

tes. Desta forma, caso as partes tenham acordado e estipulado o regime de denúncia e de oposição à renovação do contrato (celebrado antes do NRAU), será aplicável o que houver sido estabelecido pelas partes, dado o NRAU actualmente permitir essa flexibilidade de regime

No caso das partes nada terem estipulado, poder-se-á concluir que o silêncio destas equivale à sua opção pelo regime legal então vigente (o do RAU), uma vez que este silêncio pode ser considerado como uma manifestação da vontade das partes de contrair ao abrigo do regime vinculístico supletivo vigente (art. 217.º e art. 218.º do Código Civil). Efectivamente, estando em causa um regime supletivo (o dos contratos vinculísticos), se as partes não o afastaram expressamente (através de previsão de cláusula expressa em contrário), deve entender-se que tacitamente deram o seu acordo a que o seu contrato fosse regido pelo vinculismo e, em especial, pelo disposto no n.º 1 do art. 68.º do RAU, que estabelece que o arrendatário podia opor-se à renovação automática dos contratos vinculísticos nos termos previstos no art. 1055.º do Código Civil. Nesta medida, entender-se-á que este artigo integra o «estatuto contratual», em conjunto com as demais declarações das partes.

Acresce ao exposto que, de acordo com o n.º 3 do art. 59.º da Lei n.º 6/2006, as normas supletivas do NRAU «só se aplicam aos contratos celebrados antes da entrada em vigor da presente lei quando não sejam em sentido oposto ao de norma supletiva vigente aquando da celebração, caso em que é essa a norma aplicável». Como vimos, em ambos os casos (NRAU e RAU), estamos perante regimes supletivos, pelo que podemos aceitar que o NRAU (em particular, a norma que atribui o direito de denúncia a todo o tempo ao arrendatário) não é directamente aplicável a estes contratos vinculísticos comerciais. Tal como a lei visa, com esta disposição do art. 59.º, há que dar primazia à vontade das partes.

Se, para além disto, atentarmos ao disposto no n.º 2 do art. 12.º do Código Civil (que consubstancia um princípio geral de aplicação da lei no tempo), podemos confirmar a conclusão *supra*, tendo em conta que a lei nova dispõe directamente sobre o conteúdo das relações jurídicas pré-existentes, não sendo possível abstrair-se dos factos que lhe deram origem (não é possível dissociar os efeitos da aplicação directa do NRAU do facto gerador dos contratos e daquela que foi a vontade das partes quanto à duração dos mesmos, no momento da sua celebração).

Defender o contrário ao *supra* exposto (defender que

o arrendatário tem direito a denunciar o contrato em qualquer momento) equivale a defender uma destruição do vínculo ao qual as partes livremente se sujeitaram (como vimos). No entanto, importa referir que não existe ainda suficiente elaboração doutrinal ou jurisprudencial que sufrague esta questão e estabeleça um entendimento consensual quanto a este tema. Por isso mesmo, existem vários autores que defendem que, apesar de afectar gravemente o vinculismo dos contratos, o arrendatário tem, efectivamente, este direito de livre denúncia nestes contratos.

Outras questões poderiam levantar-se e, certamente, colocar-se-ão na hora de aplicar o intrincado regime transitório do NRAU aos vários e distintos contratos de arrendamento urbano existentes em Portugal. A simplicidade e liberalização anunciadas pelo legislador (e tão esperadas pelos operadores económicos) acabaram por ficar adiadas para o momento em que apenas existam contratos de arrendamento já celebrados à luz do NRAU. Até lá, o regime do arrendamento urbano em Portugal vive um misto de novo e antigo regime, em que a regulamentação aplicável acabou, em muitos casos, por resultar mais complicada do que a situação verificada antes da entrada em vigor do NRAU. O NRAU não foi nem tão longe nem tão fundo quanto se esperava. A sensação, decorridos mais de dois anos sobre a sua entrada em vigor, é a de que a verdadeira reforma deste sector continua por chegar.

