porcentaje importante del costo total de provisión del servicio.

El caso típicamente citado de oportunismo regulatorio es aquel en que la autoridad modifica su política tarifaria entre antes y después de que un particular invierta en un servicio. Para inducir a invertir y en ausencia de subsidios directos, lo óptimo es fijar las tarifas a usuario igual al costo medio. Una vez que se construyó la infraestructura, el regulador podría verse tentado a rebajar las tarifas hasta el costo marginal, que es el valor mínimo que mantiene a la empresa operando el servicio. Ante la imposibilidad de relocalizar sus activos, el concesionario no tiene opción sino que aceptar la rebaja impuesta.

24 Ver Bases de Licitación Puerto Terrestre Los Andes (2004), Sección 1.1.2.8 "Mitigación de Riesgos por Tren Trasandino".

25 Ver Bases de Licitación Obra Pública Conectividad Cruce Canal de Chacao (2009), sección 1.1.1.2.4 "Extinción Anticipada de la Concesión"

En términos económicos, se habla de oportunismo porque la política óptima varía en el tiempo, dependiendo de si se ha materializado la inversión o no. Para inducir a invertir, se establece una regulación de tarifas a costo medio, pero una vez construida la infraestructura y sin considerar costos de reputación, el regulador favorecería a los usuarios del servicio reduciendo las tarifas.

En el caso de una nueva autopista, sustituta de la primera, la situación no es equivalente, pues su concreción no proviene de un cambio en la política de la autoridad. En el caso anterior, la reducción de tarifas es una acción que sólo tiene sentido si la empresa realizó la inversión. En este caso, la nueva concesión es una obra que tiene justificación económica por sí misma. Más aún, dada la propiedad de sustitución entre ambas concesiones, si la primera carretera no es ejecutada, es más probable que la segunda se construya. Si la segunda carretera es socialmente rentable, existiendo ya la primera, con mayor razón lo será si aquella no existe, pues recibirá toda la demanda dado su carácter de oferente único.

En el ejemplo de comportamiento oportunista la empresa no invertiría si supiera que las tarifas van a ser posteriormente reducidas hasta el nivel del costo marginal. En el segundo caso, sí se produciría la inversión de la primera carretera si se sabe que se construirá la segunda. La mejor demostración de aquello es el hecho de que sí habrá interesados en invertir en la segunda carretera. La intuición de este resultado es la siguiente: si la segunda carretera es viable económicamente teniendo que competir con la primera durante toda su vida útil, entonces con mayor razón lo será la primera, que durante algún período ha operado sin competencia. Este razonamiento es válido en ausencia de subsidios y asumiendo características simétricas en cuanto a inversión y costos de operación. En general, las autopistas que compiten no son simétricas, pero es esperable que en primer lugar se concesionen las rutas que requieren menor inversión o estén más cerca de donde se originan los viajes y luego se continúe por las de mayor costo. Por ejemplo, para mejorar la conexión norte-sur del país se comenzó por la ruta longitudinal existente, la cual no tenía estándar de autopista.

Ahora bien, se podría contraargumentar que el concesionario de la primera carretera ofreció un peaje con la expectativa de que no tendría

competencia alguna durante el período que dure la concesión, y que si hubiese anticipado que se construiría una autopista sustituta de la suya, habría ofrecido un mayor peaje. Sin embargo, la expectativa de derechos exclusivos por parte del concesionario no tiene asidero formal. Como hemos mencionado, no existe ningún elemento en la ley sectorial, ni en general en los contratos de concesiones, que justifique dicha expectativa de derecho exclusivo o monopólico sobre los usuarios actuales y futuros de la autopista.

Según se ha explicado, el construir nuevas vías no es una acción del Estado que deliberadamente busque el perjudicar a los concesionarios de las autopistas existentes. Las nuevas concesiones tienen por objeto satisfacer las necesidades del país en cuanto a transporte terrestre y son aprobadas por el Estado en base a criterios de maximización del bienestar social. Es cierto que las nuevas obras restarán en algunos casos tráfico y por ende ingresos a las concesiones existentes. Es un hecho normal en todos los mercados, incluso de los regulados, que el ingreso de nuevos operadores introduzca competencia en el mercado y se apropie de usuarios de las empresas incumbentes.

