

Observaciones sobre el Proyecto de Ley General de Concesiones

**Colectivo de
Organizaciones
Sociales**

Mayo de 2005

Principales debilidades del Proyecto de Ley General de Concesiones

- Se da por sentado que el Estado es incapaz de brindar servicios públicos
- No se hace énfasis en el bien común, las personas solamente se ven como consumidores de bienes y servicios.
- No plantea la necesidad de fortalecer al Estado, a pesar que lo compromete en caso de que fracase la concesión.

Los bienes y servicios concesionables

- Todo es susceptible de ser concesionado, no hay claridad de las limitantes (artículo 11)
- Cualquier entidad del Estado puede promover una concesión, el Consejo de Ministros y el Congreso solamente dicen SI o NO.
- No existe una entidad centralizada que se plantee metas y objetivos en base a una Planificación Estratégica

ARTÍCULO 11. Calificación de las obras o servicios susceptibles de concesión. Podrán otorgarse en concesión los proyectos que tengan por objeto el desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de obras y servicios públicos, y otros de análoga importancia social, **sin que la presente enumeración sea limitativa:**

- Construcción y/o mantenimiento de carreteras, autopistas, viaductos, túneles;
- Construcción y/o mantenimiento de vías férreas;
- Construcción y/o mantenimiento de puertos;
- Construcción y/o mantenimiento de aeropuertos;
- Construcción y/o mantenimiento de acueductos, oleoductos, gasoductos;
- Instalación y/o funcionamiento y prestación de servicios de plantas de generación de energía eléctrica;
- Servicios de Desarrollo Turístico;
- Servicios de Parques y edificios públicos;
- Servicios de Saneamiento y recuperación ambiental;
- Servicios de Correos;
- Servicios de alimentación para hospitales, cárceles y escuelas;
- Elaboración de documentos de identificación, tales como pasaportes, cédulas, licencias de conducir;
- Sistemas de transporte colectivo (buses, trenes superficiales, subterráneos, otros);
- Parques turísticos.

El anterior listado es simplemente de índole general y no podrá interpretarse como limitativo o excluyente de otras obras o servicios que sean de naturaleza pública; exceptuándose totalmente las previstas en el Artículo 5 de esta Ley.

Las modalidades de la concesión

- La contratación de la concesión de los servicios públicos puede adoptar cualquiera de un listado de modalidades (artículo 13) sin discriminación de objetos concesionables
- Queda abierta a cualquier forma contractual, “que en el transcurso del tiempo a juicio de la administración pública pueda servir para los fines perseguidos por esta ley” (inciso f)

ARTÍCULO 13. Modalidades de la concesión. La contratación de la concesión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

- Concesión para la **construcción de obras de infraestructura pública**, en la que el concesionario y el concedente determinarán el retorno del capital invertido por el primero, por sistemas de arrendamiento, de uso, u otras figuras que permitan la utilización de la infraestructura u obra pública por los particulares;
- Concesión, por la que el empresario gestionará el **servicio por su cuenta y riesgo**;
- Concesión **interesada**, en cuya virtud la administración pública y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato;
- Concesión **con persona individual o jurídica que venga realizando prestaciones análogas** a las que constituyen el servicio público de que se trate;
- Sociedad de **economía mixta** en la que la administración pública participe, por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas privadas individuales o jurídicas; en tal forma que no contravenga lo dispuesto en el Artículo 5 de esta Ley;
- **Cualquier otra figura o forma contractual** que en el transcurso del tiempo a juicio de la administración pública pueda servir para los fines perseguidos por esta ley;
- **Contrato de Concesión para Construcción “Llave en mano”**. El contrato de construcción Llave en Mano, es aquel por medio del cual, la Entidad Pública contrata la ejecución de determinadas obras públicas, a cambio de una retribución fija al contratista por cuenta de la Entidad Pública, de acuerdo a lo que se establezca en la obra.
- **Como parte de la ejecución de las obras, podrá incluirse los estudios necesarios previos al diseño, construcción, provisión de equipamientos, y cualquier otra actividad que sea requerida para el proyecto, debiendo definirse los alcances en las bases de licitación.**
- **Contrato de Concesión de Arrendamiento Financiero o de Infraestructura**. Por medio de este contrato la Entidad Pública faculta al contratista a diseñar, construir y poner en funcionamiento determinado proyecto para la prestación de servicios públicos. El proyecto podrá ser operado, desde su inicio, de acuerdo a las siguientes variantes:
- **Operación por el propio contratista, por un plazo determinado, en cuyo caso el proyecto deberá ser revertido al Estado a la finalización de dicho plazo;**
- **Operación por el Estado, durante determinado plazo, a cambio de pagos periódicos que la Entidad Pública deberá efectuar al contratista, otorgándole el derecho de adquirir la obra, al vencimiento del plazo del contrato, a cambio del pago de los saldos resultantes, descontando los pagos previos realizados.**