VASCO AMARAL CUNHA Y  
TERESA AFONSO (\*)

## LATINOAMÉRICA

### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA EN CHILE

#### Introducción

La finalidad de este artículo es describir brevemente la regulación legal del sistema de concesiones chileno, una vez transcurridos algo más de diez años desde la entrada en vigor de la normativa

(\*) Abogados del Grupo de Práctica de Europa Central y del Este (Área Mercantil) y del Grupo de Práctica DIUM, respectivamente, de Uría Menéndez (Varsovia y Lisboa).

sobre concesiones de obra pública en ese país. Tras esta primera década de vigencia, el sistema de concesiones públicas chilenas merece, en general, una valoración positiva, tanto por la calidad de su normativa como por la interpretación razonable que de dicha normativa han venido haciendo las autoridades hasta la fecha. Todo ello ha proporcionado un alto grado de seguridad jurídica a los inversores locales y extranjeros en el país (y, muy señaladamente, a un buen número de compañías españolas que en los últimos años han participado en la creación y el desarrollo de infraestructuras en Chile). No obstante, fruto de la experiencia acumulada tras esta primera etapa de vigencia, desde hace un tiempo se ha reabierto en Chile el debate sobre el sistema de concesiones, lo que ha dado lugar a iniciativas legislativas para la reforma de algunas disposiciones legales.

El régimen jurídico aplicable a las concesiones de obra pública está integrado, principalmente, por las siguientes normas: (i) Decreto con Fuerza de Ley N° 850 del Ministerio de Obras Públicas («MOP») de 1997, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas; (ii) Decreto Supremo del MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (la «Ley de Concesiones»); y (iii) Decreto Supremo del MOP N° 956 de 1997, que contiene el Reglamento de la Ley de Concesiones. Cada concesión se regirá además por sus bases de licitación y circulares aclaratorias, por la oferta técnica y económica del adjudicatario y por el Decreto Supremo que adjudique la concesión.

Asimismo, en el sistema de concesiones chileno tienen una especial relevancia los llamados «convenios complementarios» suscritos entre el concesionario y el MOP. El objeto de los convenios complementarios es regular los términos en los que el concesionario se obliga a llevar a cabo ciertas mejoras, ampliaciones o nuevas obras en aquellos casos en los que la obra concesionada resultare insuficiente para la prestación del servicio de acuerdo con los niveles de calidad definidos en el contrato de concesión. Los convenios complementarios determinan el importe y la forma de pago de la compensación por las nuevas obras o mejoras acometidas, mediante el incremento de tarifas, el aumento del plazo de vigencia de la concesión o cualquier otro mecanismo acordado por las partes.

En la práctica, los convenios complementarios regulan una grandísima variedad de cuestiones surgidas entre el concesionario y el MOP durante la

vida de la concesión como, por ejemplo, la atribución de responsabilidad al MOP o al concesionario por expropiaciones no previstas en las bases de licitación, la distribución de responsabilidades por aquellos nuevos costes no presupuestados en la obra, la resolución de disputas entre la concesionaria y el MOP, la modificación o aclaración de determinados extremos de las bases de licitación, etc. La amplitud de asuntos que pueden ser objeto de convenios complementarios y el elevado importe de las obras sobre las que a menudo versan los convenios los convierten en una figura clave del sistema de concesiones chileno.

La iniciativa para la negociación y suscripción de convenios complementarios puede corresponder tanto al MOP como al propio concesionario, si bien en todo caso el convenio complementario solamente desplegará sus efectos si ha sido suscrito por ambas partes, sin que en ningún caso pueda ser impuesto por el MOP.

El régimen jurídico de las concesiones chilenas se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas:

- (i) Generalidad: la Ley de Concesiones se ha aplicado a objetos muy diferentes (carreteras, aeropuertos, cárceles, embalses).
- (ii) Dualidad de regímenes: se aplicará el Derecho público en las relaciones del concesionario con el MOP y el Derecho privado en las relaciones del concesionario con terceros.
- (iii) Sistema previo de resolución de conflictos: la Ley de Concesiones establece un sistema conciliatorio para la solución de controversias entre el MOP y el concesionario (a través de la llamada «comisión conciliadora», a la que se hace referencia más adelante).
- (iv) Flexibilidad: esta nota se manifiesta señaladamente en la aplicación de los principios de garantía de continuidad del servicio e igualdad en el tratamiento a los usuarios.