Tampoco es válido considerar que la construcción de nuevas vías sea un cambio en el contrato regulatorio, ni en las “reglas del juego” según las cuales se le otorgó una concesión. Las reglas bajo las que se desenvuelven las concesiones de obras públicas están establecidas en la normativa específica del sector (ley y reglamento) y las leyes de defensa de la competencia. No hay elemento alguno que permita a las empresas concesionarias suponer que el mercado al que ingresaron va a permanecer inalterado en cuanto a oferentes, durante todo el período que dure su concesión.

V. EFICIENCIA EX ANTEY EX POST DE LAS DECISIONES DE INVERSIÓN PÚBLICA

El pagar indemnizaciones por pérdidas de ingresos a los concesionarios afectados por la ejecución de una nueva obra introduce una distorsión en el mecanismo de toma de decisiones del Ministerio. Ante un escenario de restricción presupuestaria del Ministerio, el pago de compensaciones reduce los fondos disponibles para ejecutar proyectos que requieran

inversión pública o bien para proyectos concesionados que demanden subsidios del Estado. De este modo, algunos proyectos, incluyendo la misma concesión que origina las compensaciones, pueden atrasarse o no realizarse del todo, produciendo pérdidas de excedente social mientras no son ejecutados.

Usualmente se argumenta que el ejecutar proyectos que resten ingresos a actuales concesiones, sin las correspondientes compensaciones, tendrá consecuencias retroactivas al momento de la licitación por la primera concesión. En efecto, si inicialmente una licitación se adjudica en base al mínimo peaje ofertado, al competir los oferentes tendrán en cuenta el valor esperado de los ingresos por recaudación de peajes. A mayor tráfico futuro, mayores serán los ingresos actualizados y menor será el peaje requerido para autofinanciar la carretera. En el caso extremo que el contrato de concesión garantice derechos monopólicos, el premio por obtener la concesión será muy atractivo y por consiguiente al momento de competir por obtener el contrato, las rentas a obtener *ex post* se disiparían en forma de menor peaje máximo ofertado. El análisis anterior también es válido si es el Ministerio el que fija el peaje, y la variable de licitación es el mayor pago al Estado o bien menor subsidio requerido.

El menor peaje ofertado producto del otorgamiento del monopolio tendría efectos económicos positivos pues reduce la ineficiencia asignativa *ex ante* –debido a que una mayor cantidad de vehículos empleará la autopista. Este menor peaje se puede traducir también en un adelanto del momento de inversión dado el mayor tráfico y, por ende, la mayor rentabilidad social que poseería el proyecto. Se estaría en presencia entonces de un *trade-off* intertemporal entre eficiencia económica *ex ante* vs. *ex post*. Menor peaje en los períodos que la primera concesión es monopolio natural vs. anticipación de los beneficios de la competencia, al entrar más tempranamente la segunda carretera. En el caso que se emplee el mayor pago al Estado como variable de adjudicación, el beneficio de otorgar derechos exclusivos al concesionario sería la mayor recaudación fiscal obtenida en la licitación.

En principio, no es posible dar una respuesta general respecto a cuál efecto domina en el *trade-off* expuesto. Sin embargo, existen diversas razones para no considerar equivalentes ambos efectos económicos. Se

podría hacer una analogía con una industria cualquiera, sin regulación específica y sujeta solamente a la supervisión general de las instituciones de defensa de la competencia. Una empresa monopólica podría alegar que las ineficiencias producto de una acción que obstruya el ingreso de un competidor tienen que compararse con los beneficios sociales *ex ante* que la llevan a entrar anticipadamente al mercado. Mientras mayores sean las rentas monopólicas que se pueden obtener *ex post*, más incentivos tendrá una empresa para ingresar al mercado, siendo este último efecto claramente positivo.

La práctica de libre competencia no acepta como regla general la defensa de mayores incentivos a invertir *ex ante* como una justificación a conductas excluyentes o monopólicas *ex post*. Sólo en circunstancias excepcionales se conceden derechos de exclusividad a empresas, pero no sobre mercados o grupos de usuarios, sino sobre activos necesarios para producir el bien o servicio. Este es el caso de las patentes por desarrollo de nuevos productos y de ciertos contratos de exclusividad.

