

CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS: CRECIMIENTO INTELIGENTE

**ANÁLISIS DE LA INSTITUCIONALIDAD
CHILENA**

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

JOSÉ ANTONIO RAMÍREZ ARRAYÁS

Para Alejandra, la Ardilla, Esposa y Compañera

ÍNDICE

	Página
Agradecimientos	XI
Presentación de Ricardo Lagos Escobar	XIII
Presentación de Felipe Larraín Bascuñán	XV
Prefacio	XIX
Preface.....	XXI
Abreviaturas	XXIII

CAPÍTULO I

ALIANZA PÚBLICO-PRIVADA:

BASE DEL CRECIMIENTO

ECONÓMICO..... 1

1.1. La desideologización de los sistemas de construcción de Obras Públicas	1
1.2. Discrepancias y obstáculos en la APP	9
1.3. Mirada actual de la Alianza Público-Privada	13

CAPÍTULO II

CRECIMIENTO INTELIGENTE Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA..... 17

CAPÍTULO III

MARCO INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE CONCESIONES..... 27

3.1.	Constitución económica y sistema de concesiones de Obras Públicas	27
3.2.	Regulación legal y reglamentaria: desarrollo histórico y fundamentos de sus modificaciones	39
3.2.1.	La regulación del DFL N° 591, de 1982	40
3.2.2.	Modificaciones al DFL N° 591 introducidas por la Ley N° 19.068	43
3.2.3.	El DFL N° 164, de 1991	47
3.2.4.	Las modificaciones de la Ley N° 19.252	48
3.2.5.	Las modificaciones de la Ley N° 19.460	50
3.3.	Origen y objetivos de la nueva Ley de Concesiones	59
3.3.1.	Objetivos de la modificación legal	61
3.3.1.1.	Perfeccionamiento del mecanismo de solución de controversias	61
3.3.1.2.	Cambio en el modelo de gestión de las obras a través de la incorporación de compromisos explícitos de niveles de	

servicio	63
3.3.1.3. Resguardo de la libre competencia y adaptación de la normativa a proyectos más complejos	63
3.3.1.4. Reforzar los instrumentos del sistema regulando las posibles modificaciones contractuales	65
3.3.1.5. Dotar al Estado de herramientas complementarias para el diseño de la política pública y el resguardo del interés fiscal: Consejo de concesiones, planificación y régimen de subcontratos.....	66
3.3.1.6. Mejorar mecanismos de desincentivo a la evasión del pago a través de sistema electrónico de cobro	68

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA JURÍDICA

VIGENTE..... 71

4.1. Ámbito de aplicación del sistema de concesiones de Obras Públicas.....	71
4.2. Concesión por mandato	72
4.3. Niveles de servicio y estándares técnicos.....	73
4.4. De la teoría de la imprevisión.....	77
4.4.1. Hechos de la naturaleza o del hombre,	

ajenas a las partes contratantes que imposibilitan o dificultan el cumplimiento normal, parcial o total de un contrato.....	78
4.4.2. En cuanto corresponde a las principales obligaciones y/o cargas que se imponen a la concesionaria	81

CAPÍTULO V

PROCESOS DE LICITACIÓN Y

CONTRATACIÓN..... 83

5.1. Bases de licitación	84
5.2. Bases de Licitación y la determinación de los niveles de servicios y estándares técnicos	87
5.3. Los factores de licitación.....	90
5.4. Resguardo de la libre competencia.....	91
5.5. BALI y planificación territorial.....	95
5.5.1. Institucionalidad y ordenamiento territorial para los efectos de las BALI	96
5.6. BALI y cuidado del medio ambiente.....	99
5.7. BALI y precalificación de proyectos.....	105
5.7.1. Características del proceso de precalificación	105
5.8. BALI y adjudicación de proyectos	108
5.9. BALI y celebración de contratos	109

CAPÍTULO VI
INICIATIVA PRIVADA Y PRECALIFICACIÓN DE
LICITANTES..... 111

6.1.	La iniciativa privada	112
6.2.	La postulación	112
6.3.	Presentación.....	113
6.4.	Estudios adicionales	115
6.4.1.	Encargar los estudios al postulante	115
6.4.2.	Realizar los estudios directamente	116
6.5.	Proposición	118
6.6.	Calificación de la Iniciativa Privada.....	118
6.7.	Aprobación de la postulación	119
6.8.	Rechazo de la postulación	120
6.9.	Precalificación de proponentes	120
6.9.1.	Procedimiento.....	121
6.10.	Mejoras y ajustes a las bases	122
6.10.1.	Solicitud de información	122
6.11.	Financiamiento conjunto	123

CAPÍTULO VII
DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL
CONCESIONARIO..... 125

7.1.	Régimen de obligaciones del concesionario con el MOP y el Fisco	125
7.2.	Régimen de obligaciones del concesionario con terceros	129
7.3.	Regímenes jurídicos de la concesión durante la	

fase de construcción y explotación de la obra pública	132
7.3.1. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra contempla	132
7.3.2. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de explotación de la obra, regula.....	139
7.4. Extinción de la concesión por incumplimiento grave	142
7.4.1. Administración provisional	143
7.4.2. Modalidad para la ejecución de la obra y la prestación del servicio	144
7.4.2.1. Llamar a licitación pública de la concesión por el plazo que le reste	145
7.4.2.2. Decidir que la obra o el servicio se continuará como obra pública fiscal	147
7.5. Inhabilidad especial para participar en el sistema de concesiones	148
7.6. Término anticipado de la concesión en la fase de construcción.....	149

CAPÍTULO VIII

DE LA INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS CONTRATOS..... 155

CAPÍTULO IX

REGULACIÓN DE LOS SUBCONTRATISTAS Y
CONTRATISTAS..... 163

9.1. Modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.410	163
--	-----

CAPÍTULO X
MODIFICACIONES AL CONTRATO DE
CONCESIÓN..... 171

10.1. Inversión para el cumplimiento de niveles de servicio y estándares técnicos.....	172
10.2. Modificaciones al contrato a solicitud del MOP	173
10.2.1. Monto de la inversión adicional	173
10.2.2. Obligación de licitar en la etapa de ex- plotación	174
10.3. Modificaciones acordadas con el concesionario	175
10.3.1. Excepciones al límite del 25%	175
10.4. Hecho del príncipe.....	176
10.5. Compensaciones económicas	178
10.6. Jurisprudencia del Panel Técnico de Concesio- nes.....	179

CAPÍTULO XI
DE LOS DERECHOS DE LOS
USUARIOS..... 183

11.1. Derechos de los usuarios	184
11.1.1. Derecho de acceso al servicio	184
11.1.2. Derecho al funcionamiento del servicio.....	184

11.1.2.1. Transferencias al acreedor prendario	185
11.1.2.2. Abandono de la obra o inte- rrupción injustificada del ser- vicio.....	185
11.1.3. Obligación de mantener los niveles de servicio	186
11.1.4. Derecho de información	188
11.1.5. Derecho de presentar reclamaciones	189
11.2. Sanciones vinculadas con el no pago de peajes y tarifas	189
11.3. Derechos de contratistas y subcontratistas	191
11.3.1. Obligación de informar	192
11.3.2. Obligación de formalizar.....	192
11.4. Naturaleza jurídica de la relación entre el usua- rio y el concesionario.....	192

CAPÍTULO XII

RESOLUCIÓN DE

CONTROVERSIAS..... 195

12.1. Panel Técnico	196
12.1.1. Integración.....	196
12.1.2. Competencia.....	197
12.1.3. Funcionamiento	198
12.1.4. Criterios de resolución de discrepancias	199
12.2. Comisión Arbitral	202
12.2.1. Integración.....	203

12.2.2. Funcionamiento	205
12.2.3. Sentencia y recursos	205
12.2.4. Criterio de la Comisión Arbitral para resolver	207
12.3. Corte de Apelaciones de Santiago	209
12.4. Paralización de las obras	210
12.5. Plazos para reclamar	211

CAPÍTULO XIII

VIGENCIA DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY..... 213

13.1. Contratos de concesión vigentes	213
13.2. Licitaciones en curso	215
13.3. Excepciones	216
13.4. Normas sobre resolución de conflictos.....	216
13.4.1. Artículo 36 bis inciso 9º	216
13.4.2. Artículo 36 ter	217
13.5. Convenios complementarios	218
13.6. Modificaciones del mecanismo del cobro del TAG.....	219
13.7. Financiamiento panel técnico	220
13.8. Modificaciones legales posteriores a la Ley Nº 20.410.....	220
13.8.1. De la creación del Ministerio de Desarrollo Social.....	220
13.8.2. De la exención del pago de peaje para vehículos de emergencia	221

13.8.3. De las modificaciones introducidas por la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas	223
13.8.4. Sobre normas de seguridad mínimas de las pasarelas peatonales y los pasos desnivelados o puentes	224

CAPÍTULO XIV CAMBIOS EN LA INSTITUCIONALIDAD..... 225

14.1. La Dirección General de Concesiones	225
14.1.1. El Director General de Concesiones	227
14.2. El Consejo de Concesiones	229
14.3. El Fondo de Infraestructura	232

CAPÍTULO XV DE LA INFRAESTRUCTURA ESPECIALIZADA..... 237

15.1. Regulación y ámbitos específicos	237
15.2. De los recursos hídricos y desalación.....	237
15.2.1. Normativa contenida en la Ley de Concesiones y en su Reglamento	238
15.2.2. Competencia del MOP para ejecutar iniciativas especializadas a través del sistema de concesión de obra pública	240
15.2.3. Proyectos de infraestructura de desalación dentro del sistema de concesiones.....	241
15.2.4. Excepciones a la competencia residual	

del MOP para la ejecución de Obras Públicas	242
15.2.5. Competencia de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)	243
15.2.6. Naturaleza jurídica del agua de mar	245
15.2.6.1. Tratados Internacionales	245
15.2.6.2. Regulación constitucional y legal (propiedad de las aguas)	245
15.2.7. Competencia de la Secretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional	246
15.2.7.1. Explotación del Mar	246
15.2.8. Conclusiones	247
15.3. De la infraestructura hospitalaria, y alianza con universidades	248
15.3.1. Competencia, Funciones y Atribuciones especiales de las universidades	249
15.3.2. Factibilidad de Ejecución y Explota- ción de Recintos Hospitalarios de las universidades y la APP	250
15.3.3. Objeciones actuales y conclusiones	251
15.4. De la Infraestructura en transporte público	252
15.4.1. Normativa sectorial aplicable.....	253
15.4.2. La opción del tranvía o metro ligero como un medio de transporte sustenta- ble	256
15.5. De la infraestructura en tecnología.....	258
15.5.1. Medios de traspaso de información.....	260
15.5.2. Avances y nuevas generaciones	261

15.5.3. Coordinación entre Obras Públicas y Telecomunicaciones	262
15.5.3.1. Competencia del Ministerio de Obras Públicas	263
15.5.3.2. Competencia del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.....	265
15.5.3.3. Marco jurídico de las telecomunicaciones frente a situaciones críticas	267
15.5.4. Obras públicas con sistemas tecnológicos: Rentabilidad social.....	270

CAPÍTULO XVI

DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INSERCIÓN TERRITORIAL Y SOCIAL..... 271

16.1. Normativa aplicable.....	271
16.2. Relación con el Sistema de Concesiones de Obras Públicas	273

CAPÍTULO XVII

CONSIDERACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS.....275

17.1. Coordinación con la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas	276
17.2. Aplicación de la normativa ambiental	277
17.3. Infraestructura para el cambio climático	279

Bibliografía	281
--------------------	-----

CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	287
--	-----

AGRADECIMIENTOS

Esta obra ha sido posible gracias al apoyo brindado en un arduo y prolongado trabajo investigativo de las abogadas Daniela Collao, Gloria Campusano y Valentina Martínez. A la hora de los reconocimientos, es imprescindible recordar a mi maestro Pablo Lucas Verdú (Q.E.P.D.).

PRESENTACIÓN

A 30 años de su inicio la alianza público-privada se ha convertido en un pilar fundamental para avanzar en la infraestructura social, productiva y de integración de Chile con el mundo. En este tiempo ha surgido una institucionalidad jurídica importante e innovadora que ha permitido dar certeza jurídica al mundo privado para las inversiones que debe realizar. Esto permite una mayor capacidad financiera al sector público para definir las obras de infraestructura indispensables en el desarrollo económico y social de Chile.

Esta segunda edición de Concesiones de Obras Públicas: Crecimiento Inteligente. *Análisis de la institucionalidad chilena*, de José Antonio Ramírez Arrayas, entrega una completa y exhaustiva información de como se ha ido construyendo y evolucionando esta institucionalidad en donde han participado los tres poderes del Estado. Es sin duda un texto imprescindible para entender la magnitud institucional que se ha logrado en un ámbito que ha sido innovador, lo que explica las razones por las cuales el llamado “modelo chileno” es objeto de estudio en todos los interesados en el tema.

Esta obra es una contribución muy trascendente para evaluar lo realizado y más importante para seguir perfeccionando esta institucionalidad.

RICARDO LAGOS
Presidente de Chile
(2000-2006)

PRESENTACIÓN

Hace 26 años, en abril de 1993, se adjudicó en Chile la primera obra pública realizada bajo el sistema de concesiones. El túnel El Melón, quizás sin pretenderlo, abrió un camino de colaboración público-privada que terminaría siendo un pilar fundamental para el desarrollo del país hasta el día de hoy. A la fecha, se han invertido en torno a US \$20.000 millones en obras públicas concesionadas. Cerca de un 80% de estos recursos se han destinado a obras de infraestructura vial, mejorando la conectividad de los chilenos y la productividad del país, mientras que también se ha realizado un esfuerzo significativo en hospitales, establecimientos educacionales, obras de riego, conectividad aérea y otras obras de edificación pública.

El modelo de concesiones chileno ha sido reconocido por diversos organismos internacionales. Desde el punto de vista de la disciplina económica, tales reconocimientos son ampliamente justificados. En particular, el impacto económico que ha tenido el modelo de concesiones en Chile se podría sintetizar bajo tres ejes principales: (i) su contribución al crecimiento económico, (ii) su contribución a la sostenibilidad de las cuentas fiscales y (iii) sus externalidades positivas sobre la población.

De acuerdo a la teoría económica, los países crecen por aumentos en sus factores de producción, capital y trabajo, o por me-

joras en su productividad. El modelo de concesiones ha tenido, en distintos grados, implicancias positivas para cada una de estas variables. El efecto más directo ocurre sobre la inversión, dado que el modelo de concesiones aumenta la inversión pública muy por encima de lo que las restricciones fiscales permitirían si su ejecución fuese exclusivamente estatal. Cabe señalar que la inversión pública tiene un efecto significativo sobre el crecimiento del país. Según estudios recientes, un aumento de 10% en la inversión pública se traduce en un aumento en torno a 1,7% en el PIB per cápita.

Sin embargo, el impacto del modelo de concesiones sobre el crecimiento económico no se limita a la inversión. La disminución de los tiempos de transporte asociada a las obras de infraestructura vial ha sido fundamental para disminuir los costos de producción y mejorar la competitividad de los productores nacionales. Tales avances han permitido que los productos chilenos compitan en mejores condiciones en el extranjero, contribuyendo a la inserción de Chile en el comercio mundial. Por otro lado, el mayor dinamismo productivo impulsado por las obras de infraestructura tiene asociado una mayor creación de puestos de trabajo.

Además de sus efectos sobre el crecimiento económico, el modelo de concesiones contribuye a la sostenibilidad de las cuentas fiscales. Al aprovechar la capacidad empresarial privada, se evita recurrir excesivamente al endeudamiento público para financiar obras de infraestructura, como ha sido el caso de diversos países latinoamericanos. Más aún, el modelo de concesiones permite ahorrar recursos fiscales que pueden ser reasignados hacia las principales necesidades sociales del país, entre las que se cuentan la superación de la pobreza, la protección de la clase media, el mejoramiento de las pensiones y la calidad del sistema educacional.

El mayor nivel de inversión pública que ha permitido el modelo de concesiones también conlleva externalidades positivas para

la población. Los avances en conectividad no solo mejoran la productividad del país, sino que, además, facilitan la vida familiar y aumentan el bienestar de millones de chilenos. Por otro lado, algunas obras públicas concesionadas han contribuido significativamente a la descentralización del país. Se estima que, del impacto que ha tenido la inversión pública sobre el crecimiento económico en Chile, en torno a un 62% es atribuible a regiones.

Desde el actual Gobierno estamos comprometidos con fortalecer las alianzas público-privadas como eje de desarrollo para Chile. En concreto, para el período 2018 a 2023, la cartera de proyectos a licitar tendrá un promedio cercano a los US\$2.500 millones por año. Lo anterior representa un esfuerzo histórico si se considera que, durante las últimas dos décadas, la cartera de licitaciones nunca superó los US\$1.500 millones en un año en particular. Estos proyectos estarán destinados a carreteras, hospitales, tranvías, teleféricos, embalses y aeropuertos, entre otras obras públicas de alto valor social. Además, se buscará mejorar la eficiencia del modelo de concesiones, simplificando los procesos y aumentando la competencia.

Ante el desafío de dar un nuevo impulso a las alianzas público-privadas, es necesario contar con un análisis acabado de la institucionalidad vigente, conocer sus fundamentos, su evolución en el tiempo y su efectividad, y desde ahí poder proyectar un sistema de concesiones adaptado a los desafíos del Chile actual. En esa línea, este trabajo representa un aporte importante para el diseño e implementación de la política pública. El libro comienza por hacer explícitos los principios que subyacen al sistema de concesiones, transitando entre su sustento teórico y técnico, para luego ofrecer un análisis histórico de la regulación que rige al sistema de concesiones. El autor analiza el marco regulatorio desde sus cimientos, en las décadas de los ochenta y noventa, hasta la actualidad, tras la ley de concesiones publicada en el año 2010. El análisis, lejos de ser meramente descriptivo, profundiza en las principales razones y objetivos que subyacen a estos cambios regulatorios. Esto nos

entrega una herramienta fundamental a quienes trabajamos en el ámbito de las políticas públicas, de manera de incorporar la experiencia histórica en el análisis de las futuras modificaciones al sistema de concesiones.

En los capítulos posteriores, el libro profundiza en el proceso de licitación y la adjudicación de los contratos de concesión. El trabajo presenta de manera minuciosa y detallada el funcionamiento de las bases de licitación y su relevancia para distintas variables, entre las que destaca el resguardo de la libre competencia, un elemento fundamental para la eficiencia de sistema de concesiones y el desarrollo económico en general. Además, se aborda exhaustivamente el proceso de postulación por parte de los privados, sus derechos y obligaciones, la supervisión y fiscalización por parte del Estado, la resolución de controversias, entre otros aspectos regulatorios. Lo anterior nos entrega una visión integral del sistema de concesiones chileno, a la vez que nos hace reflexionar sobre la importancia de contar con una regulación moderna, que otorgue certeza jurídica, y permita un desempeño adecuado de todas las partes involucradas.

Finalmente, no es casualidad que el libro dedique sus últimos capítulos a abordar la participación ciudadana y las consideraciones medioambientales. En un contexto en que la ciudadanía demanda mayor transparencia y eficiencia por parte del Estado, y que las consecuencias sociales y económicas del cambio climático son cada vez más evidentes, es fundamental que el sistema de concesiones incorpore adecuadamente estos elementos en su regulación y funcionamiento.

FELIPE LARRAÍN BASCUÑÁN
Ministro de Hacienda de Chile
(2010-2014, 2018 a la fecha)
29 de agosto, 2019

PREFACIO

La alianza público-privada representa un cimiento fundamental para el desarrollo de la infraestructura pública y el crecimiento inteligente de los países. Las obras destinadas al servicio y utilidad pública significan un desafío y una oportunidad para que los diversos actores de la sociedad se desplieguen con sus mejores virtudes en aras del bien común o colectivo.

El proceso de diseñar, construir, operar y mantener la infraestructura pública robustece al país, atrae importantes inversiones, incentiva la creatividad, origina empleo de calidad, satisface tras su recepción necesidades sociales, entre otros relevantes factores.

Las obras públicas que se cimientan en esta alianza virtuosa entre el sector público y privado serán la base de la sostenibilidad socioeconómica y cultural del Estado, teniendo presente la creciente demanda de la comunidad por cobertura de servicios, la focalización de los recursos fiscales en prestaciones sociales, los avances de la tecnología y el fortalecimiento diversificado del emprendimiento privado.

Esta obra se hace cargo de la importancia de esta alianza público-privada y de estos factores claves para su desarrollo, lo que será vital para el despliegue del Estado democrático y social de derecho. Por ello se dedican sus capítulos de apertura al sustento

dogmático de esta alianza. Comprender la real dimensión de esta vinculación, permite abordar la responsabilidad que deben asumir los actores del sector público y privado.

La probidad comprensiva de la debida gestión oportuna y eficiente de la administración del Estado, de la mano con un emprendimiento privado, que asume en su actuación la esencialidad del bienestar colectivo, recorre las páginas de este trabajo. Para su debida comprensión se acompañan los elementos gravitantes que proporciona la hermenéutica jurídico-regulatoria del derecho público-económico aplicable en el sistema euroatlántico. Para ello hemos procurado aportar las justificaciones o basamentos doctrinales y jurisprudenciales necesarios.

Este libro discurre posteriormente en la institucionalidad del sistema concesional de obras públicas de Chile, atravesando sus orígenes desde 1990 hasta nuestros días, haciendo suyo los propósitos del legislador, los cambios introducidos y los efectos en su aplicación. En suma, un análisis propedéutico y pormenorizado del ordenamiento vigente.

Esta obra es la segunda edición de la que fuera publicada en 2010, asumiendo las modificaciones legales e introduciendo nuevos acápite que permiten interiorizarse –además de las tradicionales autopistas urbanas e interurbanas o recintos carcelarios– en las concesiones de las denominadas nuevas generaciones: como el transporte público, recursos hídricos y hospitalaria.

A su vez, la gravitación de la inserción social y territorial de los proyectos, comprensiva de la participación ciudadana y la protección del medio ambiente, será parte primordial de este trabajo.

Veremos en los próximos años un país desarrollado y una democracia sólida, si logramos que el compromiso por el bienestar social sea asumido por el sector público y privado. Esperamos que

este libro contribuya a dicho cometido.

PREFACE

The public-private Alliance represents a fundamental foundation for the development of the public infrastructure and the intelligent growth of the countries, the works dedicated to public service and use imply a challenge as well as an opportunity for the diverse actors of society to deploy their best virtues in favor of the common and collective good.

The process of designing, constructing, operating, and maintaining the public infrastructure strengthens the country, attracts important investments, stimulates creativity, provides quality employment, and satisfies social needs through its acceptance, among other relevant factors.

The public works that lay the foundation in this virtuous alliance between the public and private sectors will be the base of the socioeconomic and cultural sustainability of the nation, bearing in mind the growing demand of the community for coverage of services, the focalization of fiscal resources in social benefits, advances in technology, and the diversified strengthening of private entrepreneurship.

This work takes charge of the importance of this public-private alliance and of those key factors for its development, which will be vital for the deployment of the democratic and social rights of

the nation. For this reason, the opening chapters are dedicated to the dogmatic sustenance of this alliance. Understanding the real dimensions of this link, permits the actors of the public and private sectors to assume the responsibility that they should.

The comprehensive integrity of the opportune, proper, and efficient management by the government administration, from the perspective of a private business that assumes in its service area the essentiality of the collective well-being, fills the pages of this work.

ABREVIATURAS

APP	Alianza Público-Privada
BALI	Bases de Licitación
BOT	Building, Operation and Transfer (siglas en inglés para contratos concesionados de construir, operar y transferir)
CGR	Contraloría General de la República
CPR	Constitución Política de la República
DBO	Design, Build and Operation (siglas en inglés para diseño, construcción y operación)
DBOT	Design, Build, Operation and Transfer (referido a contratos concesionados de diseñar, construir, operar y transferir)
DESC / DESCO	Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DGAC	Dirección General de Aeronáutica Civil
DGCOP / DGOP	Dirección General de Concesiones de Obras Públicas
DL	Decreto Ley
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DS	Decreto Supremo
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
GP	Gestión Proba
IF	Inspector Fiscal
LCOP	Ley de Concesiones de Obras Públicas
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
MIDEPLAN	Ministerio de Planificación
MMA	Ministerio del Medio Ambiente
MOP	Ministerio de Obras Públicas
MTT	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
OECD	Organization for Economic Co-operation and

	Development (en inglés para Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE)
ONEMI	Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior
OOPP	Obras Públicas
OPF	Obra Pública Fiscal
PGS	Programa de Gestión Sustentable
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente
SC	Sociedad Concesionaria
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones
TP	Turnkey Project (de “proyectos llave en mano” en inglés)
UF	Unidad de Fomento
UTM	Unidad Tributaria Mensual
VpD	Valor por Dinero

CAPÍTULO I

ALIANZA PÚBLICO-PRIVADA: BASE DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO

1.1. LA DESIDEOLOGIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La alianza público-privada (APP) en el ámbito del emprendimiento en materias económicas de utilidad o interés público, constituye una pieza angular del Estado social y democrático de derecho. Los pilares sustentadores de esta Alianza logran basamento tanto en el estatuto dogmático-constitucional, como en el orgánico, de nuestra institucionalidad fundamental.