El contrato de concesión regula principalmente las relaciones entre el Estado chileno y el adjudicatario de la obra concesionada. El MOP es el órgano competente para otorgar en concesión una obra pública, salvo en caso de que las obras estén entregadas a la competencia de otro ministerio, servicio público, municipio u otro organismo. En estos supuestos, dichos entes públicos podrán delegar en el MOP la entrega en concesión de las obras.

Por su parte, el adjudicatario deberá constituir una sociedad anónima, que estará sometida a la fiscali-

zación de la Superintendencia de Valores y Seguros y cuyo objeto será exclusivamente «la ejecución, reparación, conservación y explotación» de la obra pública de que se trate. El capital suscrito y pagado en el momento de la constitución de la sociedad deberá ser, al menos, equivalente al 20% del presupuesto oficial de la concesión. La vigencia de la sociedad concesionaria no podrá ser inferior al plazo de la concesión más dos años. Es habitual que los licitantes se presenten a la licitación formando un consorcio sin personalidad jurídica y que, sólo en caso de adjudicarse la concesión, constituyan la sociedad concesionaria. El adjudicatario de la concesión deberá tener como mínimo un 51% de «los derechos de la sociedad concesionaria».

### Procedimiento de adjudicación de la concesión

El procedimiento de adjudicación de la concesión tiene varias etapas, entre las que podemos destacar las siguientes:

(i) *Presentación de proyectos.* Además de los proyectos que licita el MOP (u otro órgano público por propia iniciativa), los particulares pueden presentar proyectos ante el MOP. El postulante privado cuyo proyecto es aprobado por el MOP tiene derecho a un premio en la evaluación de su oferta económica, cuyo importe variará, según la categoría del proyecto, entre el 3% y el 8% del presupuesto de la obra. Además, el MOP puede acordar el reembolso de todo o parte de los gastos soportados por el postulante privado.

(ii) *Precalificación:*

- Si las obras revisten de cierta complejidad o magnitud, el MOP podrá llamar a una precalificación de licitantes.
- En este caso, el MOP preparará las bases de precalificación estableciendo requisitos jurídicos, económicos y financieros.
- Es habitual que el MOP exija la entrega de una garantía como muestra de la seriedad de la precalificación.

(iii) *Licitación.* El proceso de licitación se lleva a cabo de la siguiente forma:

- Trámites previos a la licitación. Entre estos trámites cabe destacar la elaboración de un prospecto de inversión y de las bases de licitación, las cuales requieren la aprobación del Presidente de la República.
- Llamada a licitación pública. Es el acto en

virtud del cual el Director General de Obras Públicas invita a los interesados a formular ofertas.

En los procesos de licitación podrán participar personas naturales y jurídicas, sean chilenas o extranjeras, siempre que no se encuentren afectadas por las incompatibilidades previstas en la ley.

- Proceso de consultas sobre las bases de licitación.
- Presentación de ofertas, entre cuyos requisitos está la presentación de una garantía de seriedad de la oferta.
- Acto solemne y público de apertura de ofertas.
- Evaluación de las ofertas, de acuerdo con el sistema que establezca el MOP en las bases de licitación.

(iv) *Adjudicación.* La adjudicación de la concesión a uno de los licitantes se efectuará por Decreto Supremo del MOP con la firma del Ministro de Hacienda, que será publicado en el Diario Oficial. El adjudicatario deberá suscribir y protocolizar ante notario una transcripción del decreto supremo de adjudicación, en señal de aceptación de su contenido.