En el caso de las patentes se le otorga explícitamente al inventor de un nuevo producto el derecho exclusivo a fabricar dicho bien por un período limitado de tiempo. La racionalidad económica detrás de dicha protección es que, en su ausencia, otras empresas pueden copiar a bajo costo dicha innovación, beneficiándose de inversiones en las que ellas no han contribuido²⁶. Tal acto reduce los beneficios que obtendría la firma que desarrolla el nuevo producto, disminuyendo los incentivos de esta firma a realizar una innovación que es socialmente beneficiosa.

Los contratos de exclusividad pueden también ser aceptados cuando estos son imprescindibles para que se efectúen inversiones que producen valor económico. Generalmente encontramos estos contratos en la relación vertical entre empresas, donde una de ellas realiza inversiones denominadas específicas que favorecen a ambas partes, pero que alguna de ellas puede utilizar sólo a su favor, perjudicando a quien efectuó toda o parte de la inversión.

26 Cuando las creaciones son fáciles de imitar, se produce un problema denominado de *free-riding* en donde algunas empresas preferirán copiar a desarrollar sus propios productos. Esto produce un nivel subóptimo de gasto en investigación y desarrollo de nuevos productos y servicios.

Se debe destacar que en ambas excepciones, la exclusividad se justifica por una ineficiencia económica que se produce debido al carácter de bien público que poseen dichas inversiones. Este problema de subprovisión de bien público, que se soluciona con el otorgamiento de exclusividad, no es el que ocurre en el caso de construcción de obras públicas competitivas a una concesión existente. En este último caso, la nueva obra pública no se aprovecha de los activos de la primera concesión para proveer su servicio, simplemente le disputa parte de los usuarios, pero empleando sus propias inversiones.

Las decisiones de las instituciones de libre competencia en Chile en servicios que conciernen a concesiones de obras públicas no han aceptado la defensa de competencia *ex ante* como motivo para restringir la competencia *ex post*. Este es el caso de dos demandas presentadas en contra del concesionario del aeropuerto de Santiago por abuso de posición dominante en el otorgamiento de subconcesiones del servicio de taxis. Tanto el Tribunal como la antigua Comisión Preventiva se han pronunciado por que dichos servicios derivados de la concesión se provean en forma competitiva²⁷. Es evidente que a mayor competencia en los servicios no aeronáuticos, menores serán las rentas posibles de extraer por parte del concesionario de un aeropuerto y mayor será el pago por pasajero demandado al Estado en una licitación competitiva por la concesión. Como se observa, existe un *trade-off* entre transferencias al Estado y competencia en servicios relacionados. *Trade-off* que es equivalente al existente entre competencia *ex ante* y *ex post* respecto a otorgar o no derechos monopólicos al concesionario de una carretera, durante el período que dure su concesión.

Otro ejemplo donde no se acepta la defensa de competencia *ex ante* para restringir competencia *ex post*, es el caso de los costos de cambio. Estos son costos de tiempo e incomodidades incurridos por las personas por cambiarse de proveedor, como por ejemplo cambiarse de banco o

27 Los dictámenes exigen que el concesionario no perciba pagos excesivos por conceder estas subconcesiones, que la forma preferente de asignarlas sea por menor cobro al usuario final y que en caso que deba restringirse la oferta, como es el caso de los taxis, las tarifas a los usuarios finales no sean abusivas. Ver Sentencia 61/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Demanda de Transportes Delfos Limitada en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago y otros.

de empresa de telefonía móvil. La defensa de eficiencia de los costos de cambio, es que las empresas estarán dispuestas a hacer generosas ofertas *ex ante* a clientes a quienes una vez captados se les puede cobrar sobreprecio por los productos. A pesar de que exista también un *trade-off* entre eficiencia *ex ante* y *ex post*, las recomendaciones de política de las agencias reguladoras de estos sectores así como de expertos en el área es que se deben reducir los costos de cambio, dándole más peso a mantener lo más competitivo el mercado en cada instante del tiempo²⁸.

Un segundo peligro de aceptar la defensa de eficiencia *ex ante*, es su dificultad de aplicación y el riesgo de abuso por parte de quienes posean concesiones. No siempre es evidente qué acciones del Estado restan tráfico por la vía de introducir competencia a una determinada obra pública concesionada, generando así un alto potencial de litigación sobre esta materia. Nótese que además de las decisiones que toma el Ministerio en materia de vialidad, existen un conjunto de acciones de otras agencias estatales que pueden tener incidencia en el volumen de usuarios de una obra concesionada. Una reforma que liberalice el transporte aéreo o marítimo doméstico, permitiendo el ingreso de operadores internacionales en dicho mercado, puede bajar los precios de dichos modos de transporte afectando adversamente el tráfico de algunas vías interurbanas. Los costos de transacción de administrar un sistema de compensaciones por decisiones que tome el Estado y que afecten directa o indirectamente a los concesionarios de obras públicas pueden ser demasiado altos.