Es, por una parte –dogmática– que se encuentra la expresión de diversos derechos constitucionales asegurados a las personas, como la libertad individual, de emprendimiento, de asociación, libertad laboral e igualdad de oportunidades recogidos a lo largo del artículo 19 de la carta fundamental¹.

Por otra –orgánica– constituye la manifestación del compromiso estatal por medio de los órganos públicos, del ejercicio de la

¹ Respectivamente a lo largo del artículo 19 de la Constitución Política se encuentran: libertad individual (artículo 19 N° 7), de asociación (artículo 19 N° 15), libertad laboral (artículo 19 N° 16), libertad de emprendimiento e igualdad de oportunidades (artículo 19 N° 21).

soberanía, plasmando la subsidiaridad activa, que asegura un actuar positivo de las entidades para la efectiva realización material y espiritual de las personas. Ello conlleva la remoción de los obstáculos que la impiden, limitan o restringen².

Así, la APP es parte de la esencia de la constitución económica y la consecución del régimen democrático. Se recoge en lo sustantivo de la carta magna, más a su vez, se convierte en la denominación instrumental de la asociatividad por medio de las concesiones.

La figura de la APP es ampliamente reconocida en el derecho comparado, y si bien pueden encontrarse algunas diferencias dentro de cada ordenamiento, son los elementos comunes los que la vuelven una institución transversalmente reconocida. Así, puede entenderse como “un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad gubernamental, para proporcionar un bien público o servicio, en el que la parte privada asume un riesgo significativo y responsabilidad de gestión, y su remuneración está vinculada al rendimiento”³. Por otra parte, dentro de la Comisión Europea, existe una distinción genérica respecto de lo que se entiende como APP, incluyendo asociaciones de tipo institucional que no se considerarán como tal dentro de nuestro ordenamiento⁴.

La creciente necesidad de optimizar la asignación de los escasos recursos económicos con que cuenta el Estado en prestaciones directas de beneficio social, como la educación, la salud o la pre-

² Esto se manifiesta especialmente en los artículos 1º y 5º de la CPR.

³ WORLD BANK. *Public-Private Partnerships Reference Guide*, Version 2.0. World Bank Publications, 2014, p. 14.

⁴ LOO, Martín. “Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV, Valparaíso, 2º semestre de 2015, p. 315.

visión, conlleva a entregar el diseño, construcción y explotación (DBO) de la infraestructura pública, a los privados que se asocien en la APP con el Estado.

En efecto, los análisis demuestran que los DESC⁵ que se aseguran –o buscan progresivamente asegurar– en los regímenes democráticos, requieren de significativos y crecientes aumentos de presión al erario fiscal.

De allí entonces que constituye un deber de buen Gobierno, conferirles un rol a los privados en el desarrollo democrático del país. Desplegar la iniciativa económica emprendedora como derecho-deber. Esta virtuosa colaboración público-privada, permite aportar con la capacidad profesional y técnica de los privados, permitiendo al Estado –principalmente en ámbitos de infraestructura de alto costo y complejidad– una función de control, regulación y fiscalización.

La ideologización sobre la determinación de los límites de esta actuación privada, y en definitiva de áreas en donde no sería admisible la APP, escapa de los principios en que se basan los Estados democráticos de Derecho.

Por el contrario, deben ser razonamientos técnicos-legales-económicos, los que determinen los ámbitos y alcances en que actúan los particulares en áreas de servicio o utilidad pública que el Estado debe garantizar.

Estudios como “valor por Dinero” (VpD) van en esa dirección, en el entendido de que se genera VpD cuando los beneficios derivados de una infraestructura, superan los costos en los que se in-

⁵ Utilizado para referirse a los derechos económicos, sociales y culturales. Son considerados aquellos derechos de segunda generación, relacionados con derechos laborales, de seguridad social, de la familia, medioambientales, acceso a la educación, entre otros.

currió para desarrollarla, operarla y mantenerla; al contrastar el VpD de las modalidades de APP y esquema de obra pública tradicional, se optará por el que genere mayor VpD entre ambos.

Distingamos entonces en este punto los alcances del DBOT⁶ y de los ámbitos que se entregan a los privados.

Partamos por lo básico. La construcción de la infraestructura, sea que se desarrolle por medio de una Concesión –según lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas⁷– o por medio de un mero contrato de ejecución de obra –regulado por el Reglamento para Contratos de Obras Públicas⁸– es ejecutada por la empresa privada que se adjudica un contrato.

El Estado se ha desprendido mayoritariamente de los recursos materiales-técnicos-profesionales que le permiten diseñar-ejecutar con autonomía fiscal la infraestructura pública.

Así, la concesionalidad admite la participación del privado al momento de diseñar técnicamente pliegos de licitación, adjudicación, control y recepción de obras “llave en mano” (*Turnkey Project*)⁹, con garantías de los particulares que aseguren el adecuado

⁶ DBOT son las siglas para referirse a los contratos *Design, Build, Operate, Transfer* (diseñar, construir operar y transferir) Esta modalidad busca entregar la construcción y puesta en marcha de un proyecto a un agente especializado con conocimiento en el rubro para que lo ejecute (contemplando el diseño, la construcción y operación) quien, una vez que el proyecto se encuentre en funcionamiento, hará la transferencia al mandante.

⁷ Decreto N° 900 de 1996, MOP.

⁸ Decreto N° 75 de 2004, MOP.

⁹ *Turnkey Project* se refiere a un contrato en el que una empresa acuerda diseñar, construir y equipar completamente un proyecto de infraestructura para luego entregar el proyecto al comprador cuando esté listo para la operación a cambio de una remuneración. Las diferencias de costos pueden apreciarse en el siguiente recuadro que contiene cifras relativas a la construcción y operación de un proyecto

funcionamiento en las diversas etapas de estudios, construcción y operación de las obras.

hospitalario, en los que se observan las diferencias de acuerdo con la modalidad del proyecto, por medio de concesión directa o a través de un proyecto “*Turnkey Project*” (TP).

Continuación de la nota 9.					
Hospital (m²)	63.000		Referencias		
Partida	Costo UF	UF/m²	Geriátrico	Félix Bulnes	Vía Sectorial (licitación directa)
Terreno	395.600	6			
Proyecto	94.500	1,5	UF/m²	UF/m²	UF/m³
Construcción	3.150.000	50	46	55,1	76,5
Equipamiento	1.575.000	25			
	UF	MMUSS			
COSTO INVERSIÓN CAPEX (CONSTRUCCIÓN)	5.215.100	215			
COSTO OPERACIÓN OPEX completo	338.102	14			
COSTO OPERACIÓN OPEX solo mantenimiento	192.741	8			

Esto no desliga al Estado de su obligación de hacerse cargo del funcionamiento operativo de la infraestructura en sus diversos niveles y su mantenimiento, especialmente luego de los plazos de garantía.

Lo que suma el DBOT es precisamente la participación del privado no sólo en la construcción (eventualmente en parte del Diseño) sino en la operación y el mantenimiento por un período de tiempo limitado, según lo que determine la concesión en particular.

En lo institucional, la APP en el DBOT, permite que el Estado elabore una estrategia de políticas públicas de impacto sustantivo en servicios de utilidad o interés público, entregando a los privados el rol de diseño, construcción y operación, manteniendo niveles de servicio y estándares técnicos, bajo su responsabilidad técnica, profesional y financiera por el plazo de la concesión.

En este caso hablamos de la infraestructura del proyecto, no así de quienes prestan los servicios a los usuarios que se benefician del servicio que presta la obra.

Así, por ejemplo, en las cárceles concesionadas, la infraestructura, su debido mantenimiento y las actividades complementarias y necesarias para que cumpla con su funcionalidad, se entregan al titular de la concesión. Naturalmente bajo la fiscalización-control del órgano público competente, en este caso el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de Gendarmería. En este ejemplo, dichos organismos tendrán el rol de efectuar acciones de fiscalización en la labor desarrollada por la Sociedad Concesionaria en este caso relacionadas con el funcionamiento de la cárcel concesionada¹⁰, en conjunto con el Ministerio de Obras Públicas,

¹⁰ Tal como queda determinado en los considerandos 10º, 11º y 12º, Corte de Apelaciones de Concepción, recurso de apelación “Ortega Bobadilla, José Antonio con Fisco de Chile y Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A.”, rol Nº 526-2016.

a fin de asegurar un estándar de servicio al cual están obligados como órganos del Estado.

Advirtamos en este punto, ¿será conveniente, necesario, prudente y responsable inhibir a los privados del derecho de emprendimiento en materia de construcción de la infraestructura carcelaria?

Vemos que las labores de seguridad pública que envuelve la labor penitenciaria no se delegan –pues es inadmisible– por los órganos competentes del Estado.

Así, se puede argumentar que las cárceles en nuestros días son siempre construidas por la empresa privada y lo que puede variar es si se utilizará un sistema reglamentario de “llave en mano” o el concesionado. Las diferencias entre una u otra opción dependerán de estudios técnicos-económicos-legales, mas no de la ideologización del tipo de servicios o utilidad pública que presta la infraestructura.

Similar fundamentación permite comprender la aplicación de uno u otro sistema de contratación pública en diversos ámbitos de la infraestructura, como el sector hospitalario.

Los resultados en cuanto a valores, plazos y estándares técnicos no dicen relación con el modelo adoptado si no, fundamentalmente, con las BALI de cada proyecto y su respectiva gestión.

Las bases de licitación (BALI), constituyen, de este modo, un pilar esencial del modelo de contratación pública, pues las contingencias que puedan derivarse de su aplicación distan de la mera referencia al tratarse de estatutos concesionales o de “llave en mano” (*Turnkey Project-TP*).

En la elaboración de las bases de licitación encontraremos claves básicas para identificar proyectos que en su diseño, construcción, ejecución y explotación puedan desarrollarse conforme al

ideario del proyectista, en particular al Estado, en el caso de infraestructura pública. Por otra parte, el alcance de la obra proyectada, sus plazos y montos, así como los niveles de servicios y estándares técnicos, podrán lograrse tanto en modelos concesionales de licitación o de TP.

Atribuir de suyo al sistema concesional un mayor costo económico en su desarrollo y por ende imponer una restricción en las decisiones asociadas a la elaboración de políticas públicas, constituye un error conceptual, técnico y empírico. Las discrepancias, dilaciones y mayores costos pueden producirse tanto en este modelo como en el TP. Ambos consideran en su normativa limitaciones en los mayores valores que pueden alcanzar, los casos en que se admite y los prerequisites que deben cumplirse para su admisibilidad jurídica.

Los grados de definición de los proyectos pueden entenderse en ambos casos como sustantivos al éxito del proceso, pero también sabemos que pueden entregarse en su definición al trabajo propio del adjudicatario en etapas post-licitación.

Cuando adoptamos la modalidad de proyectos en los cuales éstos se encuentran definidos, tanto en el SC como en el TP, pueden producirse alteraciones de las condiciones presupuestadas. Resulta un factor normativo-casuístico consustancial a las obras públicas, por lo que la juridicidad asume su rol regulador fijando su marco de aplicabilidad. En este caso, las figuras del caso fortuito o fuerza mayor que identifica tradicionalmente nuestra codificación civil y que regula las actuaciones propias del derecho privado, son categorías que deben asumir –o subsumirse– en las obras públicas, a la interpretación que les es propia: del derecho público. Por esto se recogen en el ordenamiento diversos supuestos para los cuales se fija un marco regulatorio, especialmente en el Reglamento para contratos de Obras Públicas, en donde se entrega la responsabilidad por los daños ocasionados al concesiona-

rio¹¹, sin perjuicio de aquellos casos que debidamente justificados, permitan modificaciones a los plazos de entrega¹²; y por otra parte dentro de la Ley de Concesiones de Obras Públicas se reconocen aquellos casos en que las modificaciones permitan compensación al concesionario¹³ y el tratamiento de los casos fortuito o fuerza mayor en las distintas fases de desarrollo de la obra pública, en donde se deja principalmente el criterio de valoración a lo que eventualmente se disponga en las BALI¹⁴.

¹¹ Artículo 134 inciso 3º, Decreto N° 75/2004, MOP: “Dentro del mismo contexto, todo daño de cualquier naturaleza, incluyendo fuerza mayor o caso fortuito, que por razones ajenas al MOP, sufran las obras durante el período de construcción, será de exclusiva responsabilidad del contratista y deberá ser reparado a su costa y cargo, teniendo presente la facultad de éste de tomar los seguros que estime pertinentes”.

¹² Artículo 161 inciso final, Decreto N° 75/2004, MOP: “Si durante la ejecución de la obra se produjeran atrasos parciales ocasionados por fuerza mayor o por caso fortuito, el contratista deberá presentar a la inspección fiscal su justificación por escrito antes de que transcurran 30 días desde que se hayan producido; pasado este período no se aceptará justificación alguna. El Director estudiará el informe presentado por la inspección fiscal y las razones invocadas por el contratista para justificar el atraso y resolverá o propondrá, según proceda, la aceptación o rechazo de la ampliación del plazo”.

¹³ Artículo 19, Decreto N° 900/1996, MOP: “El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato”.

¹⁴ Artículo 7º letra f, Decreto N° 900/1996, MOP: “La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación: (...) f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales

La relación obra-Estado-privado que da vida a la contratación de obras públicas, es inherente a la labor teleológica armónica, finalista del derecho público y sólo así podremos llegar a soluciones que privilegien el bien común, asegurando a su vez los derechos y la seguridad jurídica del emprendimiento privado.

Las modificaciones de la legislación de concesiones del año 2010 tuvieron por objeto precisar estos alcances, pero dejando al intérprete el trabajo de ingeniería jurídica que amerite cada proyecto en particular.

Es por esto que tanto en las obras TP como en las SC, encontramos un sistema de fiscalización y control que, para el caso de las concesiones, le corresponde al inspector fiscal, el cual, de acuerdo con el artículo 110 del Reglamento de Concesiones, *será el profesional funcionario, nombrado por la autoridad competente, a quien se le haya encargado velar directamente por la correcta ejecución de una obra y, en general, por el cumplimiento de un contrato*. Sus atribuciones son variadas a lo largo de la construcción y explotación de los proyectos siendo necesaria su aprobación en determinados hitos del desarrollo.

La gestión que se produzca en cada proyecto será determinante para el análisis de los resultados de cada iniciativa. En este ámbito destaca el rol de la inspección fiscal de las obras TP, en cuanto actúe para resolver las dificultades de la obra, con un rol proactivo, que concibe al adjudicatario privado como un “socio” en la ejecución de la obra pública. Se considera al inspector fiscal como un intermediario entre la SC y el MOP¹⁵, ya que su principal tarea es la coordinación de los distintos departamentos ministeriales relacionados con el proyecto, que conlleva asimismo el asegurar

como caso fortuito o fuerza mayor”.

¹⁵ RUFIAN, Dolores. *Manual de concesiones de Obras Públicas*, 2ª edición. Santiago: Ed. COPSA, 2018, pp. 92.

el cumplimiento de la normativa, de las bases de licitación, del contrato asociado, así como la labor de fiscalización conforme al proyecto en particular.

1.2. DISCREPANCIAS Y OBSTÁCULOS EN LA APP

La búsqueda de soluciones a las dificultades debe ser parte esencial de la alianza público-privada que caracteriza la ejecución de OOPP. Si de ello se derivan mayores plazos o aumentos de valor, deben ocuparse los mecanismos –descritos en este trabajo– que contempla la regulación normativa.

Para los TP ante las legítimas discrepancias que puedan subsistir, tras agotar –de buena fe– las instancias administrativas, queda la posibilidad de recurrir a la Contraloría General de la República, organismo que se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca de controversias suscitadas con ocasión del desarrollo de TPs¹⁶. Paso previo y muchas veces necesarios para evitar recurrir a los procesos judiciales de lato conocimiento que prevé la legislación como fase ulterior a los acuerdos administrativos.

En la SC, en tanto, la legislación chilena goza de instrumentos adicionales que permiten contar con paneles de expertos –o *dispute boards* conforme al derecho comparado– y mecanismos de mediación y arbitraje. Si nos detenemos en los procesos de resolución de discrepancias, vemos como las Concesiones de obras públicas admiten una flexibilidad de opciones y mecanismos que –bien utilizados– permiten viabilizar soluciones justas y oportunas.

¹⁶ Ejemplos de pronunciamiento de la CGR ante este tipo de proyectos se encuentran en diversos dictámenes, siendo uno de los puntos de controversia recurrentes el pago de mayores obras, dentro de aquellos recientes encontramos los Dictámenes N° 93.128 de 28 de diciembre de 2016 y N° 18.578 de 23 de mayo de 2017.

Las funciones que cumplen el panel de expertos y las comisiones especializadas permiten escalar y aceptar definiciones técnicas jurídicas, en plazos razonables, que no afectan de manera decisiva el cronograma de las obras.

El sometimiento a estas instancias debe estar de la mano, naturalmente, de la idoneidad de la composición y de conocimiento específico de los organismos especiales creados por ley, puesto que precisamente el legislador, al despojar a la justicia ordinaria de este ámbito de competencias, lo realiza para dotar a otras entidades jurisdiccionales de la labor técnico-jurídico decisoria, lo que no deja de ser controvertido por la pérdida de atribuciones de los órganos encargados de administrar justicia.

Sin embargo, es fundamental atender a la importancia de soluciones prontas, oportunas y de cumplimiento efectivo en aras del bien jurídico que se busca proteger: las obras públicas, su concreción, con adecuadas prestaciones para los usuarios, y las contraprestaciones económicas equivalentes, que se previeron de buena fe al momento de las adjudicaciones contractuales con los privados.

Es clara la falta de mecanismos jurisdiccionales especiales en las obras públicas “llaves en mano” (TP), sometidos al reglamento de obra pública convencional –no concesional.

Tras la actuación posible de la CGR a la que nos referimos en diversos acápite, la vía de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia nos lleva a un largo y arduo proceso, que incluye a la Corte de Apelaciones y a la propia Corte Suprema de la nación. Un horizonte que tiende al “escape”, cualquiera sea el resultado, primordialmente debido al principio de la oportunidad en el caso de que las obras se encuentren en fase constructiva. Por ello, buscar mecanismos especiales de solución de controversias en obras llave en mano-TP, aparece como un objetivo loable y necesario en la obra futura del legislador.

Vemos en la gestión-discrepancia-solución de las diversas etapas de los procesos de desarrollo de infraestructura pública, claves para entender las complejidades y “entramamiento” que se suscitan en las diversas iniciativas.

Los mecanismos que prevé la ley, en cada caso, sin perjuicio de sus posibles perfeccionamientos –que hemos señalado más arriba– son suficientes para lograr el adecuado funcionamiento de las instituciones en obras públicas, en cualquiera de sus modalidades regulatorias.

La gestión de aquellas amerita –eso sí– el adecuado ejercicio y entendimiento del principio de la probidad administrativa enmarcado en la disposición de apertura del artículo 8º de la CPR¹⁷.

Sobre esto último es clave ahondar. Los agentes de la obra pública que intervienen en diversas instancias del proceso administrativo, ya sea como Inspectores Fiscales, asesoría técnica, divisiones, departamentos, así como los cargos de dirección o de jefatura de gabinetes u otros, deben actuar con la medida y diligencia debida, con la discrecionalidad y racionalidad que exigen sus cargos, de manera que los objetivos públicos se cumplan, objetivos que se encuentran recogidos como principios dentro de la normativa: efectividad, eficiencia, oportunidad, buena fe, entre otros, a fin de llevar la norma aplicada en cada obra al servicio del bien común comprometido, que exige que las contraprestaciones público-privadas se cumplan.

En consecuencia, las dilaciones de procesos administrativos, la falta de respuestas oportunas, las respuestas sin solución efectiva, razonable o meramente formal o la falta de organismos especializados para resolver efectivamente eventuales controversias, se

¹⁷ La probidad administrativa que exigen por mandato los Constituyentes y que desarrolla la normativa infra constitucional, debe asumir no sólo la prohibición de conductas penales tipificadas, sino que también la adecuada actuación pública.

alejan y violentan las garantías del principio de probidad administrativa. Condenan a su vez a un previsible fracaso o entrabamiento de la obra pública.

Es por esto que la gestión adecuada de los entes públicos que se encuentran dentro del marco regulatorio de la obra pública, sea como TP o concesional, pasa a ser un elemento decisorio en el éxito del proceso de diseño-constructivo y operacional.

Asimismo, los equipos multidisciplinarios de trabajo, la mancomunidad de los departamentos legales con los de ingeniería, ambientales, de participación ciudadana y las mesas público-privadas, todos ellos con capacidad de resolución técnico-administrativo, son algunas de las claves para que la gestión tenga éxito.

En oposición a lo anterior, el eterno e insoportable paso de documentos por oficinas para cumplir el cansino tránsito que se supone, es parte del proceso lógico de las obras, aparece como una visión amenazante, atentatoria del principio de probidad que envuelve y ampara la gestión pública, que busca imponer el interés público por sobre el personal y una forma de hacerlo, es creando canales eficaces de comunicación con la Administración.

Inútiles serán pues las normas jurídicas vigentes, incluso sus eventuales perfeccionamientos, si tras ellas no encontramos equipos humanos investidos de los principios de probidad pública que conlleva la gestión oportuna, proactiva, racional, técnica, eficiente y de buena fe.

La adecuada utilización de los recursos de *todos los chilenos* —frase que se escucha con habitualidad para referirse a los fondos que el Fisco destina a las OOPP— conlleva procesos administrativos certeros, breves, de complejidad técnica asumida profesionalmente (con asociación público-privada) transparentes y que en definitiva están destinados a lograr efectivamente los objetivos de

la contratación. La gestión no sólo enmarca la actuación pública sino, como es lógico, hace imprescindible la capacitada actuación del sector privado.

Esto implica que la adecuada labor de los responsables de la interacción con lo público, los tomadores de decisiones, quienes asumen gerencias, jefaturas de proyectos, abogados, ingenieros, urbanistas, economistas, asesores, y las diversas profesionales que participan en esta Sociedad, si no comprenden la dirección de la probidad constitucional aplicada a las obras públicas, estarán destinados al fracaso o al entramamiento del desarrollo de su proyecto.

La colaboración-actuación de lo privado en lo público, hace imprescindible que también en el “mundo” de los particulares, se efectúen las mesas de trabajo multidisciplinarias, que asuman los factores normativo-administrativos, por los cuales deben velar los órganos del Estado, y así asumir la inserción social y territorial de los proyectos, entre otros deberes que regularmente se reconocen como propios de los entes públicos.

Los privados al involucrarse en proyectos públicos, deben asumir la responsabilidad de ser parte del éxito de las políticas públicas, lo que conlleva un ámbito de entendimiento del emprendimiento que supera las lógicas circunscritas a las iniciativas particulares. Entonces, la buena fe contractual en este caso, exigirá al privado que actúa en la obra pública, comprender por ende principios de la interpretación teleológica, finalista y armónica de las convenciones con el Estado, así como aquellos principios bajo los que se rige.

1.3. MIRADA ACTUAL DE LA ALIANZA PÚBLICO-PRIVADA

Pensemos en la nueva generación de infraestructura pública que será necesaria implementar en los próximos años y la experiencia que nos entrega el desarrollo de obras, en particular el úl-

timo decenio. La reforma de la Ley de Concesiones hacia 2010, que coincide con la primera edición de este libro, es testimonio de las dificultades sobrevinientes en el desarrollo de las Concesiones de obras públicas. La iniciativa legislativa en sus orígenes se enfocaba en el mecanismo de resolución de controversias, su perfeccionamiento posterior se orientó a entender la dinámica de las APP en su contexto, buscando el perfeccionamiento de la institucionalidad en su conjunto. No exenta de críticas y presiones, el marco jurídico estrenado en esos años ha permitido proseguir con los planes concesionales del Estado, titulados ambiciosamente con perspectivas de futuro de corto y mediano plazo: 20/20, 20/30¹⁸.