### Fases de la concesión

La Ley de Concesiones distingue, en general, dos etapas de la concesión: la de construcción y la de explotación de la obra. Como tendremos ocasión de comprobar a continuación, el tratamiento jurídico de ambas fases puede variar de manera significativa.

(i) *Fase de construcción.* Se inicia normalmente con el comienzo del plazo de la concesión y termina con la puesta en servicio provisoria de la obra. La construcción de la obra se efectúa a entero riesgo del concesionario, a quien le incumbe hacer frente a cuantos desembolsos fueran necesarios hasta su total terminación.

Algunos de los aspectos de mayor interés del régimen legal de las concesiones durante la fase de construcción son:

- *Expropiaciones.* Las expropiaciones son realizadas por el Estado a cargo del concesionario, salvo que en las bases de licitación el Estado asuma total o parcialmente el pago de las expropiaciones. El Estado podrá también asumir riesgos relativos al mayor valor

de las expropiaciones o al retraso del proceso expropiatorio, si bien esto, al igual que ocurre en España, es generalmente objeto de controversia entre el concesionario y las autoridades administrativas.

- *Consideraciones ambientales.* El concesionario deberá cumplir las obligaciones en materia de medio ambiente señaladas en las bases de licitación y en la resolución ambiental que califique el proyecto, cuando corresponda.
- *Puesta en servicio.* Las bases de licitación establecerán los plazos en los que debe producirse la puesta en servicio provisoria de la concesión, momento a partir del cual la concesión pasará de la fase de construcción a la fase de explotación. Es posible la ampliación del plazo máximo para la puesta en servicio provisoria de la obra cuando se produzcan atrasos ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o totales fuere imputable al Estado, el concesionario gozará de un aumento del periodo de duración de la concesión de igual duración al período de entorpecimiento o paralización de la concesión, sin perjuicio de las compensaciones adicionales que procedan, en su caso.
- *Transmisión de los «derechos» de la sociedad concesionaria.* De acuerdo con la Ley de Concesiones, el adjudicatario de una concesión no podrá transmitir los «derechos de la sociedad concesionaria» durante el período de construcción sin autorización del MOP. Si bien la redacción de los preceptos de la Ley de Concesiones y del Reglamento a este respecto no es excesivamente clara, en la práctica se viene interpretando que con la expresión «derechos de la sociedad concesionaria» estas normas se refieren a las acciones de la sociedad concesionaria. Habida cuenta de que las sociedades concesionarias chilenas necesariamente tienen que revestir la forma de sociedades anónimas, probablemente hubiese sido más acertado referirse a la transmisión de acciones y no a la transmisión de derechos de la sociedad concesionaria. En Chile la expresión «derechos» resultaría más apropiada para designar la participa-

ción en sociedades limitadas y no en sociedades anónimas.

- *Responsabilidad del concesionario.* Durante la fase de construcción, las obras se ejecutarán a entero riesgo del concesionario, a quien le incumbirá hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya se hayan producido por caso fortuito, fuerza mayor o por cualquier otra causa, salvo disposición especial en las bases de licitación.

(ii) *Fase de explotación.* Como se ha indicado anteriormente, la fase de explotación se inicia con la puesta en servicio provisoria de la obra y termina con la extinción de la concesión. El concesionario deberá conservar las obras y servicios en condiciones normales de utilización y de acuerdo con lo establecido en las bases de licitación.

Durante la fase de explotación son aplicables los siguientes principios generales:

- *Continuidad del servicio.* El concesionario debe velar por la continuidad del servicio, prestando en condiciones de absoluta normalidad, evitando inconvenientes, incomodidades, molestias o peligros para los usuarios.
- *Tarifas.* El concesionario tiene derecho a cobrar la correspondiente tarifa a los usuarios y puede explotar los servicios complementarios que establezca el contrato de concesión dentro de los terrenos concesionados.
- *Transmisión de los «derechos» de la sociedad concesionaria.* Durante el período de explotación de la concesión, la sociedad concesionaria deberá comunicar previamente al MOP cualquier transmisión de los «derechos» de la sociedad concesionaria.
- *Responsabilidad del concesionario.* En la etapa de explotación, la prestación del servicio debe hacerse en forma ininterrumpida, salvo en situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes, y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo

que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según sea el caso. Las partes soportarán el correspondiente coste según los términos del contrato de concesión.