La posibilidad cierta de obtener compensaciones debido a una decisión del Ministerio o del Estado en general que afecten los flujos de la concesión, creará incentivos para que algunas empresas tengan un comportamiento de búsqueda de rentas. Ello genera un problema de selección adversa al momento de competir por la concesión, pues el adjudicatario de la licitación puede ser la empresa que más expectativas de reclamación por derechos exclusivos y renegociación favorable de contratos tenga y no quien haga una administración más eficiente de la obra de infraestructura²⁹.

28 Ver Farrell y Klemperer (2007).

29 Este argumento, en el contexto de las renegociaciones de contratos ha sido planteado por Guasch (2004) y Engel, Fischer y Galetovic (1996).

Por otro lado, debe mencionarse que no es una recomendación de correcta política económica el indemnizar a todos los agentes que se vean perjudicados con una política pública que mejore el bienestar agregado de la sociedad. Sectores de la economía que producto de los tratados de libre comercio se han visto enfrentados a mayor competencia no han recibido compensaciones por parte del Estado a un nivel tal que su situación sea igual a la que tenían sin la rebaja arancelaria de los tratados.

Perjuicios a Distintos Grupos de Usuarios

Aceptar el principio de que el concesionario debe ser compensado por cualquier mejoramiento de un camino sustituto, tendrá efectos redistributivos entre los distintos tipos de usuarios de una concesión y de sus vías adyacentes.

Considere el caso de competencia diferenciada de tipo vertical entre una autopista concesionada de alto estándar y un camino secundario sustituto. Dada la heterogeneidad de los usuarios, habrá automovilistas con un alto costo del tiempo para quienes el camino secundario no será alternativa de la autopista. Para otro segmento de automovilistas, el costo de usar la vía concesionada puede ser muy alto, o bien los accesos (entradas y salidas) de estas no ser convenientes para el origen y destino de su desplazamiento. Finalmente, habrá usuarios que estarán cerca de la indiferencia y ponderarán permanentemente los costos de viaje de cada alternativa.

Si el camino secundario mejora su trazado o su carpeta de rodado, haciendo más fácil y seguro desplazarse por ella, es evidente que en el margen algunos usuarios de la autopista se cambiarán de ruta debido al menor costo de circular por el camino mejorado. Si imputamos al presupuesto de las obras de mantenimiento la indemnización al concesionario por la pérdida de flujo provocada por las mejoras, dicho proyecto será más oneroso y, por tanto, menos factible de ser ejecutado cuando corresponde realizarlo. Los principales perjudicados de tal demora en el proyecto serán los usuarios con baja valoración del tiempo, para quienes la autopista concesionada no es alternativa.

Usuarios de una vía concesionada pero con distinto origen y destino también pueden ser perjudicados por el atraso en construir vías sustitutas

de algunos tramos de una autopista concesionada. A modo de ilustración, el mejoramiento de la ruta Puchuncaví-Nogales permite que quienes se desplazan desde el sur por la carretera Santiago-Los Vilos en dirección hacia las localidades de Puchuncaví y Maintencillo se ahorren 15 kilómetros aproximados de recorrido respecto a tomar el Túnel o cuesta El Melón, seguir por el camino a Catapilco y luego desviarse hacia el sur por la ruta F-30. Por su parte, la ampliación del eje Costanera Norte hasta la ruta 68 produce un ahorro de 4,5 kilómetros a quienes se dirigen hacia la costa por Vespucio Norte y se cambian a Costanera Norte en el cruce de ambas vías en la zona del aeropuerto.

VI. CONCLUSIONES

Las demandas por pérdidas de ingresos ante las comisiones arbitrales son un recurso que está siendo empleado por las empresas concesionarias para reclamar por menor recaudación debido a supuestos cambios contractuales relacionados con el mejoramiento de vías alternativas, tanto concesionadas como públicas. También se han presentado reclamos por supuestos atrasos en la puesta en marcha de concesiones complementarias u obras de acceso y salida a las concesiones de los demandantes.