Más allá de nuevos perfeccionamientos en el ámbito reglamentario –y no de ley– sobre todo en materia de incentivos a las iniciativas privadas (IP) en proyectos concesionales de obra pública, no estamos ahora “culpando” o enfocándonos en nuevos mejoramientos legislativos para corregir, o potenciar el sistema de las DBOT. Así pues, los conflictos, que pueden generarse –y se producen o se verificarán– nos lleva a enfocarnos en un concepto que destacamos más arriba: la gestión en las APP. Este tópico también será clave en las TP (proyectos “llave en mano”).

La dificultad o más bien la dinámica propia que presentan los proyectos de infraestructura pública hacen imprescindible una gestión proba, que denominaremos GP, lo que será consustancial a lo largo del desarrollo del proyecto. Esto implica que la asociación pública que se da en los contratos de obra pública –tanto concesionales o de TP– cumplan con el principio de probidad adminis-

¹⁸ En vista a dichas proyecciones se crearon documentos ministeriales enfocados en dar a conocer las políticas públicas a largo plazo en infraestructura. Así encontramos *Chile 2020 Obras Públicas para el desarrollo*, disponible en http://www.infraestructurapublica.cl/wp-content/uploads/2017/04/MOP_CHILE_2020.pdf y *Agenda Infraestructura Desarrollo e Inclusión Chile 30.30*, disponible en https://www.mop.cl/Documents/Agenda_2014-2020_baja.pdf (documentos consultados el 27 de febrero de 2019).

trativa constitucional, consagrado en el artículo 8° de la CPR y su reglamentación complementaria para los órganos del Estado y, por ende, las diversas entidades y reparticiones que intervienen en las diversas etapas procedimentales.

Finalmente, tanto para los órganos del Estado como para los privados involucrados, las actuaciones útiles, consecuentes con los objetivos, oportunas, racionales, de buena fe, con interpretaciones teleológicas, finalistas y armónicas de las normas, son mucho más que cumplir –supuestamente– con una mera formalidad procesal-administrativa.

El temor a la sanción, a la responsabilidad administrativa del funcionario con atribuciones, y que debe hacerse cargo o participa en una determinada etapa, muchas veces conspira con su Gestión Proba (GP).

Por ello, será parte de los estamentos en su orden jerárquico dar el debido soporte de recursos humanos y de respaldo institucional para que pueda llevar a buen puerto el complejo proceso de Diseño-construcción-operación de obras públicas.

Insistimos en la probidad como un principio de responsabilidad solidaria, en todos estos niveles de actuación administrativa, que incluye como aludido a los inspectores fiscales, asesoría técnica y jurídica, cuerpos de dirección superiores y departamentos de especialidades como las de ingeniería, ambientales o participación ciudadana. Conjuntamente, la contraparte privada al participar en las APP asume en la gestión de sus responsables –como también hemos mencionado– deberes de conocimiento de los valores y principios del orden público económico de las OOPP, también consagrado por mandato constitucional, en el artículo 19 N° 21 de la CPR.

La libertad para desarrollar actividades económicas por parte de privados se circunscribe al cumplimiento del ordenamiento

jurídico que las acompaña y enmarca. Por lo tanto, las OOPP no pueden concebirse como contratos privados de obras ya que su alcance e interpretación son diversos, lo que implica consecuentemente una gestión privada distinta, especializada.

La interacción de las alianzas público-privada en OOPP (APP/OOPP), para ser exitosas deberán asumir que las dinámicas propias de los procesos de DBOT hacen imprescindible enfocarse en la gestión proba de los proyectos, asumiendo los elementos que ello implica y que hemos detallado más arriba, como la racionalidad, oportunidad y buena fe.

Ahora, si revisamos obras de complejidad innata a su naturaleza, como los hospitales, los embalses, sistemas de desalación de agua, puentes, sistemas de transporte público, entre otros, vemos que la GP será un elemento concadenado de toda la estructura decisional de las APP, ya que debe informarla desde el origen de la iniciativa, hasta el proceso de licitación/adjudicación / construcción y operación.

Como consecuencia de lo anterior, la imprevisibilidad o, en sentido contrario, la previsibilidad absoluta, no será posible o al menos, no puede asegurarse. Por ello, el propio legislador lo regula tanto en el sistema de concesiones de OOPP¹⁹ como en los TP.

Sin embargo, serán el o los responsables de la GP, los que deberán arribar a los acuerdos/interpretaciones necesarios para no llegar a conflictos que deriven en mecanismos jurisdiccionales, puesto que dicha instancia debe ser la última *ratio*.

No estamos con ello minimizando o criticando arribar a bús-

¹⁹ La imprevisibilidad se reconoce principalmente en la Ley de Concesiones de Obras Públicas en su artículo 19 al fijar los requisitos necesarios para solicitar compensación por parte del concesionario y dentro del artículo 22 N° 2, fijando las reglas respecto a imprevistos dentro de la fase de construcción de las obras concesionadas.

quedas jurisdiccionales de solución de controversias; lo que advertimos es la importancia que la GP tiene para que las obras públicas puedan desarrollarse en un marco de continuidad y cumplimiento contractual, ocupando en sus diversas fases y por todos los operadores de las APP, la hermenéutica jurídica con los elementos del derecho público económico regulatorio de las OOPP, de forma de asegurar la fluidez del desarrollo de los proyectos.

Este valioso “arsenal” de herramientas jurídico-técnicas nos permiten velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, su necesaria seguridad jurídica, y, a su vez, avanzar proactivamente con las decisiones de los agentes del sector público y privado que participen en las obras públicas.

CAPÍTULO II

CRECIMIENTO INTELIGENTE Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA

El crecimiento inteligente y la infraestructura basada en la APP es un tópico necesario de resaltar, con el objeto de comprender la relevancia de esta interacción para alcanzar índices crecientes de progreso y bienestar social.

El crecimiento inteligente aparece como una respuesta a la tendencia surgida en las políticas sociales post crisis por medio de las cuales las acciones del Estado se orientan a constituirse en “un instrumento al servicio del crecimiento económico y residualmente un medio de integración y bienestar social”²⁰.

Ligar el bienestar social con las formas de asociación público-privada, resulta ser parte de los desafíos que enfrentan las políticas públicas, para la concreción de los derechos sociales que aseguran, tanto la Constitución como sucesivamente los programas de Gobierno en un Estado democrático de derecho. Cuando la doctrina advierte la necesidad de una “agenda de nuevo tipo basada en los principios de solidaridad intergeneracional, inclusión,

²⁰ RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Políticas sociales e inversión social en un horizonte de consolidación fiscal y reestructuración permanente del Estado de Bienestar”. En Jaraíz, Germán. *Bienestar Social y Políticas Públicas. Retos para pactar el futuro*. Madrid: Ed. Catarata, 2018, p. 17.

cercanía territorial, y participación social”²¹, se identifica con el principio de la inserción social y territorial de los proyectos de infraestructura pública.

Las inversiones que requieren los proyectos APP significan un esfuerzo económico, de gestión empresarial y técnica, una apuesta de confianza a un número de años relevante –20, 30 o más con el Estado. Como contrapartida de esta asociación, los órganos del Estado dedican una parte significativa de su capacidad de gestión administrativa, recursos fiscales, capacidades técnicas de cobertura –como sabemos limitadas y priorizadas–, y una responsabilidad política-institucional en los niveles de dirección.

La selección de los proyectos para poner en juego este *match* de disciplinas y responsabilidades, de gestión y recursos, de inversiones y controles, apuntan a una gestión de políticas públicas –como ya hemos recalcado y conviene volver en este punto– oportuno y eficiente.

La probidad de la gestión, como desglosamos previamente, está en juego cuando no se toman decisiones, se dilatan, son infundadas o no se actúa de buena fe. Al fallar estas premisas, junto con el no funcionamiento de las APP, se comprometen, arriesgan y pierden los recursos fiscales y la credibilidad del sistema, frustrando el bienestar social y el propio crecimiento económico.

La confianza en las instituciones, en las diversas expresiones en que se manifiesta la sociedad, hace imprescindible el buen actuar de los órganos públicos con competencias y atribuciones atinentes a cada sector de la Infraestructura.

Recordemos por un minuto la formidable narración de la conexión telegráfica entre América y Europa que describe Stefan Zweig, las travesías infructuosas y los, al menos, tres célebres

²¹ RODRÍGUEZ (2018), p. 38.

momentos de fracasos y angustias, hasta su consecución, que permiten la comunicación entre los dos continentes. Más allá de las importantes capacidades técnicas desplegadas, el autor abre este relato enfatizando: *“para realizar un milagro o algo milagroso siempre es necesario preparar antes la confianza de un individuo en ese milagro”*²².

Por otra parte, si revisamos el esfuerzo de la doctrina por explicar conceptos vinculados al desarrollo sustentable o sostenible, el autor Steven Pinker en su libro *“En defensa de la ilustración”*²³, examina el porcentaje de la utilización de esta palabra en inglés, por años. Con un enfoque humorístico, el autor estima que, llegado un punto, dicha palabra se utilizará dentro de todas las oraciones de los textos, alcanzando un tope máximo. Conforme a la ética de la “sostenibilidad”, que busca el ideal de utilizar un recurso renovable, que se renueve constantemente al ritmo en que se explota, veremos cómo se aborda la acción humana en los factores de producción, su impacto, consecuencia, así como un rico debate sobre el rol del Estado, los mecanismos de regulación y la línea gris o roja que permanentemente se tiene en vista para criticar o justificar las políticas públicas.

Es interesante mencionar la visión de Pinker sobre la “necesidad de recursos” que tienen las personas, colocando una diversa perspectiva en el debate: otras fuentes de producción o de bienestar²⁴, *debido a que la mente humana con su capacidad combinatoria recursiva puede explorar un espacio infinito de ideas y no se halla limitada por la cantidad de ninguna clase particular de ma-*

²² ZWEIG, Stefan. *Momentos estelares de la humanidad*. Barcelona: Ed. Acantilado, 2002, p. 193.

²³ PINKER, Steven. *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós, 2018, 741 pp.

²⁴ PINKER (2018), p. 168.

terial terrestre.

La manipulación del mundo físico a la que se refiere, para contar con recursos hídricos, energía, transporte, alimentos etc., nos lleva a las interrogantes acerca de los métodos con que el ser humano interactúa con su entorno (lo que Pablo Lucas Verdú mencionaba en sus clases como el entorno vital).

Los ecopesimistas²⁵ de los que Pinker advierte y que rechazan la idea de que la tecnología es el medio de salvación frente a las crisis globales, especialmente en materia de medio ambiente, será una contrapartida del “futuro del progreso” por el cual “hoy el mundo es unas cien veces más rico que hace dos siglos y la prosperidad se está distribuyendo de manera más equitativa entre los países y los habitantes del planeta”²⁶.

Los derechos fundamentales de las personas, en el ámbito social, económico y cultural, dependerán de la sociedad en la que viven y se desenvuelven, por ende, el comportamiento de la alianza público-privada, como fuente de producción de los bienes y servicios que requieren, será primordial.

Su relación, los contrapesos, las formas de fiscalización y sanción, la proactividad de los actores, la probidad en el actuar de cada parte, en la que nos hemos detenido en otros acápites de este trabajo, será parte del análisis que debemos tener presente cuando examinamos el crecimiento del país.

La proporcionalidad de los derechos fundamentales, sus restricciones o limitaciones provenientes del interés público o común, que desarrolla Aharon Barak²⁷, las justificaciones y el

²⁵ PINKER (2018), p. 165.

²⁶ PINKER (2018), p. 397.

²⁷ BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 277.

“componente de legitimidad”, a que se refiere como necesarios en las democracias constitucionales para restringir derechos fundamentales, nos deben llevar al plano del modelo de crecimiento inteligente que nos permite establecer un estatuto de Derechos Humanos en las cartas fundamentales, aplicable, real, ejecutable.

La Constitución Silenciosa²⁸, a la que se refiere Barak es un concepto también pertinente, que la asimila a la posibilidad de restringir derechos fundamentales, por causas de interés común justificado, aun cuando la Carta fundamental no lo indique expresamente, arribando a categoría de interpretación constitucional para estos efectos.

Si lo llevamos al plan de la APP como motor de la productividad de bienes y servicios, necesarios para el bienestar común, lo podremos ligar al cumplimiento de los “derechos prestacionales”, esto es, los derechos económicos, sociales económicos y culturales (DESC).

Al permitir la actividad económica que desarrollan los particulares, en alianza con los órganos del Estado, cada uno en su rol constitucional, estaremos vinculando el futuro del aseguramiento de los DESCO con el buen funcionamiento de las formas de la APP.

A su vez, las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, que admite el principio de proporcionalidad, se pueden asumir en un doble enfoque:

Por una parte, el actor privado que ejerciendo su derecho a realizar actividades económicas (artículo 19 N° 21 de la CPR) participa en las APP, podrá ser regulado por el Estado. Así por ejemplo imponiendo condiciones o prohibiciones en el ámbito am-

²⁸ BARAK (2017), p. 162.

biental o en la inserción social y territorial de los proyectos.

En otra dimensión estas restricciones o limitaciones podrán imponerse al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, pues las APP pueden requerirlo para su adecuado funcionamiento. Por ejemplo, el pago de tarifas (o dicho de otro modo la restricción al que no paga) u horarios.

Así el crecimiento inteligente, el desarrollo sustentable/sostenible, pueden incorporarse a la categorización constitucional de principios y valores, a los cuales se les aplica la hermenéutica constitucional para la adecuada interpretación de sus alcances.

Como indica el trabajo de Silvia Diez Sastre²⁹, al analizar la formación de conceptos en el derecho público, los conceptos jurídicos se valoran según las funciones que son capaces de desempeñar, “La función se convierte así en elemento clave en la formación del concepto”³⁰.

En esta línea, la búsqueda de la finalidad heurística de los conceptos se refiere al aseguramiento de la APP en el desarrollo del crecimiento inteligente. Luego, es preciso observar que “En el manejo de los conceptos jurídicos es fundamental entonces tener en cuenta la impronta social, política o económica que pudo darse a cada concepto en un momento dado y que puede proyectarse en la actualidad a través de su utilización”, lo que guarda relación con la finalidad de las APP en relación con el interés público comprometido³¹.

²⁹ DIEZ SASTRE, Silvia. *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: Definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018, 218 pp.

³⁰ DIEZ (2018), p. 155.

³¹ DIEZ (2018), p. 159.

Conviene en este punto referirnos al “derecho a una buena administración”, que reconoce la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, en donde se explica tal derecho imponiendo “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”³², que conlleva la debida fundamentación de los actos administrativos asegurando no sólo el cumplimiento formal de la norma para justificar un eventual revisionismo jurisdiccional de la misma. El necesario cumplimiento del “mandato” del legislador por parte de la administración para que motive sus actos. Y agregaríamos, en sus efectos concretos, el “servicio a los intereses generales, objetividad y eficacia”³³, como lo describe Marta García Pérez.

La verificación de los actos administrativos que enmarcan los procedimientos de las APP requiere de la garantía efectiva de este derecho a la buena administración. La seguridad jurídica y el principio de legalidad que asume la CPE (artículos 7º y la garantía del artículo 19 N° 26), asumen estos valores de la motivación del acto administrativo. Desconocerlo, desnaturaliza los mandatos constitucionales, llevándonos a la prevalencia de un Constituyente no sincero, un legislador formalista y no finalista, a órganos públicos que no cumplen con el derecho a una buena administración.

Es preciso por ende que la correlación Constitución-legislación/regulación-actos administrativos, cumplan con el test de la eficacia, oportunidad, buena fe, que se verifica en la motivación y sobre todo en los efectos concretos del proceso admi-

³² GARCÍA, Marta. “El régimen jurídico de las normas y actos administrativos”. En Meilán, José Luis y García, Marta. *Norma y Acto Administrativos*. Madrid: Ed. Iustel, 2018, p. 261, referida al artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10, diciembre de 2000.

³³ GARCÍA (2018), p. 262.

nistrativo. El “*Iter*” que debemos realizar para comprobar que se cumple el derecho a la buena administración en las APP, es parte del proceso de la democratización de los actos administrativos³⁴.

Nociones a las que nos hemos referido en este trabajo que vinculan estrecha y dependientemente: crecimiento inteligente/desarrollo sustentable (sostenible)/DESC, serán inútiles, ino cuas, si no van aparejadas de la certera y comprobable prueba del “*Iter*”, del procedimiento de los órganos públicos que aseguren el derecho a la buena administración.

Lo anterior, no olvidemos, en el marco de la asociación público-privada, hace imprescindible que los particulares comprendan, asuman y cumplan de buena fe, utilizando las categorías de la hermenéutica heurística, lo que permite el cumplimiento de los fines de la norma. Esto conlleva omitir conductas –también para el emprendimiento privado– que escabullen los resultados efectivos y oportunos, en la búsqueda de beneficios que no están previstos en el pacto consensuado que motivó la APP.

El emprendimiento económico que forja las APP, su interacción con los DESCO, el desarrollo de la infraestructura pública (concesionada o no), coloca al derecho público económico en posición de vigilia y permanente aplicación. Lo anterior será vital para evitar contingencias y asegurar la búsqueda permanente de soluciones que garanticen el bienestar social.

La seguridad jurídica debe darse tanto para asegurar el éxito del emprendedor que ejerce su derecho constitucional a realizar actividades económicas, como el de las personas que son usuarios o requirentes de los bienes y servicios y, por ende, titulares de derechos socioeconómicos.

La vinculación conceptual entre crecimiento inteligente, APP,

³⁴ GARCÍA (2018), p. 263.

desarrollo sustentable/sostenible, DESCO, seguridad jurídica, serán, por tanto, pilares del Estado constitucional y democrático de derecho.

Los instrumentos normativos que lo regulen, así como su interpretación cotidiana y progresiva, por los diversos actores públicos y privados, debe ser parte de una construcción permanente de la ingeniería jurídica necesaria para proyectar las obras públicas, diseñarlas, construirlas y operarlas.

La prevención de contingencias, la solución de conflictos, será un camino permanente y necesario de recorrer en las diversas etapas del cada proyecto.

Como advierte Jeremy Waldron³⁵, el ejercicio de los derechos –en este caso de los particulares que participan en las APP– supone “prestar una mayor atención” a los procesos en los que se toman decisiones, lo que en el ámbito de la “comunidad” podemos agregar que se forma entre lo público y lo privado, en las APP se produce constantemente.

En este tipo de convenios en los cuales se desarrolla la infraestructura –sea en los diversos mecanismos de DBOT o llave en mano–, las materias susceptibles de producir desacuerdos en los alcances de las normas, su interpretación nos llevará a la debida complementación de la “teoría de la autoridad”, *cuya función es determinar cómo deben ser tomadas las decisiones cuando los miembros de una comunidad discrepan acerca de qué decisión es correcta*, puesto que es relevante no sólo hablar de derechos, sino también de los procesos a través de los que se toman las decisiones³⁶.

³⁵ WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos* (traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga). Madrid: Marcial Pons, 2005, 443 pp.

³⁶ WALDRON (2005), p. 301.

De allí que los mecanismos para enfrentar las distintas visiones respecto a los alcances de lo pactado en las APP, amerita en sede administrativa un trabajo permanente y mancomunado entre la administración y los privados para, utilizando las categorías del derecho público económico, avanzar de manera oportuna, eficiente y de buena fe en los convenios de infraestructura pública.

Allí radica el primer y mayoritario esfuerzo, la última *ratio* será recurrir a mecanismos de resolución jurisdiccional, ya sea a nivel de la Contraloría General de la República –contratos llave en mano– paneles de expertos, comisiones conciliadoras –DBOT, concesiones– o tribunales de justicia (en ambos casos).

Las categorías del derecho privado, o la mera interpretación formalista o literal del ordenamiento regulatorio, conspiran contra el éxito de las formulaciones jurídico-institucionales para innovar ante nuevos requerimientos, así como para el desarrollo de cada proyecto.

La seguridad jurídica como valor jurídico protegido va ligado al crecimiento inteligente, como instrumento garantizador de las inversiones privadas, del esfuerzo emprendedor, en un contexto de actuación efectiva y oportuna de las autoridades públicas competentes.

La seguridad jurídica –entendida como la situación psicológica en que una persona como miembro de la sociedad conoce el ordenamiento jurídico, sus derechos y obligaciones con la certeza de que dicho sistema se mantendrá estable a lo largo del tiempo³⁷– permite el fomento y crecimiento de las inversiones en materia de infraestructura. Lo anterior no resulta absoluto a fin de no otorgar

³⁷ CEA EGAÑA, José Luis. “La seguridad jurídica como derecho fundamental”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo*, año 11 N° 1, 2004, pp. 47-70.

extrema rigidez a las instituciones, sin embargo, es un pilar fundamental en nuestro ordenamiento constitucional.

A fin de resguardar esta garantía se han incorporado “instituciones políticas, sociales, económicas y jurídicas destinadas a infundirle la mayor eficacia”³⁸. Esta se encuentra ampliamente reconocida por diversos principios legales y por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. El Tribunal Constitucional estableció en una de sus sentencias: *“La Constitución consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5, 6 y 7, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del Derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al Derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados.*

*Esa confianza se ve naturalmente disminuida, si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquellas con las cuales quien las realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones. Se desprende de lo anterior que, tal como se ha reconocido en el Derecho comparado, en principio y sin perjuicio de la o las excepciones que el propio ordenamiento constitucional contempla, la retroactividad de una ley atenta en contra de los valores antes mencionados, que son esenciales en un Estado de Derecho como el que establece nuestra Constitución”*³⁹.

³⁸ CEA (2004), p. 54.

³⁹ Considerando 67º de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de febrero de 1995 (rol N° 207).

Concordante con lo anterior encontramos el principio “*the law must be accesible and so far as posible inteligible, clear and predictable*”, que desarrolla Tom Bingham, en *The Rule of Law*⁴⁰ en orden de encontrar lo que podemos o no realizar. Llevado a parámetros de la actividad económica propia de la alianza público-privada, este principio jurídico adopta ribetes de significación clave para la consecución de este crecimiento inteligente.

En efecto, de que sea preciso innovar, arribar a otro tipo de emprendimientos, en los cuales la priorización de las inserciones territoriales y sociales de los proyectos sean preponderantes o que la preservación de los recursos naturales coloque un elemento de interrogación de los factores que deben cautelarse, las reglas claras para el sector privado y público serán esenciales.

Insistimos por ello, que no basta con un sistema normativo, sino que será imperativo el ejercicio de una hermenéutica periódica administrativa, en los diversos niveles de resolución técnico-institucional, que permitan recorrer de manera certera y prístina los caminos regulatorios

⁴⁰ “La ley debe ser accesible y, en la medida de lo posible, inteligible, clara y predecible”, BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2011, 211 pp.

CAPÍTULO III

MARCO INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE CONCESIONES

3.1. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Para abordar la institucionalidad económica fundamental que ampara el sistema de concesiones, es preciso recurrir a los principios de finalidad del Estado y subsidiariedad activa y pasiva, que reconoce la Constitución Política de la República (CPR).

Descubrimos tras estos principios los ejes esenciales del engranaje constitucional del sistema concesional de la infraestructura pública. Constituyen estatutos de apertura institucional, que permiten comprender las concesiones de obras públicas, por lo que abordaremos estos principios, primeramente, para luego centrarnos en el desarrollo de la institucionalidad concesional en Chile⁴¹.

⁴¹ Una acabada visión interdisciplinaria sobre el sistema de concesiones en Chile lo encontramos en la obra *Concesiones: Agenda para el 2000*. Santiago: Edit. Libertad y Desarrollo, 2009. En su prólogo, p. 9, Cristián Larroulet Vignau explica: “a principios de la década de los noventa, Chile quería realizar un significativo esfuerzo de inversión en infraestructura. Dado que los recursos públicos eran insuficientes para cubrir dicho déficit y ante la imperiosa necesidad de hacerlo debido a los costos en que estábamos incurriendo como país en materia de competitividad y

La asociación público-privada que suponen los contratos BOT⁴²⁻⁴³, surge de la ingeniería jurídica que trama el Constituyente, asegurando, por una parte, el derecho de los particulares a desarrollar actividades económicas⁴⁴ y, por la otra, el deber del Estado de asegurar el bien común, así como la consecución de fines estatales específicos, destacando la integración armónica de todos los sectores de la población⁴⁵.

desarrollo, se optó por incorporar recursos privados en obras de infraestructura a través del sistema de concesiones de obras públicas”.