### **Duración de la concesión. Suspensión. Extinción**

La concesión tendrá la duración indicada en el decreto de adjudicación, que no podrá exceder de 50 años (sin perjuicio de la extensión del plazo de la concesión que, en su caso, pudiera acordarse mediante convenios complementarios). Una vez concluido el plazo, las obras serán nuevamente entregadas en concesión por el MOP. La nueva licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que exista continuidad entre ambas concesiones.

La concesión quedará temporalmente sin efecto, y se suspenderán los derechos y obligaciones de las partes, en los siguientes casos:

- (i) Guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impida la prestación del servicio;
- (ii) Destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo; o
- (iii) Cualquier causa que se establezca en las bases de licitación.

Es competencia del MOP declarar la suspensión de la concesión, previo pronunciamiento favorable de la comisión conciliadora.

La concesión se extinguirá por las siguientes causas:

- (i) Cumplimiento del plazo;
- (ii) Mutuo acuerdo, siempre que exista el consentimiento de los acreedores pignoraticios, en su caso;
- (iii) Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y
- (iv) Cualesquiera otras causas estipuladas en las bases de licitación.

### **Cesión de la Concesión. Transmisión de «derechos» de la sociedad concesionaria**

La cesión de la concesión implica la sustitución de la persona del concesionario, de manera que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al concesionario cedente. Esta cesión debe hacerse de forma total, lo que se extiende también a los casos de cesión

forzosa de la concesión. La concesión sólo se puede ceder en favor de aquella persona o grupo de personas que reúnan los requisitos para ser licitantes y, en todo caso, requerirá el consentimiento del MOP.

Por lo que se refiere a la transmisión de «derechos» de la sociedad concesionaria, tal y como ya se ha señalado, durante el período de construcción de la obra el adjudicatario no podrá transmitir sus acciones en la sociedad concesionaria sin autorización del MOP mientras que, durante el período de explotación, la transmisión por parte del concesionario del control sobre la sociedad concesionaria requerirá únicamente la comunicación previa al MOP.

En los casos en los que se requiera la autorización del MOP para la transmisión de acciones de la sociedad concesionaria, esta autorización siempre se concederá si la transmisión se efectúa a favor de un acreedor pignoraticio que cumpla con los requisitos para ser licitante de acuerdo con las bases de licitación. El MOP también autorizará la transmisión en caso de que se transmita a una sola persona un paquete accionarial igual o superior al 51% del capital social y el adquirente reúna las condiciones para ser licitante.

### **Prenda especial de la concesión**

La Ley de Concesiones faculta expresamente a la sociedad concesionaria para pignorar la concesión. La prenda especial sobre la concesión puede recaer sobre (i) el derecho de concesión de obra pública que emane del contrato de concesión a favor del concesionario; (ii) sobre todo pago comprometido por el Estado a la sociedad concesionaria; o (iii) sobre los ingresos de la sociedad.

La prenda de la concesión puede ser otorgada por el concesionario a los financiadores de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda (que en la práctica ha sido una forma de financiación muy habitual de las grandes infraestructuras concesionadas en Chile en los últimos años).

Además de la preferencia sobre los bienes pignorados que otorga en favor del acreedor pignoraticio, la prenda especial de la concesión tiene, entre otros, los siguientes efectos:

- Permite la actuación de los acreedores ante la comisión conciliadora;
- Garantiza que el MOP no extinguirá el contrato de concesión por mutuo acuerdo con

el concesionario, sin el consentimiento de los acreedores pignoraticios; y

- En caso de extinción del contrato por declaración de incumplimiento grave, se harán exigibles los créditos garantizados con la prenda especial sobre la concesión.

Esta prenda especial debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago.