Las comisiones arbitrales han mayoritariamente resuelto a favor de las demandantes, reconociendo que modificaciones en las redes adyacentes, no advertidas a las concesionarias al momento de ofertar en la licitación, corresponden a cambios contractuales que ameritan compensación a los afectados. La Corte de Apelaciones ha revertido las sentencias, rechazando el argumento del cambio de circunstancias e indicando que las concesiones de obras públicas al igual que cualquier otro sector de la economía, no gozan de garantías de ingresos.

Del análisis acerca de los elementos económicos que subyacen a las disputas por pérdidas de ingresos, el artículo concluye en primer lugar que los contratos de concesiones no otorgan derechos exclusivos sobre los potenciales usuarios de las obras. En Chile no es legal el conceder monopolios (salvo el caso excepcional del Art. 4 del DL 211), ni tampoco la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que las concesiones constituyan monopolios.

En el resto de los servicios de infraestructura en Chile los concesionarios no gozan de exclusividad salvo en el sector de agua potable, donde la ley sectorial así lo establece explícitamente. Ni la asignación competitiva *ex ante* de la concesión, ni la regulación por peaje de las carreteras implica que la obra concesionada sea equivalente a un monopolio y que el concesionario posea derechos exclusivos sobre los posibles usuarios durante su período de validez.

La aparición de competidores indirectos a una concesión, ya sea por la vía de nuevas concesiones o por el mejoramiento de caminos secundarios, es parte del riesgo comercial de una concesión. Similarmente a lo que ocurre en los mercados no regulados, el ingreso de competidores es un hecho normal y que puede ser anticipado estadísticamente y, por ende, incorporado en el análisis de rentabilidad al momento de postular a una concesión

El que las actuales concesiones de carreteras se vean afectadas por futuras decisiones del Estado sobre nuevas inversiones que puedan aportar o sustraer demanda de ellas, no implica que el Estado deba aplicar compensaciones o cargos a los concesionarios por dichos eventos. Las decisiones de inversión pública no son ni oportunistas ni arbitrarias pues descansan en criterios de maximización del bienestar social y, por lo tanto, son predecibles *ex ante* por las empresas que desean ejecutar una concesión.

No es recomendación de política económica el aplicar compensaciones a todos los sectores perjudicados por una acción del Estado que sea socialmente beneficiosa como es la ampliación de la oferta vial. El pago de indemnizaciones a concesionarios afectados por la construcción de obras alternativas introduce ineficiencias económicas que distorsionan las decisiones del Estado, genera altos costos de transacción y además puede resultar inequitativo para usuarios preferentes de caminos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGHION, P. y P. BOLTON (1987). "Contracts as a Barrier to Entry" *American Economic Review* Vol 77, 388-401.
- Charles RIVER BRIDGE vs. Warren BRIDGE (1837). United States Supreme Court 36 U.S. 420a.
- Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda (2008). "Informe de Pasivos Contingentes".
- DONOSO, P. (2009). "Modelamiento de la satisfacción de usuarios de obras viales urbanas e interurbanas en Chile" *Calidad de Servicio en la Infraestructura Pública*, Ministerio de Obras Públicas.
- ENGEL, E., R. FISCHER y A. GALETOVIC (1996). "Licitación de Carreteras en Chile" *Revista Centro de Estudios Públicos*, Verano 1996.
- ENGEL, E., R. FISCHER y A. GALETOVIC (1997). "Infrastructure Franchising and Government Guarantees" en *Dealing with public risk in Private Infrastructure*. World Bank.
- ENCALADA, L. (2009). "Autopista Vespucio Norte, En la Ruta del Servicio" *Calidad de Servicio en la Infraestructura Pública*, Ministerio de Obras Públicas.
- FARRELL, J. y P. KLEMPERER (2007). "Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects," *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier.
- GUASCH, J.L. (2004). "Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions, Doing it Right" World Bank.
- SMALL, K. y E. VERHOEF (2007). "Urban Transportation Economics" Routledge.
- SMITH, W. (1997). "Covering Political and Regulatory Risks: Issues and Options for Private Infrastructure Arrangements" en *Dealing with public risk in Private Infrastructure*. World Bank.
- TIOLE, J. (1988). "The Theory of Industrial Organization" MIT Press.