⁴² BOT. Building, Operation and Transfer: se refiere al tipo de contrato de concesión donde el concesionario se obliga a Construir la obra, Operarla, en el sentido de explotar el negocio, y al final del período concesionado, Transferir dicha operación a su titular originario, el Estado. Al respecto encontramos alcances de la definición del contrato de concesión de obras públicas y su regulación legal en EMBID, Antonio y COLOM, Eloy. *Comentarios a la Ley Reguladora de Contrato de Concesión de Obras Públicas*. Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2003, en particular pp. 40 y ss. Sobre la “figura mixta de la concesión de obra y servicio público”, GARRIDO, Fernando. “¿Crisis de la noción de servicio público?”. En L. Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Ed. Civitas. 2003, pp. 441-456.

⁴³ La concesión es constitutiva de derechos e implica –como en la de servicios públicos– transferir una atribución que pertenece “*iure proprio*” al Estado (“*lato sensu*”), dándose por tanto en aquellos supuestos en los cuales existe “*publicatio*”. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999, pp. 74-75.

⁴⁴ El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, en adelante indistintamente CPR, asegura: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

⁴⁵ El artículo 1° inciso 4° de la CPR establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Por ello, para la adecuada interpretación de las instituciones del sistema concesional de obras públicas⁴⁶, resulta imprescindible consignar las disposiciones de principio que lo sustentan, radicado esencialmente en los principios de subsidiariedad del Estado, en su faz activa o positiva y negativa o pasiva, y el bien común como finalidad última de su actuación, recogidos expresamente por el Texto Político.

Como sabemos, la Constitución Política del Estado establece un estatuto orgánico y otro dogmático; en el primero se comprenden las diversas instituciones con competencias y atribuciones en materias de orden público económico y, en el segundo, se individualizan los derechos y garantías para las personas que interactúan con este dispositivo constitucional. Es así como los actores públicos que participan en el proceso concesional deben sujetarse a las normas de este estatuto orgánico, como el principio de legalidad, responsabilidad y probidad administrativa. Los particulares de esta asociación público-privada gozarán de los derechos fundamentales del estatuto dogmático de carácter económico, que brindan seguridad jurídica a los emprendedores privados⁴⁷.

El capítulo de apertura constitucional destinado a las “Bases de

A su vez el artículo 1º inciso 5º de la CPR señala: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

⁴⁶ Sobre los elementos más novedosos y característicos de la regulación unitaria y sistemática del contrato de concesión de obra pública. MENÉNDEZ, Adolfo. “La regulación en los mercados del transporte y las obras públicas”. En L. Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Ed. Civitas. 2003, pp. 1176-1200.

⁴⁷ Sobre el poder económico-público, los actores privados y la discrecionalidad administrativa, GALGANO, Francesco. *Trattato Di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico Dell'Economia. Volumen Primo La Costituzione Economica*. Padova: Ed. Cedam, 1977, pp. 130 y ss.

la Institucionalidad” concentra los principios esenciales que motivan el “*indirizzo*” o “dirección política”, impulsores imperiosos del actuar de las autoridades y de las personas naturales y jurídicas que desde el ámbito privado se relacionan con las instituciones del Estado, lo que aplica a los actores de la asociación público-privada que conlleva el sistema concesional⁴⁸.

Dentro de este Capítulo I de la Constitución Política, se localiza el “principio de subsidiariedad” estatal, al que nos referimos, el cual se expresa en dos ámbitos primordiales, denominados pasivo o negativo y positivo o activo.

En el espacio de la subsidiariedad pasiva encontraremos en el artículo 1º inciso 3º, la consagración de los grupos intermedios a los cuales el Estado les reconoce su función de “intermediarios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, garantizándoles, para cumplir su rol, la “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”⁴⁹⁻⁵⁰.

⁴⁸ En este sentido: CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Ed. Giuffrè, 1953; y PISORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 165 y ss.

⁴⁹ La doctrina encuentra énfasis y matices en cuanto al grado de abstención del Estado, en este contexto BLUMER MAC-IVER, José Ignacio. *El Estado Empresario*. Santiago: Ed. Legis Editores, 2005, explica: “*Cuando el Estado decide realizar actividades empresariales, se trata de una situación excepcionalísima, lo que implica que el Estado empresario deberá tener lugar únicamente cuando los particulares no se encuentren en condiciones de realizar por sí, la actividad de que se trate. o bien cuando, por motivos que obedecen a un interés superior; sea razonable que la actividad la desarrolle el Estado mismo*”.

⁵⁰ En la jurisprudencia identificamos parámetros restrictivos sobre el rol de Estado empresario, en cuanto no debe inmiscuirse en negocios que se alejan de su giro específico, como el caso de la Empresa Portuaria de Chile (EMPORCHI) y la falta de reconocimiento de facultad para entregar en concesión la función de trasladar cargas dentro del recinto del puerto de Valparaíso, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del DL N° 91, de 1978, del Ministerio de Transportes, constituye

Como correlato de este principio de subsidiariedad negativa observamos la normativización del derecho de todas las personas a “desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional” (artículo 19 N° 21 de la CPR), consagrado en el Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”.

El sistema concesional se funda precisamente en permitir que los privados ingresen al diseño, construcción y explotación de bienes públicos, absteniéndose en determinados casos el Estado –subsidiariedad pasiva– de realizar directamente inversiones en ámbitos que pueden financiar y desarrollar los particulares: autopistas urbanas e interurbanas, aeropuertos, etc. Por otra parte, esto permite que los recursos del Estado sean destinados a su intervención directa –subsidiariedad activa– en ámbitos en que los particulares, por regla general, no tienen interés o lo realizan insuficientemente: agua potable rural, caminos básicos, etc.⁵¹

Por su parte, el Estado puede optar –dentro del marco de opciones de dirección política que autoriza el Constituyente– por construir y explotar bienes públicos por la vía del emprendimiento empresarial directo que habilita la Constitución, alejándose del sistema concesional.

una función que no puede ser objeto de un contrato con una empresa particular por no existir disposición legal que lo autorice.

⁵¹ “La conversión formal de una determinada actividad, hasta entonces entregada al sistema de la libertad industrial, más o menos intervenida, en ‘servicio público’ mediante la correspondiente publicación, tiene normalmente por objeto la exclusión de dicha libertad y la constitución de un monopolio administrativo, desde el cual, y mediante el instrumento concesional, se otorgan luego derechos de explotación a empresas privadas en atención a los fines sociales que el servicio público intenta atender”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, 9ª edición. Madrid: Ed. Civitas Ediciones, 2004, pp. 154 y ss.

El Estado empresario encontrará sus normas regulatorias dentro de este mismo estatuto de los derechos económicos de las personas, precisamente para resaltar la protección del derecho al emprendimiento económico reconocido a los particulares. Lo anterior guarda armonía con la exigencia de que sea una ley de quórum calificado la que autoriza el desarrollo o participación del Estado y sus organismos en actividades empresariales⁵². Una manifestación reciente de esta exigencia es la Ley N° 21.082 que “Crea sociedad anónima del Estado denominada Fondo de Infraestructura S.A.” la que será revisada más adelante, pero que, para efectos de ilustrar la aplicación de lo dispuesto, señalamos lo manifestado en la historia de la ley⁵³, en donde se especifica que, por su naturaleza, su tramitación debe someterse a la de una ley de quórum calificado.

Siempre en el ideario de preservar la garantía del emprendimiento de los particulares, la Constitución cautela que la actuación del Estado empresario se sujete a la legislación común a la cual se someten los particulares. En este mismo sentido encontramos la disposición por la cual el Estado y sus organismos no pueden ejercer una discriminación arbitraria en el trato en materia económica respecto de los particulares⁵⁴.

⁵² Artículo 19 N° 21 inciso 2° CPR: “*El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justo justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado*”.

⁵³ Primer Informe de Comisión de Obras Públicas del Senado, 29 de diciembre, 2016. Punto II, 3: Respeto del Principio de Igualdad ante la Ley. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7523/> (consultado el 4 de febrero de 2019).

⁵⁴ De este modo, el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental consagra el derecho a “*La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus*

Tal es el alcance de esta disposición, que otorga diversas atribuciones de fiscalización a instituciones públicas⁵⁵ y consagra su aplicación en el recurso de amparo económico: herramienta procesal creada fundamentalmente con el fin de restablecer el imperio del derecho frente a vulneraciones que afecten el principio de no discriminación arbitraria en materia económica, especialmente en casos en que el Estado desarrolle actividades empresariales⁵⁶.

El sistema concesional opera sobre “bienes nacionales de uso público o fiscales” (artículo 1º DS N° 900, de 1991), por lo que se aplican los resguardos constitucionales que velan por el interés fiscal, en las actividades que se desarrollan ante este tipo de dominio público⁵⁷.

A este respecto el Constituyente se preocupa de garantizar el emprendimiento económico al asegurar la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, como regla general, dejando eso sí a vía de excepción los que pertenecen al Estado, reconociendo por tales aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los

organismos en materia económica”.

⁵⁵ En tal caso, el TDLC ha reconocido el principio de no discriminación arbitraria en casos que se pueda ver vulnerada la garantía constitucional y se le concede la facultad de proponer a las autoridades un cambio en la normativa a fin de evitar futuros casos de vulneración. Un ejemplo de esto se puede apreciar en PÉREZ CEBALLOS, Alejandra. “Tribunal de la Libre Competencia: Atribución Propositiva del art. 18 N° 4”. En *Revista Ars Boni et Aequi*, UBO, Santiago, 2016, p. 89.

⁵⁶ Al respecto, la Corte Suprema ha determinado que el fin primordial del recurso de amparo económico es evitar vulneraciones derivadas del desarrollo de actividad empresarial por parte del Estado. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/11/25/Resurreccion-del-recurso-de-amparo-economico.aspx> (consultado el 4 de febrero, 2019).

⁵⁷ Sobre dominio público como forma de manifestación del derecho de propiedad, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *La titularidad de los Bienes de Dominio Público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998, p. 55.

hombres o que deban pertenecer a la nación y la ley lo declare en este sentido⁵⁸.

El sistema concesional, en concordancia con este principio, no considera el traspaso de dominio al particular, sino que mantiene la titularidad de la propiedad en el Estado, permitiendo, como se explicita en este trabajo, a los privados el desarrollo de iniciativas, diseños, construcciones y explotaciones.

En el ámbito del dominio de bienes, el Constituyente asegura en el artículo 19 N° 24 de la CPR⁵⁹, para todas las personas, el “derecho de propiedad” en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales e incorporeales. Vemos que los bienes muebles e inmuebles entran en la categoría dominable por parte de los particulares para el desarrollo de actividades económicas, resguardándose con igual jerarquía dispositiva el atributo del dominio sobre los derechos que emanan de los convenios y contratos.

La privación del ejercicio del derecho de propiedad sobre toda esta clase de bienes, sin distinción –corporal e incorporeal– como asimismo, de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, está prohibida por la Carta Magna. La excepción estará dada por el legislador, en particular, ante el proceso expropiatorio constitucional, en donde la necesidad de declaración de utilidad pública o interés nacional, requisito previo para iniciar el proceso expropiatorio, tiene consagración constitucional con el fin de

⁵⁸ Artículo 19 N° 23 CPR: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

⁵⁹ Artículo 19 N° 24 CPR: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”.

asegurar la protección del derecho de propiedad de los particulares frente a los intereses del Estado, sin perjuicio de lo cual se reconoce por otra parte la facultad del Estado de disponer de ciertos bienes en función de velar por el bien común⁶⁰.

Se aplica, por ende, al sistema concesional, el reconocimiento para los particulares del derecho de propiedad incorporal sobre los contratos de concesión. A la normativa fundamental aludida —en cumplimiento de este principio— se añade la regulación de la Ley de Concesiones destinada a establecer normas relativas a causales y requisitos para término de contratos, compensaciones para los particulares, mecanismos de resolución de controversias, etc.

De esta manera, desglosamos del Estatuto Constitucional diversos apartados que reflejan el cuerpo normativo sustentador esencialmente del principio de subsidiariedad negativa, focalizado, según hemos descrito, en asegurar el libre ejercicio del derecho al emprendimiento económico para los particulares y el resguardo patrimonial de los bienes del Estado.

Como contrapartida, construyendo un eje institucional armónico teleológicamente coherente, se encuentra la subsidiariedad positiva o activa.

Este principio constitucional aborda la faz veladora del bien común, descrito por el Constituyente como el servicio de la persona humana al cual está sujeto el Estado.

Por ello, es su deber la promoción del bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su

⁶⁰ CORDERO, Eduardo. “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, Valparaíso, 1^{er} semestre 2015, pp. 339.

mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece⁶¹.

Encontramos en esta sede institucional al Estado promotor, gestor, arquitecto y constructor jurídico del andamiaje que permita a las personas alcanzar el bien común, que supone el bienestar individual y colectivo.

Así se entiende que tras la conceptualización del bien común que formula el propio Constituyente, se detiene en explicitar objetivos específicos involucrados. Será deber del Estado –indica el Texto Fundamental– resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta.

Promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidad en la vida nacional⁶².

Vemos como la subsidiariedad es un concepto integral, no desglosable –salvo para los efectos propedéuticos– que involucra necesariamente un actuar pendiente, “velador” de los órganos del Estado para actuar activamente cuando esté en juego el bien común. Las interpretaciones que no logren estos objetivos generales y particulares que impone la Constitución para los órganos del Estado, nos llevará a un camino errado de la labor hermenéutica⁶³.

La probidad exigida para el ejercicio de las funciones públicas (artículo 8° de la CPR), supone tanto enmarcar las actuaciones

⁶¹ Artículo 1° inciso 4° de la CPR.

⁶² Artículo 1° inciso 5° de la CPR.

⁶³ En este sentido CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, 2ª edición actualizada. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, pp. 153 y ss.

dentro del manto legal vigente, exento de infracciones normativas, privilegiando la transparencia de las actividades, como que las actuaciones de las instituciones del aparato estatal sean útiles, provechosas, conducentes efectivamente al bien común y los objetivos particulares que este concepto conlleva⁶⁴.

En este ámbito, el sistema de concesiones debe cumplir con el objetivo constitucional de la búsqueda del bien común, de avanzar en la igualdad de oportunidades, en la integración armónica de los sectores de la vida nacional (artículo 5° de la CPR).

El principio de supremacía constitucional (artículos 6° y 7° de la CPR), por el cual las normas del Texto Fundamental son vinculantes para todas las personas y entes, públicos y privados, exige que las concesiones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales se desarrollen en la prosecución del bien colectivo.

Al abordar el Constituyente el ejercicio de la libertad económica como derecho de las personas⁶⁵, coloca un relevante marco de actuación del Estado para asegurar el bien común. Aparece la subsidiariedad activa al exigir a los particulares que se sometan en sus legítimos emprendimientos al respeto de “las normas legales que las regulen”, dando paso al derecho regulatorio positivo o activo de los órganos del Estado, que se aplica al sistema concesional, dando pie a la legislación que explicamos en detalle más adelante.

El sistema concesional se encuentra, a su vez, amparado por el principio constitucional de la igualdad de trato y la no discrimina-

⁶⁴ Sobre concepto probidad, véase RAMÍREZ, José Antonio. “Probidad, transparencia y eficiencia en la actuación de los órganos del Estado: Nuevos elementos tras la reforma constitucional 2005”. En *Revista de Derecho Público*, volumen 69, 2007, tomo I, pp. 166-173, sobre XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público “Reformas Constitucionales 2005. Un año después”.

⁶⁵ Artículo 19 N° 21 de la CPR.

ción arbitraria por parte del Estado y sus organismos. En efecto, tanto la regulación jurídica que efectúa el Estado, como su actuación a través de los órganos públicos o como empresario, no podrá significar una “discriminación arbitraria” en el trato que debe darse a los particulares (*“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*, artículo 19 N° 22)⁶⁶.

Recordemos en este punto que la Carta Política autoriza, dentro del derecho fundamental “a la igualdad” (artículo 1° inciso 1° en relación con el artículo 19 N° 2), las diferencias, siempre que éstas no sean arbitrarias, esto es, desproporcionadas, injustas, faltantes de la debida medida administrativa.

Este principio alcanza naturalmente al Estado empresario, toda vez que el Constituyente⁶⁷ lo autoriza por medio de ley de quórum calificado habilitante, pero sometido, por regla general, a las normas ordinarias fijadas para los particulares.

Apreciamos otra vez más la subsidiariedad positiva al permitir el Constituyente “por motivos justificados”, que el Estado empresario tenga un estatuto especial siempre que lo autorice una ley de quórum calificado. Estos motivos emanan del necesario bien común habilitante del Estado emprendedor, que podrá actuar en actividades económicas y como empresario, premunido si fuese el caso de un marco de derecho privilegiado.

Vemos así como la asociación público-privada supone el derecho al libre emprendimiento de los particulares⁶⁸, en armonía jurí-

⁶⁶ Sobre el comportamiento de la Administración y el Principio de Legalidad, véase NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª edición ampliada. Madrid: Ed. Tecnos, 2002, pp. 199 y ss.

⁶⁷ Artículo 19 N° 21 inciso 2° de la CPR.

⁶⁸ Artículo 1° inciso 3° y artículo 19 N° 21 de la CPR.

dico-económica con el deber del Estado de asegurar el bien común y, en particular, la creación de las condiciones que permitan el mejor desarrollo material posible y la integración armónica de todos los sectores de la población⁶⁹.

En las concesiones de obras públicas, los particulares, en virtud del derecho al emprendimiento, podrán diseñar, construir, explotar bienes de propiedad estatal, recibiendo por ello un pago vía subsidio o pago directo del Fisco o bien por tarifas recaudadas por cobros directos a los usuarios. Constituirá una característica básica de este sistema, que los bienes no se apartan del dominio público y, transcurrido un determinado plazo, la explotación de éstos vuelve a la titularidad del Estado⁷⁰.

La asociación público-privada propia del sistema de concesiones supondrá un acuerdo libre, espontáneo e informado, con reglas claras, predeterminadas, basados en principios de seguridad jurídica y económica del cumplimiento de las convenciones que se suscriben por el Estado y los particulares. Este estatuto concesional se sustenta en el principio de supremacía constitucional⁷¹ que obliga a todos los órganos del Estado, así como las personas particulares establecidas en toda forma de organización, a respetar las disposiciones constitucionales y legales, a lo que se incorpora el “contrato”, como ley para las partes.

Las obras públicas que emanan del sistema de concesiones deberán cumplir con el estatuto dogmático y orgánico que les sea

⁶⁹ Artículo 1º incisos 4º y 5º de la CPR.

⁷⁰ En este sentido, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, 2ª edición, Granada: Ed. Comares, 2001, pp. 654 y ss.

⁷¹ Señalado por el legislador en el artículo 6º de la Constitución Política de la República, esgrimiendo: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas Conforme a ella. y garantizar el orden institucional de la República*”.

aplicable a los tipos de obras, infraestructuras y actividades económicas que conlleve cada asociación público-privada.

Esto implica que la normativa general y sectorial que regula las concesiones de obras públicas, así como los derechos, garantías y deberes de los particulares que participan en su ejecución, deberán cumplirse, siendo parte de la hermenéutica jurídica su adecuada implementación⁷².

Así, por tratarse de obras públicas las que se concesionan, los contratos que dan vida a esta asociación público-privada deberán interpretarse de conformidad al bien común, asegurando en todo caso el equilibrio económico contemplado en la convención que da origen a la obra concesionada.

El principio de la autonomía de la voluntad contractual no puede ser esgrimido en vía interpretativa para dejar al Estado sin la potestad de cumplir con su deber de velar por el bien común. Pero ello no obsta a que el particular siempre tenga derecho al respeto de las cláusulas contractuales y el aseguramiento de los beneficios económicos establecidos en las respectivas convenciones que se suscriben para el desarrollo de los contratos tipo BOT.

Esto explica que la Ley de Concesiones, en su artículo 21, establezca que la relación del Estado con los empleadores particulares asociados es de derecho público, siendo de derecho privado la relación de estos últimos con los terceros proveedores.

La interpretación de derecho público de estas relaciones impondrá que las controversias deberán resolverse de manera fina-

⁷² Como expresan Zagrebelsky, Portinaro y Luther, la integración, no sólo de la Constitución, sino de todas las ramas del Derecho, conducen a un tronco común: a valores y principios constitucionales. ZAGREBELSKI, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo y LUTHER, Jorge. *Futuro della Costituzione*. Torino: Ed. Giulio Einaudi, 1996, pp. 14 y ss.

lista, armónica y teleológica⁷³.

Esto explica la importancia que brinda el legislador al sistema de resolución de conflictos, dotándolo de un Panel de expertos y un Tribunal Arbitral integrado por miembros idóneos seleccionados en nóminas por la Corte Suprema y el Tribunal de la Libre Competencia.

3.2. REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA; DESARROLLO HISTÓRICO Y FUNDAMENTOS DE SUS MODIFICACIONES

La utilización de la denominada técnica-institucional concesional, como figura del derecho regulatorio en Chile, reconoce orígenes que se remontan al siglo XIX⁷⁴. En efecto, encontramos evidencia de su implementación desde la época del estanco del tabaco, pasando por el servicio de ferrocarriles, hasta los inicios de la provisión por privados de servicios públicos de primera necesidad, como agua y alcantarillado, electricidad y telégrafo. En la gran mayoría de estos casos, salvo la norma sobre ferrocarriles, no se contaba con regulación legal y reglamentaria sistemática, que determinase el marco dentro del cual el Estado entregaba al privado el servicio público en concesión.

⁷³ Eugenio Valenzuela Somarriva señala que debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance a cada una de las disposiciones de nuestra Carta tiene su “*ratio legis*” y su propia finalidad. Señala asimismo el autor, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencia del 6 de octubre de 1998, rol N° 279, sienta un precedente singular sobre el concepto “finalista” de la obra constituyente al declarar inconstitucional el proyecto de ley que establecía un “Sistema de Elecciones primarias para designar al Presidente de la República”. Véase VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional”. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 31, 2006, pp. 28-34.

⁷⁴ MORAGA KLENNER, Claudio. *La Contratación Administrativa*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 40.

La construcción de obras públicas y su explotación bajo el esquema concesional en Chile encuentra, dentro de sus orígenes normativos, la modificación a la Ley N° 15.840, sobre Organización y Atribuciones del Ministerio de Obras Públicas, introducida por la Ley N° 18.060⁷⁵, la cual, a su vez introdujo a la Ley del MOP un nuevo artículo 52:

“Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar; además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años.

La reparación o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este artículo”.

3.2.1. La regulación del DFL N° 591, de 1982

La regulación positiva *in extenso* para el sistema de concesión de obra pública, verifica inicios de desarrollo a partir de los primeros años de la década de los 80, cuando se dicta el *DFL MOP N° 591*⁷⁶ de 28 de octubre de 1982, y cuyo objeto fue fijar “*las normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el artículo 52 de la Ley 15.840 y a las licitaciones que deben otorgarse en los casos que señala*”.

⁷⁵ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 79, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 351.

⁷⁶ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 82, 1983, Biblioteca del Congreso Nacional.

Dicha preceptiva, según su artículo 1º, reguló la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema contemplado en el estatuto orgánico del Ministerio de Obras Públicas, los procesos de licitación y las concesiones que en consecuencia debían otorgarse para la explotación de las obras y servicios respectivos o para el uso y goce de bienes fiscales.

El referido cuerpo normativo desarrolla básicamente en su articulado los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de concesión, a través de un conjunto de preceptos cuya estructura principal revisamos, en lo medular, a continuación.

Primeramente, conviene precisar que, al igual que lo establecido en la actual legislación, el DFL N° 591 entrega al Ministerio de Obras Públicas el desarrollo de las actuaciones preparatorias del proceso concesional y, por ende, la aprobación de las Bases de Licitación⁷⁷ y los aspectos referidos a la selección del adjudicatario.

En cuanto al ámbito de participación, los concursos públicos permiten licitantes nacionales y extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas, siempre que cumplan los requisitos y exigencias que establece el respectivo reglamento, dentro de los que se contempla la presentación de una garantía de seriedad de la oferta en la licitación, como lo establece su artículo 4º.