La realización de la prenda debe efectuarse a través de un procedimiento judicial en virtud del cual la concesión es rematada al mejor postor.

### **Fiscalización de la concesión**

La Dirección General de Obras Públicas del MOP («DGOP») nombra un inspector fiscal para cada una de las etapas de construcción y explotación, que será el encargado de fiscalizar el desarrollo del contrato de concesión. Una Inspección Técnica de la Obra y una Inspección Técnica de la Explotación asesoran y apoyan al inspector fiscal en el cumplimiento de sus funciones en las distintas etapas de la concesión. Las órdenes o resoluciones escritas que dicte el inspector fiscal, sobre obras o sobre otros aspectos que se relacionen con el contrato de concesión, podrán recurrirse en reposición por escrito ante el mismo inspector fiscal que las dictó. Una vez resuelta la reposición, la sociedad concesionaria podrá apelar ante la DGOP. La interposición de la reposición o apelación en ningún caso suspenderá los efectos de la resolución u orden reclamada cuando se encuentre comprometida la seguridad de los usuarios, la continuidad en la prestación del servicio o la calidad de la obra ofrecida.

El MOP está facultado para imponer al concesionario que no cumpla las obligaciones propias del contrato de concesión, tanto en la etapa de construcción como en la de explotación, las multas previstas en las bases de licitación. No obstante, no se podrá aplicar una multa superior a 500 unidades de fomento sin el pronunciamiento previo favorable de la comisión conciliadora (la unidad de fomento es una unidad de indexación de la moneda chilena de conformidad con el índice de precios al consumidor; a 27 de enero de 2009, 500 unidades de fomento equivalían a aproximadamente 13.678 euros).

### **La comisión conciliadora**

La Ley de Concesiones prevé un mecanismo de solución de controversias o reclamaciones que es único en la legislación chilena. Las controversias

que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión serán conocidas por una comisión conciliadora.

La comisión conciliadora estará integrada por un profesional universitario designado por el MOP, otro designado por la sociedad concesionaria y un tercero designado de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo para la designación del tercer profesional, éste será designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Solicitada la intervención de la comisión conciliadora, ésta buscará en primer término la conciliación entre las partes. Si la conciliación no se produce dentro del plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la comisión que se constituya en comisión arbitral, o bien recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primer caso, la comisión actuará como tribunal de equidad y su decisión no será susceptible de recurso alguno. Si la sociedad concesionaria no solicita que la comisión se constituya en comisión arbitral ni recurre a la Corte de Apelaciones de Santiago, la decisión del MOP que ha motivado la reclamación será firme.

Los acreedores que, en su caso, tuvieran constituida a su favor una prenda especial sobre la concesión de obra pública serán admitidos en los procesos antes indicados en calidad de terceros interesados.

### **Declaración de incumplimiento grave**

La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión debe ser solicitada por el MOP a la comisión conciliadora, fundándose en alguna de las causas establecidas en el contrato de concesión.

Si, una vez agotado el procedimiento de negociación ante la comisión conciliadora y, en su caso, el procedimiento arbitral o judicial que proceda conforme a lo anteriormente dispuesto, se declara un incumplimiento grave del concesionario, el MOP procederá a designar un interventor que sólo tendrá facultades para velar por el cumplimiento del contrato de concesión. Además, dentro del plazo de 180 días desde la fecha de la declaración de incumplimiento grave, el MOP deberá licitar públicamente la concesión por el período que le reste de vigencia.

La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hará exigibles los créditos garantizados con la prenda especial de la concesión, los cuales se harán efectivos con el producto de la licitación, con preferencia a cualquier otro crédito. El remanente, si lo hubiere, corresponderá al primitivo concesionario.