Los términos contractuales

- No se define qué beneficio traerá al Estado una concesión determinada (utilidades, regalías, cargas fiscales)
- El Estado debe “garantizar el retorno de capital”, a pesar que se dice que el inversionista actúa “por su cuenta y riesgo” (Artículo 1)
- No se jerarquiza adecuadamente la defensa del interés del usuario

ARTÍCULO 1. Concepto de Concesión. Para los fines de esta Ley se entiende por concesión la **facultad que el Estado otorga a particulares, para que por su cuenta y riesgo** construyan, produzcan, instalen, mejoren, adicionen, conserven, restauren, operen y administren obras; bienes o servicios públicos, bajo el control y/o coordinación de la entidad pública concedente, con o sin ocupación de bienes públicos.

Los órganos concedentes

- La potestad de concesionar es atribuida a cualquier ente público centralizado, descentralizado y independientemente de su jerarquía

ARTÍCULO 7. Procedencia de la Concesión. El ministerio o la autoridad superior de la entidad que tenga la responsabilidad de la prestación de servicios públicos, **deberá practicar una evaluación preliminar de los proyectos susceptibles a ser concesionados**, para determinar su conveniencia, recabando los dictámenes técnico, financiero y jurídico, en los cuales se considerarán los aspectos y ventajas técnicas y económicas inherentes a cada proyecto, su costo estimado, los ingresos potenciales previstos, provenientes del desarrollo de la infraestructura, su impacto ambiental y protección de patrimonio cultural.

Además se considerará la importancia municipal, departamental, regional o nacional de los proyectos; y una vez determinada la conveniencia del proyecto de concesión por el ministerio o la autoridad administrativa superior, ésta dictará una resolución para que la autoridad superior del Organismo Ejecutivo autorice la convocatoria a licitación pública para adjudicarlo al concesionario que tenga la capacidad legal, técnica y financiera para ejecutarlo y ofrezca las mejores condiciones al usuario según los requerimientos y bases que para cada caso se preestablecerán.

La dispersión provoca “piñatización”

- La falta de planificación
- La amplitud de las modalidades de concesión
- La indefinición de los beneficios al Estado
- La postergación de los intereses del Usuario

Motiva:

- La concesión indiscriminada de bienes y servicios
- Maximización de las ganancias a costas del usuario
- Rápida recuperación de la inversión
- La creación de Monopolios

Las concesiones no nos han dejado beneficio alguno

- La Autopista Palín-Escuintla implicó el endeudamiento del Estado por US 50 millones de dólares en 1997
- 6 días después la Junta de Gabinete otorga la concesión a MARNHOS por 25 años
- Para finales de 2004 la empresa recuperó Q262,499,304
- Al 31 de marzo del 2005 el Estado ha recibido Q1,973,864.14 por concepto del 1% de participación en cobros de tarifa
- En 25 años se recaudarían Q4,786,733,818
- En promedio MARNHOS recibe mensualmente Q 15.9 millones y el Estado Q 159 mil
- ¿En función de qué se actualiza la tarifa cada 6 meses?

Las concesiones no nos han dejado beneficio alguno

- ¿Qué beneficio ha traído la concesión de FEGUA, en cuanto a la calidad del servicio, mantenimiento de la maquinaria y de las vías?
- ¿Qué cambios hay en cuanto a la calidad del servicio de Correos con la Concesión?
- ¿Son lesivos o no estos negocios para el Estado y para los usuarios?
- ¿Quién lleva el seguimiento a los mismos?
- ¿Cómo y cuándo podremos revertir estos “malos negocios”?

Si de concesionar se trata...

- Una concesión se debe razonar, analizando las acciones que tomará el Estado para atender una demanda cuando termine la concesión
- Si el principio es el “bién público”, se debe garantizar el acceso, la calidad y la eficiencia, antes que el lucro y las garantías a la inversión
- El Estado no puede quedar “amarrado de manos” en el mediano y largo plazo cuando una concesión fracasa
- En caso de quiebra el Estado debe asegurarse la misma no afecte sus intereses



Propuesta de ley para la promoción de bienes y servicios públicos

Exposición de motivos, considerandos y disposiciones generales

- Es necesario regular la participación privada en el ámbito de la generación de bienes y servicios públicos
- Deben establecerse garantías, estímulos y reglas justas para la inversión privada y el beneficio fiscal
- Se debe proteger el derecho de los ciudadanos al disfrute de los bienes y servicios públicos de uso común
- Se debe preservar el derecho inalienable de propiedad del Estado, en representación de la Nación, sobre los bienes públicos
- El derecho administrativo debe ser preeminente, en las reglas de relacionamiento del Estado con la iniciativa privada