Para resolver la adjudicación de la concesión, según el artículo 7º del estatuto jurídico en comento, se contemplan dos factores que deciden el proceso licitatorio y que atienden a la naturaleza de la obra a ejecutar, ya sean éstas rentables a los precios del mercado u obras socialmente rentables, caso en el cual la citada disposición señala que se debe adjudicar al licitante que proponga la menor tarifa al usuario o al licitante que requiera el menor subsidio estatal, respectivamente.

⁷⁷ En adelante indistintamente BALI.

Además, se establece en el artículo 8º que la adjudicación de la concesión se resuelve por Decreto Supremo (DS), acto administrativo que debe ser suscrito, protocolizado y publicado en el Diario Oficial, formalidad esta última que tiene el efecto de perfeccionar el contrato de concesión. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º, con la adjudicación nace para el titular la obligación de constituir una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de una extranjera, con quien se entenderá en definitiva celebrado el contrato.

Se contempla también que la única compensación por los servicios que preste, será el precio, tarifa o subsidios y los otros beneficios adicionales que expresamente se convengan, por lo que el concesionario no estará obligado a establecer exenciones a favor de usuario alguno.

Tanto para la fase de construcción como la de explotación, el Concesionario debe constituir las garantías que se establezcan en las Bases de Licitación, ya sean boletas, pólizas de seguros, fianzas u otras garantías reales.

Señala además, la norma en comento, que los bienes que adquiera el Concesionario y que queden afectos a la concesión, se incorporan al dominio del Fisco desde el perfeccionamiento de los respectivos actos y contratos, salvo en el caso de bienes inmuebles, los cuales pasarán a dominio fiscal al término de la concesión. Lo anterior, sin perjuicio de las expropiaciones necesarias para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, las que se llevarán adelante conforme a la ley en virtud de declaración de utilidad pública.

Dentro de las facultades de la administración en el contrato de concesión, se cuenta la autorización de la puesta en servicio de la obra, la posibilidad de cursar multas previstas en las Bases de Licitación al Concesionario que no cumple sus obligaciones, y la atribución de modificar las características de las obras y servicios

contratados, mediante DS y según las normas que establezcan las BALI. Lo anterior, no obstante, la posibilidad de que ambas partes, de común acuerdo, modifiquen el contrato de concesión mediante un convenio (complementario), aprobado por DS, cuando ellas estimen conveniente ampliarlo o mejorarlo, o cuando la obra proyectada resultó insuficiente para la prestación del servicio.

A su vez, el concesionario tiene derecho a transferir la concesión y constituirla en garantía de obligaciones derivadas de la misma, siempre que haya transcurrido al menos un año desde su perfeccionamiento. También regula el DFL N° 591 el régimen jurídico durante las etapas de Construcción y Explotación de la concesión, destacándose para la primera fase del contrato la disposición que señala que las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor u otra causa, no respondiendo el Fisco de las consecuencias derivadas de los contratos que el concesionario celebre con constructores y suministradores. Asimismo, se consagra el derecho del concesionario al aumento de plazo por retardos imputables al Fisco. En la etapa de Explotación el concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y estará obligado a dar continuidad en la prestación del servicio.

En cuanto al plazo de duración de la concesión, según la norma en comento, será el establecido en el respectivo DS de adjudicación, sin perjuicio de que en caso alguno podrá superar los 50 años, contados desde la fecha de total tramitación del mismo acto administrativo.

Dado que la inspección y vigilancia del cumplimiento del contrato de concesión corresponde a la respectiva dirección del MOP, se faculta a esta repartición pública para imponer multas al concesionario, declarar suspendida temporalmente la concesión, y soli-

citar la declaración de extinción de la concesión.

Una de las normas más destacables dentro del estatuto en comentario, es el artículo 35 del DFL N° 591, el cual contemplaba la revocación de la concesión o acto del príncipe⁷⁸, norma que se mantuvo vigente por 9 años, y que luego fue derogada por la Ley N° 19.068 que introdujo cambios a la preceptiva en estudio.

Finalmente, según el artículo 36 de la norma en análisis, las controversias entre las partes podrán ser resueltas por una Comisión Conciliadora, sin perjuicio de la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia y la Contraloría General de la República según corresponda y en cualquier momento. Se destaca dentro de este precepto el expreso reconocimiento a la posibilidad de reclamar por parte del concesionario, contra las alteraciones graves de las condiciones en que fue establecida la concesión.

Durante la década del 80, el estatuto regulatorio de las concesiones de obra pública permaneció en desuso, puesto que “no existía un consenso político sobre el Estado de la infraestructura nacional y mucho menos sobre el sistema de concesiones, como herramienta para superar el déficit en infraestructura”⁷⁹.

⁷⁸ Se entiende como acto del príncipe los actos de la autoridad, que agravan, sin culpa, la situación de un contratante de una colectividad pública. En: OELCKERS, Osvaldo. “Los riesgos y el equivalente Económico en el contrato administrativo de obra pública”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 4, Valparaíso, 1980, p. 188.

⁷⁹ BLAZEVIC QUIROZ, Haidy Nevenka. *Análisis Crítico de la Política de Concesiones Viales en Chile: Balance y Aprendizajes*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Departamento de Ingeniería Industrial. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Santiago, 2008, p. 9.

3.2.2. Modificaciones al DFL N° 591 introducidas por la Ley N° 19.068

Mediante la Ley N° 19.068⁸⁰, publicada el 13 de julio de 1991, se introdujeron importantes modificaciones al señalado DFL N° 591 de 1982, en diversos ámbitos, como los referidos a las restricciones para las licitaciones en zonas estratégicas, ampliación de los factores que deciden la adjudicación, ampliación del objeto de las sociedades concesionarias, reformas a las garantías del contrato.

Destacamos, en primer término, la garantía del libre acceso al rubro de las concesiones de infraestructura pública, al agregarse un nuevo inciso 2°, 3°, 4° y 5° al artículo 2° del DFL N° 591, los cuales señalan que cualquier persona, natural o jurídica, podrá postular ante el MOP la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión, debiendo éste resolver fundadamente en el plazo máximo de 1 año y, una vez resuelta favorablemente, se deberá licitar dicho contrato en el plazo de un año, correspondiéndole al postulante o proponente de la obra a licitar, un premio en la evaluación de su oferta.

Además, se reemplaza la norma referida a licitación pública internacional por aquella que establece que, en caso de licitaciones en zonas fronterizas determinadas en conformidad con la ley, era requisito previo el pronunciamiento del Consejo de Seguridad Nacional⁸¹ respecto a materias de su competencia.

⁸⁰ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 99, 1991, Biblioteca del Congreso Nacional.

⁸¹ El Consejo de Seguridad Nacional es un órgano asesor del Presidente de la República, y se encuentra regulado en el artículo 106 de la CPR. Anteriormente se consagraba en el artículo 95 de la CPR de 1980, y sus funciones han sido objeto de reforma constitucional mediante las Leyes N°s. 18.825, de 1989, y 20.050, de 2005.

Otra modificación de importancia es la efectuada al artículo 7º del DFL N° 591, toda vez que se sustituye dicha norma por una que incorpora un mayor número de factores que resuelven la adjudicación de la concesión, agregándose además del menor nivel tarifario y menor subsidio del Estado, menor plazo de la concesión, mayores pagos ofrecidos por el oferente al Estado, menores ingresos mínimos garantizados por el Estado, el grado de responsabilidad que asume el concesionario, la fórmula de reajuste de tarifas y su revisión, y calificación de otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

En cuanto a los beneficios adicionales incluidos como compensación por los servicios ofrecidos, éstos con anterioridad formaban parte del subsidio que entregaba el Estado o de la tarifa que cobraba el concesionario. Sin embargo, la modificación en comento eliminó dicha alusión del artículo 10 del DFL N° 591.

Se modifica la normativa referente a las garantías del contrato, aceptándose garantizar las obras de la concesión tanto por garantías reales, siempre que sean suficientes, de conformidad a lo que establezcan para cada caso las BALI.

Asimismo, todo bien o derecho del concesionario, afecto a la concesión, no puede ser enajenado o gravado separadamente de la concesión y sin el consentimiento del MOP, pasando a dominio fiscal sólo al término del contrato y no desde el perfeccionamiento del respectivo contrato como lo establecía la normativa anterior.

Se incorpora una nueva alusión a la teoría de la imprevisión, al señalar el nuevo artículo 19 inciso 2º que *“las Bases de Licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario y formula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen”*.

Esta prerrogativa se relacionaba con el inciso 1º del artículo 19 citado, que contempla la facultad del MOP de modificar las ca-

racterísticas de las obras y servicios contratados y, consecuentemente, las tarifas y subsidios, pero siempre que existan razones de interés público que lo aconsejen. En este caso, el reconocimiento a la teoría de la imprevisión viene dada por el concepto de “mayor costo”⁸² que también otorga una prerrogativa a la concesionaria para solicitar compensaciones en aquellos casos en que el cambio de circunstancias haga más oneroso el cumplimiento del contrato, siempre y cuando se cumplan los supuestos del artículo 19 de la Ley de Concesiones.

Los derechos y obligaciones del concesionario también fueron modificados por la ley en comento, toda vez que, con anterioridad a la reforma, transcurrido 1 año desde el perfeccionamiento del contrato de concesión, el concesionario podía transferirla o constituirla en garantía. En virtud de la modificación introducida por la Ley N° 19.068 al inciso 1° del artículo 21 del DFL N° 591, “*Desde el perfeccionamiento del contrato y con autorización del Ministerio de Obras Públicas, el concesionario podrá transferir la concesión y, también, en iguales condiciones, podrá constituir sus ingresos en garantía de obligaciones derivadas de la misma concesión y de su explotación*”. En virtud de lo anterior, el concesionario puede enajenar la concesión desde su perfeccionamiento, autorización del MOP mediante, y, además, sólo puede constituir en garantía los ingresos provenientes de la explotación de la concesión y no la concesión misma. Se añade a lo anterior, que la constitución en garantía de los ingresos del concesionario, no lo releva del cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales.

Se agrega a las normas que regulan el régimen jurídico de la etapa de construcción, la posibilidad de que el Fisco asuma el riesgo por el caso fortuito o fuerza mayor, si así lo disponen las Bases de Licitación. Asimismo, para el régimen jurídico de la fase

⁸² BARRA, Rodolfo. “La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública”. En *Revista de Derecho Público*, 19/20, Santiago, 1976, pp. 323-335.

de explotación, y ante la ocurrencia de un caso fortuito que afecte la continuidad del servicio, a diferencia de lo anteriormente establecido, donde el MOP imponía las medidas de emergencia a implementar y sin derecho a indemnización alguna, ahora el modificado artículo 23 N° 2 letra b) del DFL N° 591 señala:

“El régimen jurídico durante la fase de explotación. Será el siguiente: 2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará. especialmente. a: B) Prestarlo ininterrumpidamente salvo 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 el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión”.

Incorpora el texto legal la obligación para el MOP de solicitar la autorización previa de la Comisión Conciliadora para imponer multas, declarar la suspensión o la extinción de la concesión, según lo establece el artículo 29 del DFL N° 591.

Se deroga, a su vez, la facultad del MOP de revocar la concesión, por causas de interés público, cuando ya ha transcurrido la cuarta parte del plazo de la concesión, contenida en el abolido artículo 35.

La ley en comento modifica el artículo 36 del DFL N° 591, el cual establece el mecanismo de resolución de controversias del contrato de concesión, alterando la integración de la comisión. Es así como en la antigua disposición del artículo 36 la comisión conciliadora se integraba con 2 miembros de la administración –el Subdirector Nacional de ODEPLAN⁸³ y el Fiscal Nacional Eco-

⁸³ Oficina de Planificación Nacional, ahora denominado Ministerio de Planificación Nacional, Mideplan.

nómico—, a quienes se les suma un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago. El modificado artículo 36 establece que la Comisión se integrará con 3 profesionales universitarios, uno designado por cada parte, y el que preside la comisión, designado de común acuerdo, o por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, en subsidio.

La comisión fija sus normas y el procedimiento de sustanciación de la reclamación, y tiene por objetivo buscar la conciliación entre las partes, para lo cual está facultada para efectuar recomendaciones y propuestas de acuerdo. La reforma señalada agrega, además, un plazo para que las partes acudan a la comisión, de 30 días contados desde la ocurrencia del hecho que la motive.

Finalmente, se contempla un procedimiento especial para el caso que el MOP solicite la aprobación de la comisión para obtener la declaración de extinción de la concesión, estableciendo dicha disposición plazos para que el concesionario reclame de la medida solicitada ante la Comisión Conciliadora y, posteriormente, de la resolución que el MOP emita en caso de no haber avenimiento, reclamo tramitado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

3.2.3. El DFL N° 164, de 1991

En virtud de lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.068, el 4 de septiembre de 1991, se publica el DFL N° 164⁸⁴, de fecha 22 de julio de 1991, el cual fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 591 de 1982.

Esta regulación, continente de todas las modificaciones señaladas anteriormente, será la antecesora del DS MOP N° 900, Ley

⁸⁴ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 99, 1991, Biblioteca del Congreso Nacional.

de Concesiones de Obras Públicas⁸⁵.

3.2.4. *Las modificaciones de la Ley N° 19.252*

El referido DFL N° 164 de 1991, fue tempranamente modificado por la Ley N° 19.252⁸⁶, publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 1993, que plasmó la experiencia adquirida en las licitaciones que hasta esa fecha el MOP llevó adelante.

Es así como se reguló con mayor detalle el caso en que los privados postularan una obra al sistema de concesiones, otorgando además del premio en la evaluación de su oferta, la posibilidad del reembolso, total o parcialmente, de los costos incurridos en los estudios previos a su proposición, ya sea directamente por el MOP o por el adjudicatario de la concesión, cuando el proyecto fue objeto de licitación pública por el sistema de concesiones.

Asimismo, se modifica nuevamente el artículo 7° relativo a la forma de resolver la licitación, estableciéndose que ésta se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, tomando en consideración, por el sistema, que las BALI establezcan uno o más de los siguientes factores de adjudicación:

– *Estructura tarifaria.*

⁸⁵ Felipe Morandé Lavín explica que “el desarrollo y provisión de infraestructura de uso público, mediante el sistema de concesiones (fue posible luego de) importantes transformaciones en el marco institucional vigente hasta la fecha, de manera que éste fuera compatible y capturara las características básicas de las concesiones. Cabe señalar –agrega– que, si bien la nominativa de concesiones data de 1982 (DFL N° 591), nunca se adjudicó ninguna obra bajo esta norma por falta de consenso respecto del real estado de la infraestructura y el mecanismo de concesiones a aplicar, entre otras cosas (MOP 2003)”, en LARROULET *et al.* (2009), p. 45.

⁸⁶ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 104, 1993, Biblioteca del Congreso Nacional.

- *Plazo de concesión.*
- *Subsidio del Estado al oferente.*
- *Pagos ofrecidos por el oferente al Estado.*
- *Ingresos garantizados por el Estado.*
- *Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor.*
- *Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor.*
- *Fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión.*
- *Puntaje obtenido en la calificación técnica.*
- *Oferta del oponente de montos extraordinarios de pagos al Estado o de reducción de tarifas al usuario cuando la rentabilidad sobre patrimonio o activos, definida ésta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido.*
- *Calificación de otros servicios adicionales, útiles y necesarios.*

La ley en comento modifica el inciso final del artículo 15 del DFL N° 164 de 1991, agregando la posibilidad de que las BALI establezcan la obligación del Fisco para concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones.

También se introdujo una reforma al artículo 19, norma relativa a la modificación por el MOP de las características de las obras y servicios de la concesión, agregándose en virtud de la ley en comento que en caso de causar dichas modificaciones algún perjuicio

cio al concesionario, éste podrá acordar con el Ministerio de Obras Públicas las indemnizaciones que se estimen necesarias y, a falta de acuerdo, el concesionario podrá acudir a la Comisión Conciliadora.

Como vimos anteriormente, la forma y plazo para que el concesionario solicite la revisión del sistema tarifario y la fórmula de reajuste, se deben establecer en las bases de licitación, agregándose con la reforma aludida que, en caso de no estar contemplado en las BALI, las controversias que esta materia genere se someten, asimismo, al sistema de resolución de controversias contemplado en el artículo 35 del DFL N° 164 de 1991.

Se elimina, además, en el caso de la celebración de convenio complementario entre las partes que posibiliten la ampliación o mejoramiento de obras, la alusión a que las Bases de Licitación contemplen una fórmula para establecer los valores de las tarifas en caso de ampliación futura de las obras.

Respecto a las causales de extinción, se elimina como causal la quiebra del concesionario, la destrucción total de la obra, y se precisa que el mutuo acuerdo como causal de término es entre el MOP y el concesionario, y no el Estado.

En cuanto a las facultades de inspección y vigilancia de la administración, se establece que las multas que requieren acuerdo de la Comisión Conciliadora son sólo aquellas iguales o superiores a 500 UTM y, por lo tanto, por montos inferiores el Ministerio no requiere dicho acuerdo.

Finalmente se agrega un nuevo *Capítulo XI Otras Disposiciones*, el cual se refiere a los casos de cesación de pagos y quiebra del concesionario, la designación de interventor, sus facultades y el derecho de la primera junta de acreedores para pronunciarse por la continuidad de giro o la subasta de la concesión. Además, dentro de estas otras disposiciones, la ley define en su artículo 38

como “obra pública fiscal” para los efectos de Ley de Concesiones, *cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación, o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio.*

3.2.5. Las modificaciones de la Ley N° 19.460

Una última modificación al DFL N° 164 de 1991, en su texto ya modificado por la Ley N° 19.252, se produjo el 13 de julio de 1996 mediante la publicación de la Ley N° 19.460⁸⁷.

En primer término, dada la importancia que la iniciativa privada tuvo en esos años, se perfecciona el sistema al agregarse un inciso 3° al artículo 2° del DFL N° 164, el cual permite al postulante solicitar al MOP en caso de proyectos de iniciativa privada de gran envergadura, alta inversión inicial o complejidad técnica, ampliar hasta en dos años en total el plazo para el desarrollo de los estudios de la propuesta privada, teniendo presente que la norma del inciso 1° de dicho artículo le plantea al Ministerio la obligación de dar respuesta al postulante en el plazo de 1 año.

Se introduce en el inciso final del artículo 2° la posibilidad de reembolsar el costo de los estudios al postulante, no solamente cuando no se licita o se hace por un sistema distinto al de concesiones, sino que también cuando se ha licitado, pero no se ha perfeccionado el concurso, aunque el MOP hubiese llamado a licitación en una o dos oportunidades.

Asimismo, se interviene nuevamente el artículo 7° del DFL N° 164, relativo a la forma de resolver la licitación, modificándose algunos de los factores de adjudicación ya contenidos en la norma

⁸⁷ *Recopilación de Leyes y Reglamentos*, tomo 111, 1996, Biblioteca del Congreso Nacional.

antigua, como lo es el contenido en la letra d) Subsidio del Estado al oferente, agregando la norma en estudio “...*en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión*”.

También se modifica el factor contenido en la actual letra h) del artículo 7º, en el sentido que ahora el factor comprende el Puntaje *total o parcial* obtenido en la calificación técnica, según lo establecido en las bases de licitación.

En el mismo sentido, mediante la letra i) del artículo 7º se establece como factor la “*Oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión, o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida está en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. En todo caso, esta oferta sólo podrá realizarse en aquellas licitaciones en las que el Estado garantice ingresos de conformidad a lo dispuesto en la letra e) anterior*”.

Se agregan dos nuevos factores de licitación al antiguo artículo 7º del DFL N° 164, contenidos en las nuevas letras k) y l) de dicho artículo, las que dicen relación con consideraciones ambientales y ecológicas (letra k), y los ingresos totales de la concesión, calculados de acuerdo con lo establecido en las bases de licitación (letra l), factor utilizado sólo en forma excepcional, de resolución fundada y no utilizable con otros factores como los de las letras a), b) o i) del artículo 7º.

Si bien la regulación del artículo 7º anterior establecía que la definición de los factores de la licitación y su forma de aplicación corresponde ser determinada por el MOP en las BALI, mediante la norma modificatoria en examen, se agrega que dichas bases podrán contemplar uno o más de los factores de licitación como parte del régimen económico de la concesión.

Dada la importancia que para el sistema tiene el pago por infraestructura preexistente, la ley señala que si los pagos del oferente hacia el Estado referidos en la letra d) del artículo 7º, se contemplan para el régimen económico del contrato de concesión y no como factor de licitación, el nuevo inciso 3º del artículo comentado ordena que dichos pagos deberán ser equivalentes al valor económico de los bienes o derechos entregados por el Estado para utilizarse en la concesión. Asimismo, para que dicho factor contenido en la letra d) del artículo 7º en comento, sea un factor de licitación, la ley lo condiciona a que los servicios prestados por la obra concesionada sean ofrecidos en condiciones competitivas en el mercado.

Se adiciona también al artículo 7º la precisión relativa a que el puntaje obtenido en la calificación técnica de un proyecto de iniciativa privada sólo podrá ser considerado como factor de licitación para dirimir un empate entre ofertas económicamente iguales.

Finalmente, respecto de las modificaciones introducidas al artículo 7º, se incorpora el concepto de que las tarifas ofrecidas, y su correspondiente reajuste, son consideradas las tarifas máximas que el concesionario puede cobrar a los usuarios, estando facultado éste para reducirlas, pero no aumentarlas⁸⁸.

La Ley N° 19.460 también introduce modificaciones a la formalización del contrato de concesión, quedando ahora obligado el adjudicatario a suscribir ante notario tres transcripciones del DS de adjudicación en señal de aceptación, protocolizar una de ellas y entregar las otras dos restantes al Departamento de Concesiones de la Dirección General de Obras Públicas y la fiscalía del MOP.

⁸⁸ Rufián Lizana cita un ejemplo donde en virtud de las Bases de Licitación de la concesión Nogales-Puchuncaví se estableció una tarifa mínima, contradicción posible durante la vigencia del antiguo Reglamento de la Ley de Concesiones de 1991, modificado con el reglamento posterior. RUFÍAN LIZANA, Dolores. *Manual de concesiones de Obras Públicas*, 2ª edición. Santiago: Ed. COPSA, 2018, p. 73.

El adjudicatario deberá efectuar la protocolización referida en el plazo fatal que determinen las BALI, el cual no puede ser inferior a 60 días, y la omisión copulativa de las obligaciones señaladas en dicho artículo 9º facultará al MOP para dejar sin efecto la adjudicación y llamar a una nueva licitación pública, o mediante concurso privado invitar a los licitantes anteriores a mejorar sus ofertas.

Se incorpora una nueva reforma al artículo 19, norma que regula la modificación de las obras y servicios contratados, y en virtud de la cual se establece que al ejercer la facultad señalada, el MOP deberá indemnizar al concesionario mediante la utilización de uno o más factores pactados para el régimen económico de la concesión, como el plazo de la concesión, tarifas, aportes, subsidios u otros. Asimismo, las controversias que dé la aplicación de la norma referida, serán resueltas conforme al procedimiento establecido en el artículo 35 del DFL N° 164.

Conjuntamente, el texto de reemplazo del artículo 19 contempla un inciso 2º nuevo, que se refiere a que las BALI contendrán el monto máximo de inversión que puede estar obligado a realizar el concesionario en virtud de la facultad MOP de modificación de las obras y servicios de la concesión, así como el plazo máximo dentro del cual se puede ejercer dicha prerrogativa, estableciéndose que en silencio de las bases de licitación, el monto máximo señalado es de un 15% del monto total de la inversión inicial y no podrá exigirse una vez transcurrida la mitad del plazo total de la concesión, salvo expreso acuerdo de las partes.

Se agrega al inciso 3º del artículo 19, la posibilidad de que las BALI establezcan la forma y plazo en que el concesionario solicite la revisión del plazo de la concesión, al igual que se contemplaba para el sistema tarifario de su fórmula de reajuste, pudiendo solicitar tal revisión para uno o ambos factores al mismo tiempo. Si las bases de licitación nada señalaren, las controversias entre las partes son resueltas mediante el mecanismo de resolución de

conflictos del artículo 35.