### Cobro de las tarifas

Cuando el usuario de la concesión incumpla el pago de su tarifa o peaje, en su caso, el concesionario tendrá derecho a cobrarla judicialmente. Los tribunales competentes son los Juzgados de Policía Local del territorio en que se produjo el impago. Como indemnización compensatoria por el incumplimiento del pago de la tarifa, el Juzgado de Policía Local deberá imponer la suma mayor entre el equivalente a 40 veces el pago incumplido o a 2 unidades tributarias mensuales (la unidad tributaria mensual es una medida de referencia a efectos tributarios creada por la ley y actualizada cada mes; a 27 de enero de 2009, la unidad tributaria mensual equivalía a 48,32 euros aproximadamente).

Si bien, como hemos visto, el marco legal vigente permite al concesionario acudir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos frente a los usuarios morosos, en algunos casos los concesionarios han experimentado problemas prácticos para reclamar las cantidades debidas. Un buen ejemplo de ello es el caso de las autopistas de telepeaje o *free flow*, es decir, aquellas en las que el cobro no se produce a la entrada o a la salida de la vía, sino mediante dispositivos electrónicos que los usuarios deben llevar adosados a sus vehículos y que se activan automáticamente al pasar por los «pórticos» de la autopista. En esta clase de infraestructuras, la elevada morosidad ha conducido a una cierta saturación de los juzgados y ello, a su vez, a un importante retraso en la resolución de las reclamaciones y a un incremento en los costes de cobranza de los concesionarios. Además, los tribunales de justicia en ocasiones se han mostrado reacios a aplicar a los usuarios morosos las indemnizaciones compensatorias establecidas en la ley.

### Modificaciones normativas en tramitación

En el momento de redacción de este artículo se está tramitando ante la Cámara de Diputados chilena un proyecto de modificación de la Ley de Concesiones, cuyas novedades más relevantes son las siguientes:

(i) Con carácter general, de acuerdo con el vigente Reglamento de la Ley de Concesiones, el MOP no está facultado para exigir al concesionario modificaciones a las obras y servicios concesionados por un importe superior al 15% del monto inicial de la inversión efectuada por el concesionario (si bien puede mantenerse que, siempre que medie acuerdo del MOP con el concesionario, es posible llevar a cabo modificaciones que superen el citado importe, de tal for-

ma que parece que la prohibición se configura como una protección al concesionario).

Por su parte, el proyecto establece que, si durante la etapa de explotación, el valor de las inversiones adicionales requeridas excediese del 5% del presupuesto oficial de la obra definido en las bases de licitación, y fuera igual o superior a una suma equivalente a 100.000 unidades de fomento, su realización deberá ser licitada por el concesionario bajo la supervisión del MOP, salvo excepciones contempladas en las bases de licitación. Con esta modificación se pretende evitar que se repitan casos en los que el valor de las modificaciones a las obras y servicios encomendadas al concesionario era tan elevado que, en aplicación del principio de igualdad, debieran haber sido objeto de una nueva licitación con participación de terceros.

(ii) Actualmente, en caso de declaración de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del concesionario, el MOP necesariamente debe licitar de nuevo el contrato de concesión por el plazo que le reste, mientras que el proyecto otorga a la autoridad la facultad (pero no la obligación) de licitar otra vez la concesión.

(iii) El proyecto propone eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el MOP (sin perjuicio, obviamente, de que la imposición de esas multas pueda ser recurrida ante la comisión conciliadora y, en su caso, en vía judicial).

(iv) A diferencia de la regulación actual (en la que, como hemos visto, la comisión conciliadora estará integrada por un miembro designado por el MOP, por otro designado por la sociedad concesionaria y por un tercero designado de común acuerdo por las partes), el proyecto propone que la comisión conciliadora esté integrada por tres profesionales universitarios nombrados de común acuerdo por las partes, de los cuales al menos dos deberán ser abogados. Se establece asimismo que, a falta de acuerdo de las partes en uno o más de los integrantes, su nombramiento deberá ser realizado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago de entre los candidatos incluidos en la lista.

(v) Tal como ocurre bajo la legislación vigente, en caso de no lograrse un acuerdo entre el MOP y el concesionario en relación con una disputa, el concesionario podrá requerir a la comisión

conciliadora para que se constituya en comisión arbitral, o bien recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. No obstante, el proyecto propone que, en el primer caso, la comisión arbitral actúe de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho (y no en equidad).