El ámbito de aplicación

- Identificación precisa de los bienes y servicios concesionables y los de Reserva para el Estado
- Categorización en:
 - **obra física**
 - **servicios**
 - **explotación de recursos naturales**
- Identificación de regímenes especiales regulados por leyes específicas (aguas, minería, hidrocarburos, frecuencias radio eléctricas, etc.) actuales y futuras

Requisitos y aprobación de la Concesión

- Planificación a partir de un Plan de obras y servicios a concesionar
- Cada gobierno debe explicitar su programa de nuevos servicios y obras a concesionar, y anualmente incluirlo en el Proyecto de Presupuesto
- Antes de la licitación, según sea la envergadura del proyecto, se requiere un informe de la Comisión de Concesiones y su aprobación por el Congreso

Órganos concedentes y Sistema de Control y administración de Concesiones

- Definición precisa de los órganos con potestad de concesionar y procedimientos a seguir
- Responsables de fiscalización de obras y su mantenimiento
- La protección del usuario
- La calidad de los servicios prestados
- Análisis de posibles adecuaciones al contrato
- Vigilar el respeto de los derechos de los Trabajadores

Comisión Nacional de Concesiones

- Centralizar los estudios preliminares
- Determinar las reglas contractuales
- Diseñar la ecuación económica del proyecto
- Definir las condiciones de cumplimiento del contrato
- Centralizar la información sobre todas las concesiones
- Analizar la renovación de cada contrato

Modalidades de Concesión

- Garantizar la consulta de la población afectada por el proyecto, en especial los Pueblos Indígenas
- Modalidades de concesionamiento para cada una de las categorías
 - Obras físicas y servicios derivados
 - Mejoramiento de servicios
 - Servicios de nueva creación
 - Explotación de recursos naturales
- En todos los casos se preferirán las formas de cogestión, incluyendo la creación de empresas mixtas, que serán obligatorias para la explotación de recursos naturales

Licitación y selección del Concesionario

- El pliego de licitación contendrá normas generales y disposiciones específicas de cada caso
- Establecimiento de criterios para un Sistema de Puntajes, que se aplicará en las etapas de selección del Concesionario, perfeccionamiento del Contrato y aprobación de la Concesión por el Congreso

- a) Detallar con precisión las características de las obras y condiciones de prestación de los servicios, las formas de financiamiento y operación, garantías y sanciones, cargas fiscales y regalías y la duración de la concesión.

- b) Para la selección del concesionario se establece un sistema de puntajes donde se privilegie, además de la capacidad y fiabilidad del proponente, las propuestas con mejores condiciones de financiamiento para la República, mayores garantías y beneficios fiscales, la estructura tarifaria u otras formas de retribución propuestas y la duración de la concesión.

El Contrato de Concesión

- Establecerá normas generales para cada categoría de bienes y servicios y particulares para cada caso
- La duración del contrato será determinada para cada caso, que nunca excederá el límite de 30 años prorrogables por el Congreso
- Causales y montos de Sanción claramente establecidos, incluyendo la suspensión y cancelación de la Concesión
- Reversión de bienes públicos a la finalización del Contrato
- Cesión de derechos, como excepción, causales preestablecidos

c) De acuerdo al monto de inversión inicial y los gastos de mantenimiento, las formas de financiamiento y de gestión, la rentabilidad esperada y el margen de ganancias concedido.

Ámbito legal y resolución de controversias

- Durante la gestión de obras y servicios regirán las normas del Derecho Administrativo, en todo lo que no esté previsto en el contrato, incluyendo la preeminencia de las leyes específicas
- Vías de reclamo del Usuario
- El concedente tiene derecho de interpretación unilateral y para introducir modificaciones a los términos del Contrato
- Se prevé el derecho a exigir justa indemnización por incumplimiento o variaciones que afecten la ecuación económica del contrato en más de un 10%
- Cuando las controversias no sean resueltas de mutuo acuerdo, se dirimirán en Tribunales de lo Contencioso Administrativo

d) Dirigidas al concedente y al concesionario

e) Las modificaciones a los contratos serán por razones de bien público, no arbitrario

Responsabilidades administrativas del Concedente

- Inspección y control sobre los aspectos técnicos, comerciales y financieros
- Control de las condiciones de monopolio y abuso de posiciones dominantes
- Ganancias excesivas
- Adecuación de los servicios a las necesidades de los usuarios
- Facultad sancionatoria
- Supervisión sobre garantías e indemnización



Muchas Gracias

Colectivo de Organizaciones Sociales