La Ley N° 19.460 introduce importantes modificaciones al artículo 20 del DFL N° 164, sustituyendo los incisos 1° y 2° y agregando además un nuevo inciso 3° no contemplado anteriormente. La nueva norma señala que, si se considera conveniente la ampliación de las obras o su mejoramiento, a iniciativa de cualquiera de las partes, se procederá a la suscripción de un Convenio Complementario al contrato de concesión, el que recogerá las condiciones que regulen la ejecución de las obras y su repercusión en el plazo del contrato o los factores del régimen económico de la concesión. Asimismo, se establece que las BALI podrán contemplar mecanismos de compensación relativos a las obras adicionales no previstas, en los casos establecidos en el ya comentado inciso 2° del artículo 19.

El artículo 21 es reemplazado por una nueva y extensa versión, sólo modificada por la última revisión a la Ley de Concesiones, y en la cual se establece que el concesionario cumplirá las “funciones” del contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público y sujeción a las regulaciones que conforman el régimen económico del contrato (regulación relativa a fases de construcción y explotación de la obra, cobro de tarifas y su reajuste, y contraprestaciones con el Fisco) y sin perjuicio de ello deberá cumplir, además, con la normativa propia de la actividad dada en concesión. A su vez, se establece que el concesionario en sus relaciones económicas con terceros se regirá por las normas de derecho privado, pudiendo celebrar cualquier acto o contrato sin necesidad de autorización previa del MOP, salvo excepciones contenidas en la ley o el contrato.

El legislador entrega como ejemplo de lo anterior, la facultad de dar en prenda el contrato, los ingresos futuros de la concesión o cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste en el contrato.

El nuevo inciso 3° del artículo 21 contempla la posibilidad de

transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria previa autorización MOP, la cual se otorgará siempre que se trate de una cesión total, es decir, comprensiva de todos los derechos y obligaciones de dicho contrato, el cesionario sea una persona natural o jurídica, o grupo de ellas, que cumplan con los requisitos para ser licitante, no estén sujetos a inhabilidades y cumplan con las formalidades dispuestas en el artículo 9° de la ley. Se incorpora, además, un claro ejemplo del denominado silencio positivo, al señalar la parte final del inciso en comento que, transcurridos 60 días desde la solicitud de autorización, sin que el Ministerio se hubiere pronunciado, se entenderá que éste concede la autorización.

En fin, para dar protección a los acreedores prendarios, el inciso final del artículo 21 establece que el MOP siempre aprobará las transferencias a favor de estos acreedores, cuando la cesión sea consecuencia de la ejecución de obligaciones garantizadas con la prenda que se establece en el artículo 43 de la ley, a favor de cualquier entidad financiera sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, o de los Fondos de Inversión, regulados por la Ley N° 18.815, o de las Administradoras de Fondos de Pensiones, establecidas de acuerdo con las normas del DL N° 3.500, de 1980, o desde luego, en favor de cualquier otra persona natural o jurídica que cumpla los requisitos establecidos en las bases de licitación.

Se modifica el inciso 2° del artículo 25, estableciendo una nueva forma de cómputo del plazo de la concesión, esto es, desde la fecha de publicación del DS de adjudicación en el D.O., salvo que las bases de licitación establezcan otra fecha posterior.

Se agrega un nuevo inciso 2° referente a lo que sucede una vez concluido el plazo del contrato, contemplándose la obligación del MOP de entregar nuevamente en concesión las obras para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, dividi-

das o integradas juntamente con otras obras. A su vez, al incorporarse un nuevo inciso 3° al artículo 25, se establece una excepción a lo anteriormente expuesto, dado que en caso de obras concesionadas que hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile su concesión, el Presidente de la República podrá mediante decreto fundado eximir de su sometimiento al sistema de concesiones.

Se modifica una de las causales de extinción de la concesión, contenidas en el artículo 27. En efecto, se agrega a la causal “Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario”, la condición de que el MOP sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada.

La ley en comento agrega un nuevo artículo 27 bis, el cual establece lo referente a la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión por la Comisión Conciliadora y las actuaciones posteriores del MOP. La señalada declaración es solicitada por el MOP con base en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato de concesión o contemplada en las BALI, ante dicha instancia que actuará en calidad de Comisión Arbitral, conforme lo preceptuado en el artículo 35 de la ley. Una vez declarado el incumplimiento grave, se procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, procediendo el MOP a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste.

Se sustituye el antiguo artículo 35 relativo al procedimiento de resolución de controversias, por una nueva norma que somete las controversias y las reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión, al conocimiento de una Comisión Conciliadora integrada por 2

profesionales universitarios designado uno por cada parte, y un tercer profesional universitario nombrado de común acuerdo. Al igual que en la norma anterior, a falta de acuerdo el último miembro será designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se presenta la novedad de que los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. Asimismo, dado que la Comisión debe determinar sus normas y procedimientos, se explicita, en todo caso, la obligación de contemplar ciertas diligencias mínimas de todo proceso, como lo son audiencia de las partes, mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten, estableciéndose al momento de su designación el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación de sus resoluciones adoptadas.

Se incorpora el derecho de los acreedores que hayan constituido a su favor la prenda establecida en el artículo 43 de la ley, para ser admitidos en los procedimientos ante la Comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes, y el derecho del reclamante de solicitar a la comisión que decrete la suspensión de los efectos de la resolución del MOP en que incide dicha reclamación.

De absoluta trascendencia es la modificación introducida al artículo 35, toda vez que a contar de esta reforma se contempla la posibilidad de transformar la Comisión Conciliadora en tribunal arbitral. En efecto, la ley señala que solicitada la intervención de la Comisión:

“...ella buscará la conciliación entre las partes, pero si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primer caso, la Comisión actuará de acuerdo con las

normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendrá el plazo de 30 días para fallar; plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno”.

Si el concesionario decide recurrir ante la Corte de Apelaciones, su recurso se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, con la salvedad de que no será exigible boleta de consignación y el traslado del recurso se dará al DGCOP.

La ley innova al prever en su nuevo artículo 36 la situación que se derive de un abandono de la obra o interrupción injustificada del servicio concesionado. Ante esta situación, el MOP podrá solicitar a la comisión arbitral una declaración en dicho sentido y autorice designar un interventor. La ley señala, además, y siempre en casos graves que así lo justifiquen, que la Comisión podrá requerir a la fuerza pública para que proceda a la inmediata reanudación del servicio mientras se encuentra pendiente la resolución acerca de la intervención, pudiendo suspender el cobro del peaje o tarifa respectiva a los usuarios, resolución que desde luego puede dejar sin efecto en cualquier momento.

Se declara en el nuevo inciso 2° del artículo 38, que el MOP es competente para otorgar en concesión toda obra pública, salvo que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, municipio, empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado, caso en el cual dichos entes públicos podrán delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas la entrega en concesión de tales obras, bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por la Ley de Concesiones.

Se expresa, además, que:

“En las obras que se otorguen en concesión en virtud de esta ley se

podrá incluir; conjunta o separadamente, la concesión del uso del subsuelo y de los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a ellas. Igualmente, el Ministerio podrá sujetar a concesión o vender dichos derechos estableciendo su conexión física y accesos con la o las obras que se licitan o se encuentran previamente concesionadas”.

Un nuevo artículo 40 regula lo relativo a los accesos y obras de conexión necesarias para una obra de concesión, incluyendo las que permitan el uso de los accesos ya existentes autorizados de conformidad a la ley, previendo dicha norma el procedimiento para que el concesionario autorice a terceros nuevos accesos y conexiones con la obra concesionada.

Se agrega a la Ley de Concesiones, como artículo 41, lo relativo al cobro judicial de la tarifa o peaje al usuario incumplidor de dicha obligación, ordenando al juez competente para imponer a título de indemnización de perjuicios compensatoria a favor del concesionario el valor equivalente a 40 veces el monto adeudado, más reajuste, o si es mayor, el pago de 2 UTM.

Finalmente se establece y regula en el artículo 42, una prenda especial de concesión de obra pública, sin desplazamiento de los derechos y bienes pignorados, y que puede ser pactada a favor de los financistas de la obra, de su operación o de títulos de deuda de la sociedad concesionaria.

De conformidad a lo establecido en el artículo 5° de la Ley N° 19.461, se faculta al Presidente de la República para dictar el DS que contenga el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164 de 1991, lo cual ocurrió el 31 de octubre de 1996 al promulgarse el DS MOP N° 900, que fue publicado el 18 de diciembre del mismo año.

3.3. ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA NUEVA LEY DE CONCESIONES

El Ejecutivo y el Congreso emprendieron en los años 2008 y

2009 la tarea de perfeccionar el marco legal del Sistema de Concesiones de Obras Públicas. Dicha labor contó con un elevado consenso, expresado en la unánime aprobación del proyecto por el Senado y sus Comisiones de Obras Públicas y Hacienda, así como por las Comisiones de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda de la Cámara de Diputados.

La expresidenta de la República presentó el 4 de julio de 2007 el proyecto de ley que dio origen a las últimas modificaciones destinadas a perfeccionar la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Dicha iniciativa tenía como antecedente el significativo aumento de la infraestructura pública en el país a través del sistema de concesiones y las nuevas demandas por mejorar la calidad de vida, los niveles de servicio e incentivar el desarrollo productivo.

La aprobación de estas modificaciones refleja la convicción alcanzada por los órganos colegisladores en orden a favorecer el desarrollo de la industria, entregando mayor certeza a los distintos actores, perfeccionando las herramientas de protección del interés fiscal. Junto a lo anterior, se protegen de mejor manera los derechos de contratistas y subcontratistas, y se otorga certeza a los usuarios y la población en general, en cuanto a que la infraestructura desarrollada bajo esta modalidad opere con adecuados niveles de calidad de servicio, de información y de transparencia.

De esta manera, la modificación de la Ley de Concesiones permite enfrentar proyectos de una complejidad creciente, aprovechando el aprendizaje logrado durante estos años, perfeccionando determinados aspectos del sistema en la búsqueda del bien común. Se persigue potenciar la cartera de proyectos concesionados, incentivar nuevos proyectos y procesos de licitación, situando al usuario como centro del sistema, otorgando al emprendedor privado un esquema fortalecido de seguridad jurídica y económica.

En efecto, durante el período 1995-2005, Chile pudo cumplir

con la meta de disponer de una inversión anual en infraestructura de US\$ 1.500 millones, aproximados, sin necesidad de recurrir para ello al Presupuesto de la Nación, sino captando recursos privados.

El sistema diseñado generó disciplina de mercado, en el sentido de que en la mayoría de los proyectos los inversionistas tenían que aportar capital y enfrentar el compromiso de terminar la obra, lo cual implicó una transferencia de riesgo hacia los concesionarios, dotando la institucionalidad de mecanismos para asegurar al inversionista, incentivos económicos que permitan la estabilidad y proyección de la asociación público-privada.

Sin embargo, la mayor disponibilidad de infraestructura fue trasladando el foco de interés de política pública desde la cantidad de inversión anual a los servicios que ésta se encontraba prestando. Así, las concesiones debían dar un nuevo paso en su fortalecimiento institucional, dado que los usuarios de las obras públicas como la ciudadanía en general, exigían mejorar la calidad del servicio que recibían, razón por la cual resultaba indispensable disponer de una institucionalidad que facilitase y canalizase dicha demanda, asegurando además su exigibilidad y, por consiguiente, la calidad del servicio de la obra pública. Esto implicaba que las propias bases de licitación incorporaran de manera expresa, esta vez por mandato legal, la regulación de niveles de servicio, de manera que los oferentes incorporaran su experiencia en la elaboración de propuestas. A su vez, el legislador recoge las bases que permiten mantener el equilibrio económico de la asociación público-privada.

Por otra parte, se aspiraba a mejorar el mecanismo de resolución de conflictos con los concesionarios, generando un mejor balance entre los intereses públicos y privados, reduciendo el riesgo de captura regulatoria, fortaleciendo los mecanismos técnico-jurídicos como basamento de las decisiones jurisdiccionales. De esta manera sería posible enfrentar un programa de inversiones

en infraestructura pública ambiciosa, avanzando paralelamente a las autopistas, aeropuertos, embalses en servicios sociales, tales como hospitales, cárceles y centros cívicos.

Se manifestaba como necesidad legislativa la generación de incentivos para la innovación empresarial en el diseño de los proyectos e inversión en conservación de las obras públicas, de manera de mejorar la relación costo-calidad del servicio. Por regla general, se percibía un mayor énfasis en la inversión inicial, sin embargo, se percibía una relación muy débil con los gastos recurrentes que pueden ser más grandes que el monto de inversión inicial. Cuando se genera un mayor grado de flexibilidad –a juicio del Ejecutivo– y se hace responsable al concesionario por el costo de inversión y de operación del servicio, se provoca un incentivo para hacer diseños que permitan bajar los gastos. En este sentido, la Administración conoció la experiencia inglesa en más de 50 concesiones hospitalarias, por la cual se advirtió una rebaja de costos totales del orden de 25%, manteniendo el Estado el monopolio de los servicios médicos.

3.3.1. Objetivos de la modificación legal

El proyecto del Ejecutivo se tradujo en la modificación del sistema legal, que considera dentro de sus principales innovaciones, las siguientes:

3.3.1.1. Perfeccionamiento del mecanismo de solución de controversias

El proyecto de ley significó una modificación del sistema de resolución de controversias, tanto desde el punto de vista orgánico como del procedimiento aplicable. Se crea un Panel Técnico, organismo al cual pueden recurrir tanto el MOP como las empresas concesionarias, e indirectamente la propia Comisión Arbitral que crea la ley. Se trata de un organismo permanente, especializado e

independiente, que emitirá recomendaciones no vinculantes sobre los aspectos técnicos o económicos de las eventuales controversias que surjan sobre la interpretación de los contratos. La exitosa experiencia tanto en el derecho comparado (España, Italia, Alemania, Francia), como en nuestro país –como es el caso de la legislación eléctrica– demuestra lo valioso de este instrumento como entidad disuasiva de instancias jurisdiccionales posteriores.

Si las partes no aceptan la recomendación del Panel Técnico, o éstas no solicitan su intervención, la ley considera un arbitraje obligatorio entre el MOP y el concesionario, ante una Comisión Arbitral que reemplaza la antigua Comisión Conciliadora. La nueva Comisión otorga a las partes la mayor garantía de imparcialidad, puesto que sus miembros son elegidos a través de nóminas elaboradas por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A su vez, dictará el fallo de acuerdo con derecho, respetando las normas de la sana crítica, lo que garantiza de mejor manera el respeto del marco normativo vigente y de las cláusulas del contrato de concesión. Esto significa un grado de avance en la seguridad jurídica que los contratos brindan tanto al Estado como a los particulares.

En cuanto al procedimiento, la ley permite no sólo a las empresas, sino también al MOP solicitar intervención de la Comisión Arbitral como legitimado activo o demandante. Se dota de esta manera al ente público de una eficaz herramienta para obtener el necesario amparo jurisdiccional que avale las decisiones que adopta en el desarrollo de los contratos, en el caso de existir dudas o controversias.

Regula, además, las medidas cautelares, estableciendo un límite temporal de 60 días para la paralización de obras, evitando que sea un elemento de presión contra los intereses del Fisco y de los ciudadanos o se afecte de manera indebida el patrimonio público y

privado.

El nuevo texto de la ley, asimismo, faculta al MOP para aplicar directamente multas al concesionario por incumplimientos del contrato de concesión, aun cuando éstas tengan un monto superior a 500 UTM, sin necesidad de contar con previa aprobación de la Comisión Arbitral, como sucedía precedentemente, resguardando, eso sí, las acciones de reclamación de los privados, garantizando el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, se consagra un plazo fatal de dos años para la formulación de solicitudes o reclamaciones, contado desde la ocurrencia del hecho o ejecución del acto que las motiva, vencido el cual prescribe la acción. Este plazo se reduce a un año en el caso de reclamaciones contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas.

Finalmente, la ley regula de mejor forma la aplicación de medidas cautelares por parte de la Comisión Conciliadora, estableciendo un límite temporal de 60 días para la paralización de obras, evitando que el arbitraje sea utilizado como un elemento de presión contra los intereses del Fisco y de los ciudadanos, o se afecte de manera indebida el patrimonio público y privado. Lo anterior, sin perjuicio de garantizarse el debido derecho a la compensación de los particulares que pudiesen verse ilícitamente afectados.

3.3.1.2. Cambio en el modelo de gestión de las obras a través de la incorporación de compromisos explícitos de niveles de servicio

La Ley de Concesiones de Obras Públicas señala explícitamente como principio rector de todo el sistema de concesiones de obras públicas, la obligación que asume el concesionario de mantener, durante toda la duración de la concesión, los niveles de servicio y estándares técnicos indicados en las bases de licitación y en el respectivo contrato. La incorporación de este principio res-

ponde al fin último de toda obra pública, esto es: prestar un servicio público a la comunidad, por lo que, si dicho servicio no se entrega, desaparecen los motivos de la realización de la obra.

La obligación del concesionario de mantener los niveles de servicio conlleva un cambio en el modelo de gestión de las obras, en el diseño, construcción y mantención, atendido que las obras públicas deberán mantener los niveles de servicio comprometidos durante todo su período de operación y explotación.

De esta manera, la ley busca asegurar el efectivo cumplimiento de los fines públicos que fundamentan la inversión en infraestructura, más allá de la ejecución de especificaciones técnicas que, por sí solas, no dan cuenta suficiente de las necesidades ciudadanas que el sistema de concesiones de obras públicas está llamado a satisfacer.

Por otra parte, la ley genera y regula incentivos para invertir en la conservación de las obras, y para que su diseño prevea la necesidad de que los niveles de servicio sean mantenidos durante toda la vida de la concesión, sin el requisito de renegociar aspectos del contrato con el concesionario. Se evitan, de esta manera, las contingencias del desarrollo de contratos de largo plazo, instaurándose un mecanismo –niveles de servicio– que otorga una herramienta técnica de mayor seguridad jurídica.

3.3.1.3. Resguardo de la libre competencia y adaptación de la normativa a proyectos más complejos

La nueva normativa incrementa la competencia en el mercado de las concesiones, permitiendo que este mecanismo se extienda a obras de distinta naturaleza y complejidad de aquellas en las cuales se ha aplicado hasta el día de hoy.

Así, se amplía la definición de obra pública concesionable, incorporando la posibilidad de concesionar servicios y la provisión

de equipamiento.

Por otra parte, se consagra a nivel legal la etapa de precalificación de proyectos, que permite al MOP llamar, en una etapa previa a la licitación, a aquellas empresas que se encuentren interesadas en participar posteriormente en ella. En el caso de proyectos particularmente complejos, el proceso de postulación a una licitación resulta muy costoso para los interesados. Por ello, y en consideración a razones de eficiencia económica, en determinados casos se podrá limitar la cantidad de proponentes que pasarán a la licitación propiamente tal. De esta forma se vela, además, por la idoneidad de las empresas participantes, según criterios que permitan apreciar su seriedad y respaldo, haciendo uso de un mecanismo que se encontraba siendo utilizado en virtud de su incorporación en el reglamento de la ley.

Adicionalmente, con el objeto de evitar que proyectos de gran interés y necesidad se vean retardados por no contar el Ministerio de Obras Públicas con los fondos requeridos para los estudios de ingeniería, se establece la posibilidad de que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien tales estudios, los que serán encargados por la autoridad a una institución independiente con competencia en la materia de que se trate.

Este mecanismo se hace especialmente relevante para proyectos de iniciativa privada, dado que el procedimiento de presentación de estas iniciativas ha sido utilizado en algunas ocasiones principalmente para financiar los estudios de ingeniería, siendo el proponente quien debe llevarlos a cabo. Por otra parte, este mecanismo permite que empresas más pequeñas, que no tienen la capacidad financiera para desarrollar los estudios, también puedan presentar propuestas.

En cuanto a los criterios de evaluación de las ofertas, se eliminó el carácter excepcional del mecanismo de ingresos totales de la concesión, incorporándolo al régimen general de dichos facto-

res.

Por último, y para asegurar que la competencia libre y leal sea un principio rector garantizado para los oferentes, la ley establece una inhabilidad de cinco años para ser parte del sistema de concesiones, a los concesionarios y sus personas relacionadas, cuyo contrato haya sido terminado por incumplimiento grave de sus obligaciones.

3.3.1.4. Reforzar los instrumentos del sistema regulando las posibles modificaciones contractuales

En concordancia con la exigencia del cumplimiento de niveles de servicio y estándares técnicos, y a fin de prevenir la generación de litigios con la consecuente afectación del normal desarrollo de las concesiones, la modificación legal buscó establecer, con la mayor claridad y precisión posible, los casos en los cuales, debido a modificaciones contractuales, el concesionario tendrá derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas, como asimismo, el establecimiento de criterios económicos para la determinación del monto de dichas compensaciones, cuando haya lugar a ellas. Con ello, junto con resguardar el equilibrio económico de los particulares, se permite evitar un eventual perjuicio del interés fiscal.

En efecto, en primer término, como se anticipó más arriba, se estableció como regla general que las inversiones efectuadas por el concesionario para mantener los niveles de servicio y estándares técnicos comprometidos en las bases y en el respectivo contrato, no le otorgan derecho alguno a compensación, por constituir ésta una obligación.

Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas podrá disponer modificaciones a las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de

concesión, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. En tales casos, se establece su obligación de compensar al concesionario por los costos extraordinarios en que éste incurra por tal motivo, regulándose la forma en la cual es posible entregar dicha compensación, asegurando los derechos de los concesionarios en armonía con el resguardo del debido interés fiscal.

Por otra parte, y para aumentar la transparencia de los valores fijados, si durante la etapa de explotación el valor de las inversiones requeridas son un grado mayor en su relevancia económica, se contempla la licitación por el concesionario bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, siendo dicho valor el que deberá ser reembolsado al concesionario, más los gastos de administración respectivos.

Los mismos principios y mecanismos se aplican a las modificaciones del contrato de concesión acordadas entre el MOP y el concesionario de común acuerdo. Sin embargo, tratándose de la fase de construcción, se fija un límite máximo para la inversión que puede ser pactada de común acuerdo, correspondiente al 25% del presupuesto oficial de la obra. Sin embargo, la ley regula un mecanismo de excepción, en los casos de interés público, permitiendo que las partes acuerden inversiones superiores al límite señalado.

La ley introduce también un criterio común aplicable a todas las compensaciones económicas derivadas de nuevas obras o servicios, pactadas a través de convenios complementarios, según el cual éstas deben determinarse de manera de obtener que el valor presente neto igual a cero del proyecto adicional sea igual a cero y, por lo tanto, no altere las condiciones económicas del proyecto original, considerando como proyecto adicional el originado en las obras complementarias.

Por otra parte, la ley regula de manera transparente, en la etapa de construcción, el mecanismo a través del cual el Estado puede

poner término anticipado a la concesión en caso de verificarse cambios de circunstancias que hacen innecesarias las obras o requieren ellas de un significativo rediseño o complementación, reconociendo paralelamente al concesionario una adecuada compensación que preserva los equilibrios del régimen económico del contrato.

3.3.1.5. Dotar al Estado de herramientas complementarias para el diseño de la política pública y el resguardo del interés fiscal: Consejo de concesiones, planificación y régimen de subcontratos

La modificación introduce en la ley distintos perfeccionamientos que buscan fortalecer el interés fiscal y la óptica de política pública que se encuentra detrás de la concesión de obras públicas. Lo anterior, bajo la perspectiva de asegurar la debida correspondencia técnica y económica en los derechos y obligaciones que emanan de la asociación público-privada.

Para esto, la ley crea un Consejo de Concesiones, nuevo órgano consultivo de política pública, integrado por el Ministro de Obras Públicas, quien lo preside, por un consejero de libre designación por parte de dicho Ministro y por cuatro consejeros que deben ser académicos pertenecientes a facultades de Ingeniería Civil, Economía, Ciencias Jurídicas y Arquitectura, respectivamente, designados por el titular del Ministerio de Obras Públicas.

La principal función de este Consejo es la de asesorar al Ministro de Obras Públicas en la orientación de las políticas de concesiones de obras públicas, tanto a nivel territorial como sectorial. En el ejercicio de sus funciones, habrá materias en las cuales el MOP puede formular consultas y otras en las cuales debe requerir informe de este Consejo, como la declaración de interés público de las iniciativas privadas; que una iniciativa privada sea ejecutada bajo un régimen distinto al concesional; análisis de los proyectos de iniciativa pública; inversiones excepcionales de los contratos de concesión y análisis de los modelos de régimen concesional

de los proyectos.

Por otra parte, la ley incorpora la planificación territorial dentro de las distintas fases de elaboración y calificación de las Bases de Licitación, así como en la calificación de las iniciativas privadas y en los criterios de evaluación de las ofertas.