DARÍO GÓMEZ DE TOJEIRO  
Y JAVIER RUIZ-CÁMARA (\*)

## A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS PLANOS DE STOCK OPTION

### Introdução

Cada vez mais as empresas buscam mecanismos de remuneração variável, visando a um maior comprometimento do empregado e à valorização das competências individuais. Nesse sentido, o Direito do Trabalho brasileiro prevê diversas formas de participação financeira dos empregados na empresa em que trabalha, tais como prêmios e participação nos lucros e resultados.

Com as transformações econômicas pelas quais o mundo passou nas últimas décadas, com cada vez mais empresas abrindo seu capital em Bolsas de Valores, tornou-se frequente a utilização dos chamados planos de *Stock Option* como técnica de remuneração variável.

Para o empregador, a concessão dos planos de *Stock Option* visa a, entre outros fatores, captar e reter talentos, estimulando o aumento da produtividade dos empregados e da empresa. Já para o empregado, a adoção do plano de *stock option* é uma maneira de poder auferir lucros significativos, participando dos ganhos da empresa.

Com a difusão dos planos de *Stock Option* no Brasil, torna-se necessário analisar sua natureza jurídica, uma vez que, caso seja entendido que o lucro auferido pelo empregado com a venda de suas ações integra parte de seu salário, haverá implicações previdenciárias e tributárias que podem resultar em relevantes encargos para o empregador. Por outro

lado, caso se constate que o plano de *Stock Option* é um contrato de natureza mercantil, os ganhos auferidos pelos empregados com a venda das ações estarão livres de tais encargos trabalhistas e previdenciários.

O presente artigo tem como escopo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, analisar conceptualmente os planos de *Stock Option* sob o ponto de vista do Direito do Trabalho, descrevendo o estágio atual da jurisprudência brasileira.

### Definição de *Stock Option*

Os planos de *Stock Option* ou planos de opção de compra de ações consistem no direito de o empregado comprar lotes de ações da empresa para a qual trabalha ou de empresas do mesmo grupo econômico por um preço fixo, determinado ou determinável em um certo prazo, segundo critérios estabelecidos na época da outorga, por meio de um plano previamente aprovado pela assembléia geral da empresa.

Trata-se, portanto, do direito de o empregado comprar, no futuro, ações da empresa para a qual trabalha por um preço, em tese, menor do que o de mercado, podendo vendê-las com lucro. Com efeito, se o valor da ação na data do exercício da opção ultrapassar o preço estabelecido na data da concessão do plano, o empregado beneficiário obterá lucro, podendo, revender as ações de imediato, ou guardar os títulos e se tornar um empregado acionista.

Historicamente, o plano de *Stock Option* era utilizado apenas por empresas multinacionais de grande porte que, ao se instalarem no Brasil, decidiam adotar um sistema remuneratório que conferisse maior participação dos empregados nos lucros da empresa. Nessa época, os planos de opção de compra de ações eram concedidos basicamente aos altos executivos das empresas como forma de recompensá-los e vincular seus interesses com os dos acionistas da companhia.

Posteriormente, foram estendidos aos demais empregados das companhias para estimular a fidelidade com a empresa para qual trabalham, com o objetivo de reter os talentos e aumentar a produtividade. Assim, todos aqueles responsáveis pelo crescimento e desenvolvimento da empresa buscariam o sucesso empresarial do seu empregador. Ademais, fomenta-se o aumento da cooperação entre os diferentes níveis hierárquicos do quadro colaborativo da empresa, o que acaba por fortalecer a imagem institucional interna e externa da companhia.

A legislação societária brasileira disciplina a hipótese de participação acionária de empregados. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) exige que

(\*) Abogados. Destacado, el primero, en la oficina de Santiago de Chile, y perteneciente, el segundo, al Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid) y previamente destacado en la oficina de Santiago de Chile.