

COMENTARIO AL SISTEMA DE CONCESIONES CHILENO

FERNANDA GORGOLLÓN MONTERO

AYUDANTE DERECHO ECONÓMICO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es por todos comprendido el hecho de que la actividad empresarial requiere, entre otros incentivos, de seguridad jurídica para tomar decisiones y actuar en el mercado, y que en el caso específico de las concesiones – las cuales suelen tener por objeto actividades económicas que demandan una gran inversión inicial previa a la obtención de ganancias – es igualmente necesario que el tiempo por el que se otorguen los derechos a los particulares sea suficiente como para que no sólo recuperen su inversión inicial, sino que además, obtengan ganancias producto de su esfuerzo.

Todo lo anterior, que en principio parece indiscutible, ha sido llevado al extremo en nuestro país, donde una gran cantidad de concesiones que se otorgan, no son simplemente de largo tiempo, sino que poseen un carácter indefinido.

Lo expuesto implica que muchas concesiones en nuestro país sólo se pueden extinguir por dos vías: mediante la aplicación de alguna de las causales de caducidad contenidas en las leyes y normas especiales que regulan la materia, o bien mediante un acto unilateral del Estado – como por ejemplo, a través de una expropiación- lo que conllevaría enormes costos económicos para el país y convertiría en un sinsentido el acto en sí mismo, pues no es de utilidad recuperar un factor productivo si es que toda la ganancia que el mismo produce se debió pagar previamente a modo de indemnización a su anterior dueño.

Lo tratado da origen a estas notas, que buscan plantear la cuestión de si es beneficioso o no para la economía nacional y la sociedad en su conjunto, el actual sistema que rige en el país. Para responder a ello se deben analizar varios problemas que genera el modelo actual, entre los que destacan:

- I. Este tipo de concesiones provoca una importante reducción de la competencia. En algunos casos provoca un conjunto de monopolios geográficos, y en otros, causa una concentración de los actores del mercado en un grupo privilegiado de personas, puesto que, producto de la imposibilidad de otorgar concesiones ilimitadas, las personas que las posean se hacen dueñas de un derecho que nadie más podrá poseer;
- II. Esta concentración de los actores del mercado implica que este se vuelva proclive a la colusión o, al menos, a algún tipo de acuerdo entre los competidores;

- III. Al asegurar a los actores actuales los derechos sobre su concesión e impedir la entrada de nuevos competidores, se genera un desincentivo a la inversión y consiguiente reducción de la eficiencia;
- IV. En el caso particular de los servicios sanitarios – y en general de las concesiones relativas a mercados regulados – la creación de pequeños monopolios impide que los beneficios de la libre competencia ingresen al mercado, lo que sí podría darse en el caso en que las concesiones fueran limitadas temporalmente, ya que de esa forma se podría hacer competir a los posibles interesados por la concesión al final de cada período de vigencia. Tal como lo expresó Edwin Chadwick en el siglo XIX “Those markets most cheaply served by a monopoly need not be afflicted with monopolistic conduct so long as there is meaningful competition for the rights to the monopoly franchise. Though competition within a market may be imposible, the benefits of competition for the market may be attainable”¹

Como se puede ver, el carácter indefinido de las concesiones provoca un daño mayor al mercado que el posible desincentivo a la inversión que podría significar la fijación de un plazo extintivo a los derechos otorgados. Ello porque no sólo impide la entrada de nuevos inversionistas al impedir la renovación de los actores en el mercado, sino que acarrea un perjuicio para la sociedad, la cual no recibe los beneficios que la libre competencia tiende a producir, como lo son la disminución de los precios, la mejora en la calidad o un aumento en la eficiencia.

Ejemplos de ello son las de empresas de servicios sanitarios (artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley No. 382 de 1988), las concesiones de producción y distribución de energía (artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley No. 1 de 1982) y algunos canales de televisión como MEGA o TVN.

Lo expuesto nos lleva a cuestionarnos sobre un último punto, el cual dice relación con dilucidar qué motivó a los legisladores a beneficiar la seguridad jurídica y económica de unos pocos a cambio del sacrificio de la inversión y competencia en los mercados. Lamentablemente, para la autora de este escrito, no hay razones suficientes para justificar lo anterior, salvo que ciertos grupos – ahora privilegiados – ejercieron presión para que sus intereses se vieran tutelados y amparados jurídicamente, consolidando así un sistema en el que obtienen una gran ganancia a un bajo riesgo al sacrificar los intereses de la sociedad.

La conclusión preliminar a la que es posible arribar, asume que si bien no se pueden modificar los regímenes anteriormente expuestos - por los motivos ya indicados - sí se pueden tener en cuenta las razones señaladas para que las próximas regulaciones que se deban

¹ HANKE, Steve & WALTERS, Stephen en “*Privatization and Natural Monopoly: The Case of Waterworks*”. The privatization Review, 1987. P 25 .

realizar en la materia, tutelen adecuadamente no sólo los intereses económicos de los posibles inversionistas, sino que igualmente aquellos que corresponden a toda la sociedad. Lo que se conseguirá con algo tan sencillo como que a la hora de determinar el período por el cual se entregarán las concesiones se imponga un plazo razonable pero determinado, tras el cual los derechos se extingan y se sometan a una nueva adjudicación, la cual podría perfectamente beneficiar al mismo actor que la poseía previamente, siempre y cuando este cumpla con los requisitos previstos para concesión.