A fin de garantizar la libre e igualitaria competencia, proteger al Estado de las ilegalidades y resguardar a los inversionistas que cumplen con los principios de legalidad, se sanciona las malas prácticas calificadas como incumplimientos graves. Se prevé en estos casos excepcionales, de manera expresa, una inhabilidad para el concesionario incumplidor y sus personas relacionadas, las cuales no podrán postular a licitaciones ni participar de una nueva concesión, por un plazo de cinco años a contar de la dictación de la respectiva sentencia.

En cuanto a los contratistas y subcontratistas, se obliga a que los respectivos contratos estén firmados como requisito para iniciar las obras, y que éstos deban estar inscritos en el Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas. Además, se extiende a los contratistas y subcontratistas la inhabilidad especial establecida respecto de los concesionarios que hayan incumplido gravemente un contrato de concesión.

Además, la ley permite al MOP, en caso de declaración de incumplimiento grave del concesionario y su consecuente término contractual, optar por no licitar nuevamente el contrato de concesión por el plazo que le reste. La ley admite así la posibilidad de que la autoridad decida por el mecanismo más adecuado de ejecución de obras.

3.3.1.6. Mejorar mecanismos de desincentivo a la evasión del pago a través de sistema electrónico de cobro

Por último, la ley introduce modificaciones al sistema electró-

nico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas, al objeto de fortalecer el funcionamiento práctico de este sistema por medio del establecimiento de procedimientos eficaces y sanciones proporcionales a los hechos infraccionales.

Se introducen mejoras, manteniendo el espíritu original de la ley en orden a asegurar la sustentabilidad y consistencia del sistema de obras públicas concesionadas, desincentivando el no pago de las tarifas.

En el caso de usuarios morosos del mecanismo Televía (TAG), se modifica la indemnización compensatoria a favor de la concesionaria –ascendente con anterioridad a cuarenta veces el monto adeudado–, reemplazándola por una multa gradual, que no supera las 20 UTM. El cincuenta por ciento de las multas ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restantes a beneficio de la Municipalidad donde tenga asiento el Juzgado de Policía Local que aplicó la infracción. La ley contiene un potente incentivo para el pago, pues se evita la aplicación de multas al usuario que paga antes de la dictación de sentencias condenatorias.

Tratándose de usuarios infractores, se advirtió que los Juzgados de Policía Local que conocen de las infracciones al sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas, se encuentran recargados por la gran cantidad de casos denunciados. Con el objeto de solucionar el problema de ineficiencia del procedimiento de aplicación de multas infraccionales, la ley introdujo diversas modificaciones para agilizar dicha aplicación y su cobro, como señalar los medios de prueba técnicos que puede presentar la concesionaria al perseguir el pago de las tarifas adeudadas, en donde finalmente es el MOP quien tiene la atribución de autorizar la procedencia de éstos. De esta forma, la jurisprudencia ha reconocido medios de prueba que el MOP ha autorizado a través del informe pertinente del Inspector Fiscal, y dependiendo del caso, se han reconocido transacciones electrónicas generadas y verificadas

por el sistema de cobro electrónico de la concesión⁸⁹, facilitando de esta forma el procedimiento de cobro judicial de tarifas adeudadas por los usuarios

La seguridad de cobro respecto de los infractores del pago del TAG se refuerza notablemente, pues la morosidad en las cuentas impide, con la actual ley, la renovación del permiso de circulación.

Así la ley contiene un innovador y justo equilibrio, pues evita los abusos en la aplicación de sanciones e incentiva el pago para evitar multas: el usuario que es renuente a pagar tras un proceso jurisdiccional no contará con el debido padrón autorizante.

⁸⁹ Considerando 4º, Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de apelación rol N° 1728-2017, de 18 de julio de 2018.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA JURÍDICA VIGENTE

Una vez analizadas las principales características del marco institucional aplicable al sistema de Concesiones de Obras Públicas y revisados los principios que rigen dicha institucionalidad, nos adentraremos directamente en el marco regulatorio introducido por la Ley N° 20.410.

4.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

La ley expresa en su artículo primero el ámbito de su vigencia material, señalando que el sistema concesional establecido en el artículo 87 del DFL N° 850, del Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP), de 1997⁹⁰, abarca la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales y la provisión de equipamiento y la prestación de servicios asociados.

Así, la reforma legal ha incorporado dentro del marco regulatorio de la Ley de Concesiones, la provisión de equipamiento y la

⁹⁰ Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL, del mismo Ministerio, N° 206, de 1960, sobre Construcción y Conservación de Caminos.

prestación de servicios asociados, materias que no estaban expresamente consideradas en la reglamentación anterior. La introducción de estas materias facultará al MOP para conceder, conjunta o separadamente, la realización de obras de infraestructura pública, la prestación de otros servicios y la provisión de equipamiento, permitiendo al sistema enfrentar de mejor forma la concesión de proyectos de mayor complejidad, como lo son, por ejemplo, la construcción y operación en su caso de recintos carcelarios, hospitalarios y establecimientos educacionales. Precisamente esta mayor complejidad hace aconsejable permitir al MOP dar un tratamiento diferenciado a las obras y la provisión de equipamiento del resto de los servicios.

La ampliación de alcance del sistema de Concesiones de Obras Públicas necesariamente requirió de una modificación al concepto legal de *Obra Pública Fiscal*, razón por la cual el actual artículo 39 señala que se entenderá por tal:

“...cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados al desarrollo de áreas de servicio, la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”.

4.2. CONCESIÓN POR MANDATO

Según lo expuesto, el sistema de concesiones regulado en la ley es aplicable a las obras públicas que se encuentran encomendadas al MOP, puesto que es una herramienta que nace dentro de su ámbito de competencias. En efecto, el artículo 39 establece que el MOP es competente para otorgar en concesión toda obra pública, la provisión de su equipamiento o la prestación de servicios asociados, salvo el caso en que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, municipio, empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado.

Sin embargo, el mismo artículo 39 permite que dichos entes públicos deleguen en el MOP, mediante convenio de mandato, la entrega en concesión de las obras bajo su competencia, para que éste entregue su concesión. En estos casos se entenderá incluido en dicho convenio la totalidad del estatuto jurídico de Concesiones de Obras Públicas, esto es, tanto el procedimiento de licitación, adjudicación y la ejecución, conservación y explotación como las facultades, derechos y obligaciones que emanan de la ley.

A este respecto, cabe mencionar que la ampliación del concepto de obra pública y de las materias concesionables, alcanza a la delegación que pueda realizar el ente público respectivo al MOP, para que éste entregue en su nombre una concesión. Esto permite la concesión en la provisión de equipamiento y servicios asociados a obras públicas tales como hospitales, cárceles y establecimientos educacionales.

Esta modificación planteó, durante la discusión parlamentaria, la cuestión de cuáles son los límites que pueden alcanzar las materias concesionables. En este sentido es ilustrativo traer a colación lo señalado por el Ejecutivo en la discusión parlamentaria de la modificación legal en comento, ocasión en la que señaló que la reforma se inspiraba en el modelo inglés respecto de las concesiones hospitalarias, el cual sólo concesiona lo que no es “*delantal blanco*”⁹¹.

4.3. NIVELES DE SERVICIO Y ESTÁNDARES TÉCNICOS

La modificación legal introdujo en el artículo 1º de la Ley de Concesiones, y a propósito del ámbito de vigencia material del sistema concesional, la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de

⁹¹ Segundo informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, p. 29.

licitación. La introducción a esta obligación en el primer artículo de la ley tuvo por objeto resaltar la centralidad de ésta, y el vínculo que existe entre la obra concesionada y el servicio que presta a la comunidad.

Para ilustrar los motivos de la modificación legal, resulta útil citar lo expuesto por el Ejecutivo en la discusión al interior de la Comisión de Obras Públicas del Senado, a propósito del concepto de nivel de servicio: *“El concepto de niveles de servicio se encuentra definido en el artículo 4º N° 8 del proyecto de ley que crea una Superintendencia de Obras Públicas como el “conjunto de funcionalidades y prestaciones que una obra pública debe proveer durante su fase de explotación, de conformidad a lo establecido en el Contrato de Concesión o en los instrumentos aplicables a las obras públicas explotadas directamente por el Ministerio”*⁹².

De esta manera, para el Ejecutivo, el referido concepto se relaciona con los resultados esperados del servicio de la obra, asociados a su operación y funcionalidad.

Estos niveles de servicio deben ser objetivos, medibles y verificables. La definición de un nivel de servicio debe necesariamente incorporar, además de la variable del servicio, el indicador de cumplimiento del nivel de servicio y su umbral de aceptación.

Los niveles de servicio deben necesariamente incorporar, además de la variable del servicio, el indicador de cumplimiento del nivel de servicio y su umbral de aceptación.

Los niveles de servicio dicen relación con estándares técnicos, criterios de diseño o ingeniería vinculados a la calidad constructiva de la obra, así como a las condiciones de gestión del servicio de la obra y su conservación.

⁹² Segundo informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, p. 8.

A título ilustrativo, puede señalarse:

1) Si el MOP quisiera definir un nivel de servicio asociado a la iluminación de una edificación, podría exigirlo directamente, y permitir que sea el concesionario el que determine qué tipo de luminaria utilizará, cómo las instalará y qué proceso de mantenimiento preventiva y correctiva realizará para asegurar el nivel de luminosidad.

2) Puede fijarse un tiempo máximo de “espera en cola” para el pago de peajes manuales.

3) Pueden definirse tiempos máximos de: respuesta de reclamos, atención de clientes en oficinas de atención de público.

4) En algunos casos, se pueden utilizar estándares constructivos como aproximaciones de niveles de servicio, como por ejemplo el IRI, que es una variable indicadora de la uniformidad del pavimento y que puede ser usada para medir el nivel de confort en el uso de una vía.

Adicionalmente, en el caso particular de las concesiones, se explicita que razonablemente la exigencia sobre dichos niveles de servicio puede variar según las diferentes etapas y condiciones aplicables a la concesión, por lo que consagra la potestad del organismo competente para establecer graduaciones en dichos niveles y estándares en función de estos factores. Así, por ejemplo, si el nivel de servicio estuviese asociado a los niveles de congestión, la exigencia de éstos sería diferente para distintos tramos de Tráfico Medio Diario Anual y, por otra parte, la exigencia de estos niveles tendría que ser diferente para casos de demandas especiales, como, por ejemplo, en la víspera de un fin de semana largo.

Además, en la labor de determinar el alcance del concepto de “estándares técnicos”, también puede resultar útil remitirse de manera referencial al proyecto de ley que crea la Superintendencia de Obras Públicas, puesto que originalmente éste formaba un todo

con la modificación a la ley, siendo posteriormente separados. Dicho proyecto define los estándares técnicos de la siguiente forma: “Normas técnicas y directrices relativas al diseño, construcción y conservación de las obras públicas y su equipamiento”⁹³.

Si bien el concepto de nivel de servicio ya era considerado por la ley antes de la modificación, la inclusión de la obligación del concesionario de mantenerlos durante todo el período de la concesión representa un nuevo modelo de gestión de las obras públicas, que revela la estrecha relación que existe entre éstas y el o los servicios que entrega a la comunidad, siendo una expresión directa del principio de servicialidad de la obra pública.

Coherente con el nuevo modelo de gestión que introduce el legislador (artículo 19 Ley N° 20.410), hace cargo al concesionario de la inversión para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, sin derecho a compensación económica adicional, garantizando de esta manera que la obra proyectada cumpla con los fines para los cuales fue creada, durante el transcurso del tiempo, previsto en el contrato de concesión.

Defendiendo esta modificación al artículo 1° durante la discusión parlamentaria, el Ejecutivo argumentó que *las concesiones se otorgan por largos períodos de tiempo y las tecnologías son muy dinámicas, con lo cual lo deseable es que se incorporen cada vez tecnologías más modernas para otorgar un mejor servicio y más económico*⁹⁴. Así, el inciso 2° del artículo 1° recoge la posibilidad de que los niveles de servicio varíen según las diferentes etapas y condiciones aplicables a la concesión, al indicar que las bases pueden fijar distintos niveles de servicio y de estándares técnicos para las diferentes etapas y condiciones de la concesión.

⁹³ Boletín N° 5.172-09.

⁹⁴ Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, p. 16.

Por otra parte, este nuevo modelo de gestión de las obras públicas concesionadas facilita la incorporación de los conocimientos de los privados en la materia, ya que se establecen los requisitos funcionales y se entrega un grado de independencia al privado para el diseño de la obra, puesto que se parte de la base de que éste es capaz de hacer un balance entre el monto de inversión inicial y el gasto de operación, de manera de privilegiar un proyecto que minimice ese último gasto.

La modificación introducida en la Ley de Concesiones respecto de la responsabilidad del concesionario en las obras concesionadas tiene su expresión en distintas normas de ésta:

- El artículo 6° permite al MOP encargar estudios y formular consultas a los interesados precalificados, con el objeto de perfeccionar y armonizar los niveles de servicio y estándares técnicos del proyecto.

- El artículo 29 dispone que las bases de licitación deben indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones, obligando al MOP a su inclusión en dicho documento.

- Los artículos 19 y 20 permiten al MOP, unilateralmente o previo acuerdo con el concesionario, modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación.

- Respecto de los Convenios Complementarios, se considera la obligación de contar con un informe de la respectiva Dirección del MOP sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos.

- Para hacer efectiva la excepción del artículo 20 bis, respecto de inversiones adicionales que superen el 25% del presupuesto oficial de la obra, la ley exige que se haya acordado específica-

mente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir las obras objeto de rediseño o complementación.

– Se establece el deber del concesionario de informar al MOP, en la fase de explotación, de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación.

4.4. DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La imprevisión aplicada a la concesión es una materia que se aborda por la doctrina y jurisprudencia, por lo que resulta relevante proporcionar algunos elementos para su análisis hermenéutico⁹⁵.

Se ha analizado si en virtud del contrato de concesión se obliga a las partes a conservar, durante su vigencia, el equilibrio económico patrimonial de esta convención, y si los eventos inesperados, extraordinarios e imprevisibles pueden motivar o justificar un cambio en las condiciones contractuales de las partes.

Para que la imprevisión pueda alterar contratos en plena ejecución –ha planteado la jurisprudencia⁹⁶–, en que la aplicación de

⁹⁵ En referencia a la teoría de la imprecisión véase FLASH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam. *Teoría de la Imprevisión, Aplicación y Avances, Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2002, p. 11.

⁹⁶ Así lo reconoce el considerando 4.6.1. de la sentencia de 13 de junio de 2006, dictada por la Comisión Arbitral de la concesión “Túnel El Melón” siguiendo la doctrina del “advenimiento de eventos extraordinarios, en el sentido de acontecimientos graves, excepcionales, anormales e inevitables, sobrevinientes a la Constitución de la obligación” (LARROZA, Ricardo. “Imprevisión Contractual”. En STIGLITZ, Rubén. *Contratos. Teoría General*, tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 365), “*circunstancias extraordinarias*” cercanas al caso fortuito, y que torne a la obligación en excesivamente onerosa.

dicha teoría requiere de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, siendo extraordinario el que no es normal que se verifique y en el que las partes no pueden haber pensado porque está fuera de su imaginación (*Doctrina General del Contrato*, II, Buenos Aires, 1953, pág. 375), alterando las bases habituales del tipo de negocio que se celebra, no bastando que exista pérdida de bienestar con la imprevisión, ya que ésta forma una de las probabilidades de todo negocio⁹⁷.

Existe, asimismo, jurisprudencia que considera el equilibrio económico-financiero entre las partes como un elemento de esta clase de contratos administrativos. Así lo establece una sentencia arbitral, relativa al “Programa de concesiones de infraestructura penitenciaria grupo 1”, donde el MOP modifica por razones de interés público las características de las obras y servicios del contrato de concesión de obra pública. La comisión arbitral dictaminó que “...*en cuanto a que las circunstancias o hechos acaecidos han producido una ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión, que es inherente a esta clase de contratos. El sustento de esa ruptura es que, una vez adjudicada la concesión, la parte fiscal habría introducido cambios sustanciales a la obra contratada en una secuencia desordenada, los que habrían alterado el consentimiento prestado en la formación del contrato*” y que “...*a criterio de este tribunal, es procedente que el MOP indemnice el daño causado a la sociedad concesionaria para restablecer el necesario equilibrio económico y financiero que debe existir en contratos de esta naturaleza...*”⁹⁸.

⁹⁷ Considerando N° 4.6.1. de la sentencia de 13 de junio de 2006, concesión “Túnel El Melón”, dictada por Comisión Arbitral integrada por Francisco Cumplido Cereceda, Luis Óscar Herrera Larraín y Carlos Peña González.

⁹⁸ Considerandos N°s. 12 y 14 de la sentencia de 25 de mayo de 2007, dictada por la Comisión Arbitral de la obra “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1”, integrada por don Antonio Bascuñán Valdés, don Manuel Días de Valdés Olavarrieta y don Alfonso Raymond Larraín.

4.4.1. Hechos de la naturaleza o del hombre, ajenas a las partes contratantes que imposibilitan o dificultan el cumplimiento normal, parcial o total de un contrato

En esta hipótesis, nos referimos al “Caso Fortuito” o “Fuerza Mayor” que libera al contratante de todo cumplimiento, salvo excepción expresa en el respectivo contrato. En este sentido, el artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece que las respectivas Bases de Licitación podrán disponer que el Fisco concurra al pago de perjuicios que irrogue el caso fortuito o la fuerza mayor ocurridos durante la fase de construcción de la obra.

El principio de la reciprocidad de las prestaciones y de la equivalencia –su expresión– ha tenido un singular desarrollo en el campo de la contratación administrativa, en donde informa toda su ejecución. La vigencia de este principio en el “Contrato Administrativo” conduce a considerarlo como un contrato, pues, a pesar de las modificaciones que la administración puede introducir unilateralmente en la relación jurídica, en tutela del interés general, la proporcionalidad o equivalencia económica siempre se encuentra a salvo.

En función de la reciprocidad de las prestaciones, el ordenamiento jurídico ha instituido una serie de técnicas para conseguir la plenitud de la equivalencia económica o ecuación financiera –como lo denominan los publicistas franceses– en el contrato administrativo, y armonizar por esta vía las exigencias del interés público de la comunidad con la garantía de los derechos del particular contratista.

Concretamente, tal principio tiene aplicación para restablecer la equivalencia económica en diversos supuestos de alteración patrimonial de la relación contractual, no sólo limitados a la acción

unilateral de la Administración o del contratista (*potestas variandi, factum principis y responsabilidad contractual*), sino también a la ocasionada por hechos y circunstancias ajenas a la voluntad de ambas partes (*Doctrina de la Imprevisión o riesgo imprevisible, la revisión de precios y caso fortuito o fuerza mayor*). Como expone De Laubadere, la finalidad del principio es conseguir la “...relación aproximada –equivalencia honesta– entre cargas y ventajas que el contratista ha tomado en consideración, haciendo un cálculo, en el momento de la conclusión del contrato”⁹⁹.

Cabe tener presente la jurisprudencia arbitral respecto de la cual se pretende dilucidar si constituye un elemento de la esencia del contrato de concesión el equilibrio patrimonial.

Con ocasión de la reclamación deducida por la Sociedad Concesionaria Túnel El Melón, la respectiva Comisión Arbitral consideró “...que no existe en el derecho vigente en Chile la exigencia –en forma de requisito o condición– de mantener un equilibrio patrimonial entre las prestaciones de las partes que sea consustancial a los contratos de concesión adjudicados competitivamente”¹⁰⁰ y que una norma en este sentido, requeriría, además, una regla explícita de garantía o relativa a la lesión para este tipo de contratos, la cual no existe.

La Comisión estimó además que “La doctrina del precio justo (de origen medieval, como es bien sabido) ha sido consistentemente desplazada por la institución de mecanismos puramente procedimentales (como el de Demsetz) que permiten determinarlo. Lo que sea correcto desde el punto de vista competitivo no puede ser fijado con criterios extraños a la competencia o con criterios ex post que no han sido expresados previamente en sus

⁹⁹ DE LAUBADERE, André. *Traite Theorique et pratique des contrats administratifs*, tomo II. París: Libraire Generalc de Droit et de Jurisprudente, 1956, p. 34.

¹⁰⁰ Sentencia arbitral concesión “Túnel El Melón”, considerando N° 4.4.4.

bases”. Con base en lo anterior, la Comisión razona que “La fijación de precios o rentabilidades mínimas aseguradas a todo evento es extraña a los mecanismos competitivos de contratación o fijación de precios, sin perjuicio de recordar que lo es también a los contratos conmutativos que consagra el derecho privado, puesto que, a diferencia de lo que sostiene la demandante, la conmutatividad, según conviene la doctrina mayoritaria, no consiste en el permanente y total equilibrio de las prestaciones (algo que el derecho vigente sólo exige en casos calificados bajo el evento de lesión enorme), sino en la posibilidad de apreciar con cierta certeza, al tiempo de perfeccionarse el contrato, el monto o valor económico de sus prestaciones recíprocas”.

Descartado por el tribunal la existencia ínsita de un equilibrio económico-financiero en el contrato de concesión, el tribunal no accedió a la aplicación de la denominada teoría de la imprevisión, argumentando que en el tipo de negocio que desarrolla el concesionario reclamante, el riesgo de demanda (y su variación) es de común ocurrencia y, por lo tanto, no posee los rasgos requeridos por la teoría en comento para su aplicación, más aún cuando el concesionario es un agente empresarial que conoce el sector económico en cuestión, actuó asesorado por especialistas, posee una alta racionalidad económica, incentivos suficientes para su propia diligencia y carece de asimetrías de información respecto del Estado¹⁰¹.

Finalmente, y a mayor abundamiento, el tribunal argumenta que en vista a lo establecido por el artículo 1545 del Código Civil debe señalarse que la teoría de la imprevisión requiere su admisión explícita por parte del ordenamiento jurídico, como ocurre en Chile tratándose del contrato para construcción de obra (artículo 2003 regla 2ª del C. Civil), lo cual “no acontece en cambio de modo general a propósito del contrato de concesión, puesto que el

¹⁰¹ Sentencia arbitral concesión “Túnel El Melón”, considerando N° 4.6.2.

*artículo 19 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas –que este Tribunal tendrá en cuenta más adelante– si bien admite el cambio en las condiciones del contrato ello no se fundamenta en la existencia de causas imprevistas, sino en la asignación del riesgo que, en términos generales, contenga las bases de la licitación y, en caso contrario, en la resolución adoptada en el desarrollo de un procedimiento arbitral que es justamente el que aquí se ha llevado a cabo razonando, como se ha hecho, principalmente con el mérito de la doctrina y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá esgrimiendo no la imprevisión, sino la equidad”*¹⁰².

4.4.2. En cuanto corresponde a las principales obligaciones y/o cargas que se imponen a la concesionaria

La principal obligación que el sistema le impone al concesionario se encuentra contenida en los artículos 22 y 23 de la LCOP. A este respecto la ley señala:

*“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor si así lo establecieren las bases de licitación”*¹⁰³.

Respecto a lo prevenido en el artículo 23, vinculada a la etapa de explotación, se impone al concesionario el deber de conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización y de prestar de manera continua el servi-

¹⁰² Sentencia arbitral concesión “Túnel El Melón”, considerando N° 4.6.4.

¹⁰³ Artículo 22 LCOP.

cio según las exigencias concretas que se indican.

Por su parte, el legislador en el artículo 24 LCOP, impone al concesionario la obligación de velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.

CAPÍTULO V

PROCESOS DE LICITACIÓN Y CONTRATACIÓN

El proceso de licitación, para los efectos de nuestro estudio, es un procedimiento administrativo comprendido de un conjunto de actuaciones formales, tanto de la autoridad como de los inversionistas interesados, reguladas legalmente y vertidas a través de un procedimiento predeterminado, mediante el cual el Estado selecciona el licitante que ofrezca las condiciones más ventajosas para el interés público, asegurando en todo caso el respeto a principios fundamentales como la publicidad de la licitación, secreto de las ofertas¹⁰⁴, igualdad de proponentes y estricta sujeción a las Bases de Licitación¹⁰⁵.

El proceso de licitación y la adjudicación del contrato de con-

¹⁰⁴ En este sentido, véase RUFÍAN (2018), p. 35.

¹⁰⁵ La Corte Suprema, a propósito de un recurso de casación, ha definido licitación pública en los siguientes términos: "...la licitación pública puede ser definida como un procedimiento de tipo administrativo anterior a una contratación, a través del cual la administración pública selecciona, de entre varias ofertas, la que mejor atienda al interés público con el fin de estipular a continuación un contrato con la propuesta que resulte más ventajosa, sujetándose todo ello a las bases elaboradas por el órgano público. Estas últimas constituyen el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante que regirán el contrato y que regularán la relación jurídica que surgirá entre las partes, incluyendo las etapas previas a su celebración".

cesión deben sujetarse estrictamente a las Bases de Licitación (BALI), lo cual comprende, además, las circulares aclaratorias emitidas por el Director General de Obras Públicas en virtud de consultas formuladas por los licitantes, y anteproyectos referenciales entregados por el MOP.

En caso de discrepancia en la interpretación del contrato de Concesión, primará lo dispuesto en las Bases de Licitación, sus circulares aclaratorias y en el anteproyecto referencial entregado por el MOP, por sobre lo establecido en la Oferta presentada por el Adjudicatario de la Concesión, salvo el caso en que ésta contenga aspectos superiores a lo exigido en las Bases de Licitación y sus circulares aclaratorias, lo cual será calificado por el Director General de Obras Públicas.

El artículo 4º de la Ley de Concesiones, ubicado en el Capítulo III titulado *“De las licitaciones, otorgamiento de la concesión y formalización del contrato”*, establece que:

“Las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales y a ellas podrán presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos y exigencias que establezca el reglamento”.

5.1. BASES DE LICITACIÓN

Se entiende por Bases de Licitación el *“conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con que se hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión”*¹⁰⁶.

Recordemos que, como se ha señalado en el Capítulo prece-

¹⁰⁶ Artículo 3º N° 4 del DFL MOP N° 164, Reglamento del Sistema de Concesiones de Obras Públicas.

dente, las relaciones entre el MOP y la Sociedad Concesionaria son de derecho público y, por ende, la interpretación de las normas contenidas en las BALI debe conformarse al principio finalista, teleológico y armónico de aplicación de disposiciones jurídicas.

En este sentido, la doctrina ha expuesto: *“En los contratos de obra, gestión de servicios y suministros, sólo en defecto de normas del derecho administrativo serán de aplicación las normas del derecho privado, regla asimismo aplicable a los restantes contratos que tengan carácter administrativo”*¹⁰⁷.

Las Bases de Licitación, por regla general, se interpretan en forma amplia, acudiendo primero a todos los documentos contractuales, lo cual es sin perjuicio de que excepcionalmente la hermenéutica a utilizar es restrictiva, como es en el caso de la aplicación de multas. Así lo ha establecido la jurisprudencia de las comisiones arbitrales¹⁰⁸ por ejemplo, mediante sentencia de 14 de agosto de 2002 de la comisión arbitral de la obra pública “Concesión Ruta 5 tramo Santiago-Los Vilos” resolución que dictaminó: *“...que en virtud de la aplicación de las normas de interpretación de los contratos, y en especial de la norma contenida en el art. 1564 del Código Civil, en opinión de esta comisión el sentido que mejor conviene al contrato es interpretar en forma restrictiva las cláusulas que establecen multas, no pudiendo por consiguiente asimilarse los conceptos de pista o de hermas para los efectos de determinar la procedencia de la aplicación de éstas”*.

En este sentido, la Comisión interpretó restrictivamente las

¹⁰⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, 9ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p. 50.

¹⁰⁸ Sentencia de 14 de agosto de 2002, concesión “Ruta 5 tramo Santiago-Los Vilos”, de la Comisión Arbitral integrada por don Bias Bellolio Rodríguez, don Sergio Merino Gómez y don César Varas Morales, considerando N° 3.5.

BALI, al distinguir entre pista o berma para aplicar una multa conforme a un indicador de pavimento, sin embargo, hecha la distinción, la multa se aplicó según la propia naturaleza de una pista o berma, lo cual puede dar lugar a una interpretación armónica.

En cuanto a la interpretación del contrato de concesión, es forzoso destacar la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2003, por la Comisión Arbitral de la concesión “Ruta 5 Sur, tramo Santiago Talca y Acceso Sur a Santiago”, para quienes *“...todo proceso legal interpretativo debe ser efectuado en forma integrada y, por consiguiente, no en forma aislada ni seccional. Para ello se requiere efectuar un estudio conjunto, armónico y coherente, tanto de la Ley de Concesiones como de las Bases de Licitación, del Contrato de Concesión y de los antecedentes administrativos existentes, tomando en cuenta los principios de equidad y de prudencia que deben orientar a un Tribunal Arbitrador; y buscando que la decisión que en definitiva se adopte, sea racional y esté dotada no sólo fundamentos de equidad, sino también de lógica”*¹⁰⁹.

Asimismo, no obstante constituir el proceso de exégesis un sistema integrado, se ha fallado que el instrumento o documento más importante para interpretar el contrato de concesión, lo constituyen las respectivas BALI¹¹⁰.

El trabajo de la comisión arbitral respecto de la interpretación de las BALI ha sido amparado por la Corte de Apelaciones al

¹⁰⁹ Considerando JI.C.7, de la sentencia de 26 de noviembre de 2003, dictada por la Comisión Arbitral de la concesión internacional “Ruta 5 Sur Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago”, integrada por don Armando Espinoza Basualto, don Sergio Merino Gómez y doña Claudia Illanes Ríos.

¹¹⁰ Considerando N° 17 de la sentencia de 8 de junio de 2005, Comisión Arbitral de la concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, integrada por don Carlos Figueroa Serrano, don Edwin Stagno Rojas y don Carlos Urenda Zegers.

reconocerla como un órgano jurisdiccional con la capacidad de definir sus propias reglas respecto a la interpretación de contratos y BALI. Así, la Corte de Apelaciones, en el fallo del 3 de marzo de 2016¹¹¹ ha determinado que frente a un arbitraje de la Comisión no procedería el recurso de queja por estimar que el “recurso [de queja] *no significa la apertura de una nueva ‘instancia’ que permita al tribunal superior revisar el mérito de la resolución impugnada, como si se tratara de una apelación, menos aun si se tiene en cuenta que en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes convinieron en sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria las materias relacionadas con el contrato celebrado, sometiéndose a la justicia arbitral privada*”, zanjando de esta forma que por medio de este recurso no podría intentarse una segunda instancia respecto de la decisión arbitral. Decisión que al tenor de lo discutido, se tomó legítimamente en función de las reglas que el árbitro estimó pertinentes para la interpretación del contrato, tal como lo señaló la Corte de Apelaciones en el considerando 6º del mismo fallo señalando que “*debe recordarse que estamos frente a jueces con la calidad de árbitros arbitradores, los que incluso frente a preceptos legislativos, la equidad permite arribar a una solución distinta de la legal, y además, justa*”, por lo que de igual forma si la Comisión Arbitral decide fallar conforme a equidad será válida, sin perjuicio que dentro de este caso en particular se confirmara que el juez árbitro definió las reglas de interpretación que fundamentaron sus decisiones¹¹².

Por otro lado, el alcance de la interpretación de los contratos de obra pública, si bien se rigen por las normas de Derecho Público

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, “Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, rol N° 11053-2015, de 3 de marzo de 2016.

¹¹² Considerando 3º, Corte de Apelaciones de Santiago, “Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, rol N° 11053-2015, de 3 de marzo de 2016.

igualmente se circunscribirá a las normas generales del Código Civil, respecto a la interpretación de contratos, llegando a señalar la validez de solicitar casación en función de su vulneración frente a la interpretación de los Contratos de obras públicas¹¹³.

5.2. BASES DE LICITACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LOS NIVELES DE SERVICIOS Y ESTÁNDARES TÉCNICOS

El legislador a este respecto señala que:

*“El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados al objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto”*¹¹⁴.

La regla general es que la inversión del concesionario, para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación. La reforma aludida tras la experiencia de la jurisprudencia “cárceles” apunta a cubrir un vacío del normador concesional, el cual no se refería previamente en forma expresa a la modificación en relación con los niveles de servicio y estándares técnicos o por razones del interés público.

¹¹³ Considerando 7º, Corte Suprema, Tercera Sala, “Constructora Cerco Limitada con Municipalidad de Lampa y otros”, rol N° 42454-2017, de 31 de julio de 2018.

¹¹⁴ Artículo 19 inciso 3º LCOP. Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

La jurisprudencia en esta materia¹¹⁵, relativa al “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1”, motivó las reformas legales anotadas, específicamente cuando el MOP modifica por razones de interés público las características de las obras y servicios del contrato de concesión de dicha obra pública.

En el señalado programa de concesiones, adjudicado a la Concesionaria BAS. S.A., el MOP no elaboró un anteproyecto, sino que entregó pautas o indicaciones mínimas de lo que se deseaba, pero no se establecieron “*Estándares mínimos de servicio*”. Esto permitió que cada oferente realizara un anteproyecto distinto estudiando sus costos y, por tanto, la oferta técnica debía ajustarse a las bondades que se ofrecen en arquitectura, terminaciones, equipamiento y demás rubros incluidos en las BALI, por un valor pre señalado.

Sin embargo, el Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, una vez adjudicada la licitación, formularon observaciones al proyecto referido, dando lugar –según se argumentó en la Comisión Arbitral– a cambios en las Pautas Mínimas de Diseño y Construcción establecidas por el MOP, lo cual en palabras de la Comisión, significó “...desarrollar un proyecto con distintas características arquitectónicas, estructurales y de especialidades al que fue considerado técnicamente aceptable por la Comisión de Evaluación”¹¹⁶, lo cual produjo un conflicto entre el MOP y la Sociedad Concesionaria, relativos al quebrantamiento del equilibrio económico y al surgimiento de gastos no contemplados en el contrato. Ante dicha situación, la Comisión Arbitral estableció

¹¹⁵ Considerandos N°s. 4.14., 12 y 14, de la sentencia de 25 de mayo de 2007, Comisión Arbitral de la obra “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1”, integrada por don Antonio Bascuñán Valdés, don Manuel Días de Valdés Olavarrieta y don Alfonso Raymond Larraín.

¹¹⁶ Sentencia Comisión Arbitral de la obra “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1”, considerando 4.14.

que “...en cuanto a que las circunstancias o hechos acaecidos han producido una ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión, que es inherente a esta clase de contratos”.

El sustento de esa ruptura es que, una vez adjudicada la concesión, la parte fiscal habría introducido cambios sustanciales a la obra contratada en una secuencia desordenada, los que habrían alterado el consentimiento prestado en la formación del contrato. Añade la comisión que: “*El cambio de la obra contratada y el modo como se efectuó ese cambio contravienen las formas previstas en la Ley de Concesiones, en su reglamento y las propias disposiciones contractuales contenidas en las BALI, ya que debió resolverse del modo previsto en dicha normativa, esto es, mediante la celebración de uno o más convenios complementarios en los que se convinieran tales cambios y las compensaciones económicas y ajustes de plazo*”. Lo anterior, a juicio de la comisión, hizo procedente que “...el MOP indemnice el daño causado a la sociedad concesionaria para restablecer el necesario equilibrio económico y financiero que debe existir en contratos de esta naturaleza...”.

El fallo en comento contribuyó a que el legislador regulase diversos institutos que se descubren más adelante en esta obra: “Rescate de la obra por ley”, “Designación de árbitros de Derecho”, “Limitar el tiempo de la orden de no innovar” y, finalmente, elevar a nivel legal el “Estándar de Servicio”.

De toda la experiencia anotada, surgió la necesidad de modificar el artículo 29 de la LCOP estableciéndose ahora que “*Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones*”. Con todo, corresponde al Ministerio de Obras Públicas la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra y, en caso de incumplimiento de ésta, podrá imponer al concesionario las san-

ciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan.

Lo anterior se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1° de la LCOP, norma que producto de la modificación introducida por la Ley N° 20.410 agrega:

“Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos¹¹⁷, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.

Elevar a nivel legal la obligación del concesionario de cumplir con el “estándar de servicio” se encuentra estrechamente relacionado con el deber del Estado y su responsabilidad respecto del cumplimiento del contrato. Así, este estándar de servicio también aparea obligaciones al Estado, tal como la oportuna fiscalización de la adecuada ejecución de los contratos, en donde se establece un deber que garantice dicho estándar establecido inicialmente y que se traducirá en una adecuada fiscalización. En este sentido, la fiscalización que llevarán a cabo las autoridades será lo ponderado respecto si se cumple con el “estándar de servicio” en cada caso¹¹⁸.

¹¹⁷ Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹¹⁸ Al respecto, lo dispuesto en el considerando 11° del fallo “Ortega Bobadilla, José Antonio con Fisco de Chile y Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A.”, pondera la configuración de responsabilidad por falta de servicio, señalando sobre la fiscalización que debía realizar a la SC que *“habrá que ponderar si la actividad de fiscalización realizada por el Ministerio de Obras Públicas cumple o no con un estándar objetivo e idóneo para tal fin, ya que sólo para el caso de no alcanzar este umbral deviene una hipótesis de falta de servicio que puede vincularse al hecho generador de responsabilidad planteado en la demanda”*. Conforme a lo anterior queda patente que el estándar de servicio contempla igualmente la fiscalización en la ejecución del contrato. Corte de Apelaciones de Concepción, “Ortega Bobadilla, José Antonio con Fisco de Chile y Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A.”, rol N° 526-2016, de 1 de diciembre de 2016.

5.3. LOS FACTORES DE LICITACIÓN

Ahora bien, para proceder a licitar un determinado proyecto, se evaluarán las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo con las características propias de la obra, en atención a uno o más de los factores técnicos o económicos establecidos en el artículo 7° de la LCOP. La definición de estos factores y su aplicación se establece por el MOP, en las respectivas Bases de Licitación. Algunos de estos factores son:

- a) Estructura tarifaria.
- b) Plazo de concesión.
- c) Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor.
- d) Puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación.
- e) Consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son, por ejemplo, ruidos, belleza escénica en el caso de trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total.

La reciente enmienda legal incorpora un párrafo segundo en este literal, el cual señala:

*“Asimismo, consideraciones sobre el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos”*¹¹⁹.

¹¹⁹ Artículo 7° letra k) inciso 2°. Texto incorporado por la Cámara de Diputados en la tramitación de la Ley N° 20.410.

Además, se sustituye la letra 1), estableciendo como factor los *“ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo con lo establecido en las bases de licitación”*¹²⁰. Se explica que “este factor de licitación no podrá ser utilizado en conjunto con ninguno de los factores señalados en las letras a), b) o i) anteriores”. El factor de licitación indicado ya no tiene la limitación de ser usado “sólo en forma excepcional y ser fundada su resolución”, como rezaba la anterior disposición, lo cual fue eliminado por la Comisión de Obras Públicas del Senado.

5.4. RESGUARDO DE LA LIBRE COMPETENCIA

La nueva normativa incrementa la competencia en el mercado de las concesiones, permitiendo que este mecanismo se extienda a obras de distinta naturaleza y complejidad de aquellas en las cuales hasta el día de hoy se había aplicado.

Así, se amplía la definición de obra pública concesionable, incorporando la posibilidad de utilizar dicho mecanismo respecto de servicios (turísticos, autoservicios, publicidad) y provisión de equipamiento¹²¹.

Por otra parte, se consagra a nivel legal la etapa de precalificación de proyectos, que permite al MOP llamar, en una etapa previa a la licitación, a aquellas empresas que se encuentren interesadas en participar posteriormente en ella¹²².

¹²⁰ Artículo 7º letra l). Texto modificado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹²¹ Artículo 1º LCOP.

¹²² Artículo 6º bis LCOP. Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

En el caso de proyectos particularmente complejos, tales como cárceles, hospitales, autopistas urbanas u otros similares¹²³, en el que el proceso de postulación a una licitación resulta muy costoso para los interesados, por ello, y en consideración a razones de eficiencia económica, en determinados casos se podrá limitar la cantidad de proponentes que pasarán a la licitación propiamente tal.

La Ley N° 20.410 que modifica la LCOP, no sólo permite limitar los proponentes, además señala que:

“Las bases de precalificación podrán exigir otros requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguardan la igualdad de trato entre los participantes de este proceso.

Asimismo, las bases de precalificación podrán contemplar un procedimiento y un período de tiempo para que los precalificados propongan al Ministerio de Obras Públicas las mejoras, adiciones o ajustes que estime conveniente incluir en el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público”¹²⁴.

De esta manera se vela por la idoneidad de las empresas participantes, según criterios que permitan apreciar su seriedad y respaldo entre los cuales se menciona en la ley, la experiencia o los resultados en otras obras encargadas en el pasado¹²⁵, haciendo uso de un mecanismo que se encontraba contemplado en el Reglamento de la Ley de Concesiones.

Adicionalmente, con el objeto de evitar que proyectos de gran interés y necesidad se vean retardados por no contar el Ministerio

¹²³ Artículo 6° bis LCOP. Texto modificado por la Comisión de Obras Públicas del Senado.

¹²⁴ Artículo 6° bis LCOP. Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹²⁵ Artículo 6° bis LCOP.

de Obras Públicas con los fondos requeridos para los estudios de ingeniería, se establece la posibilidad de que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien tales estudios, los que serán encargados por la autoridad a una institución independiente con competencia en la materia de que se trate.

Este mecanismo se hace especialmente relevante para proyectos de iniciativa privada, dado que el procedimiento de presentación de estas iniciativas ha sido utilizado en algunas ocasiones principalmente para financiar los estudios de ingeniería, siendo el proponente quien debe llevarlos a cabo. Por otra parte, este mecanismo permite que empresas más pequeñas, que no tienen la capacidad financiera para desarrollar los estudios, también puedan presentar propuestas.

Por último, y para asegurar que la competencia libre y leal sea un principio rector garantizado para los oferentes, la ley establece una inhabilidad de cinco años para ser parte del sistema de concesiones, a los concesionarios y sus personas relacionadas, cuyo contrato haya sido terminado por incumplimiento grave de sus obligaciones. Dicho incumplimiento es sancionado para asegurar que la concesión cumpla con su fin público y no arriesgar futuros proyectos dentro de un término de 5 años. El legislador señala que:

“La declaración del incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la comisión arbitral establecida en el artículo 36 bis”¹²⁶.

Por tanto, el incumplimiento grave debe ser declarado y las causales que lo justifiquen no son taxativas, sino más bien creadas según la naturaleza de la concesión y las necesidades de ésta en el contrato de concesión, según lo declarado por la comisión arbitral.

¹²⁶ Artículo 28 inciso 1º LCOP.

Se agrega que:

*“Declarado el incumplimiento grave por la comisión arbitral, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor; que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 207, números 1 al 5 del Libro IV del Código de Comercio. Este interventor responderá de culpa levísima”*¹²⁷.

Además:

*“Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que reste”*¹²⁸.

En este caso también resultará pertinente determinar la posibilidad de judicialización de aquellos casos en que se atente contra la libre competencia. Así, uno de los puntos a considerar será el establecer el momento que se entienda afectada la libre competencia: si al dictarse la resolución que otorga la concesión o en el momento de la aprobación de las bases de licitación, el acto de adjudicación o el contrato de concesión. Esto ya que las acciones que persiguen conductas atentatorias a la libre competencia prescriben en el plazo de 3 años desde la ejecución de la conducta, por esto es necesario determinar con precisión que se entiende por *la conducta*, tal como lo determina el fallo del TDLC¹²⁹ en su considerando 5º.

¹²⁷ Artículo 2º N° 2 LCOP.

¹²⁸ Artículo 2º N° 3 LCOP. Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹²⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “Eulogio Altamirano Ortúzar con Sociedad Concesionaria Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación S.A. y Dirección General de Obras Públicas del MOP”, rol N° C-307-2016, de 15 de junio de 2017.

Dentro del mismo fallo, en su considerando 16º, queda establecido que cuando las BALI contengan cláusulas atentatorias de la Libre Competencia no se está ante una amenaza, sino frente a una infracción, por lo que no será necesario esperar a que se dicte un acto administrativo que la reconozca como tal. Lo anterior resulta fundamental para no dilatar innecesariamente la iniciación de acciones legales, arriesgando la prescripción de la misma, aún más considerando que esto ha sido reconocido en más de una oportunidad¹³⁰.

Finalmente, el Tribunal determinará que la conducta que atenta contra la libre competencia se entiende “ejecutada una vez que se fija el texto definitivo de dichas bases. Es decir, una vez que se ha completado el proceso de aclaraciones y rectificaciones”. Por su parte, el plazo de prescripción se entenderá interrumpido una vez notificados legalmente a los demandados.

5.5. BALI Y PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

La planificación territorial se ha definido como “*un conjunto de instrumentos que se aplican para la ordenación del territorio con una visión integrada, con el objeto de plantear un modelo espacial que supere las actuaciones y aproximaciones sectoriales, maximizando el potencial de desarrollo del territorio, lo cual conlleva un aumento considerable en el nivel de vida de la población asociada a éste*”¹³¹.

¹³⁰ Considerando 13º, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol N° 138-2014. Se reconoce que “*las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello*”.

¹³¹ DGOP. *Manual de Gestión Ambiental Territorial y de Participación Ciudadana para Proyectos de Infraestructura*, capítulo 4, página 5 (en línea). Dis-

Estos instrumentos “...tienen por objetivo procurar la definición y puesta en valor del carácter urbanístico de todo asentamiento a través de la preservación e incremento de sus patrimonios natural y cultural. En el nivel nacional Chile cuenta con una política general, la política nacional de desarrollo urbano (aprobada por Decreto Supremo N° 31, del 4 de marzo de 1985), que es la que en términos generales define los fundamentos, objetivos y medios conforme a los cuales deberá dictarse la legislación que impulse y regula el desarrollo urbano de Chile”¹³².

Se comprenden dentro de los Instrumentos de Ordenación y de Planificación Territorial los siguientes¹³³:

- Plan Regional de Desarrollo Urbano, competencia de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo.
- Plan Regulador Metropolitano, competencia de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo.
- Plan Regulador Intercomunal, a desarrollar por la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo.
- Plan Regulador Comunal, competencia de la Municipalidad de la Comuna correspondiente.
- Plan Seccional, competencia de la Municipalidad de la Comuna correspondiente.

Otros instrumentos de Planificación importantes de considerar son:

ponible

en:

http://www.dgop.cl/centro_documental/Paginas/InstructivosyManuales.aspx
(revisado el 27 de agosto de 2019).

¹³² WERNER, Gerhard; BEMMERLEIN-LUX, Florian y ZÚÑIGA, María Elena. *Ordenamiento territorial y planificación ambiental en Chile*. Santiago: Editorial Eco-dec, 1995, p. 56.

- Estrategia de Desarrollo Regional.
- Plan de Desarrollo Comunal.
- Planes del sistema de transporte para ciudades intermedias y para áreas metropolitanas, elaborados por Secretaría de Planificación de Transporte.
- Planes Maestros de Aguas Lluvia.
- Planes de Manejo de Cuencas.
- Plan Maestro de Infraestructura.

5.5.1. Institucionalidad y ordenamiento territorial para los efectos de las BALI¹³³

La institucionalidad opera a través de los instrumentos que se mencionaron anteriormente, como el plan regional de desarrollo urbano, el plan regulador metropolitano y el plan regulador intercomunal. Así, ante la postulación para la ejecución de una obra pública, el legislador establece que:

“Sin perjuicio de lo señalado, la calificación de estas postulaciones deberá considerar el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, siempre y cuando éstos existan”¹³⁴.

La nueva obra pública se incorpora en un sistema que ya tiene características definidas, debiendo ajustarse el respectivo

¹³³ Definidos en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Decreto N° 47 publicado el 5 de junio de 1992, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

¹³⁴ Artículo 2° inciso 3° LCOP. Inciso incorporado por la Cámara de Diputados en la tramitación de la Ley N° 20.410.

proyecto a las normas preexistentes, en vista a su innegable incidencia sobre el desarrollo potencial de un territorio determinado. Lo anterior se orienta en función de la mejor distribución de los recursos humanos y económicos que disponen los órganos descentralizados del Estado y a la urbanización de la ciudad.

Respecto de las fuentes legales de la planificación territorial, se ha señalado por la doctrina que “...*el concepto de ordenamiento territorial, ampliamente utilizado en otros países, no posee ninguna trayectoria ni antecedentes explícitos probados en Chile*”¹³⁵.

Se ha procurado obtener a través de los instrumentos de planificación territorial –entre otros– una institucionalidad, que sin bien no se ha declarado en términos formales, se puede estructurar a través de estos instrumentos, conforme a las necesidades de las localidades, optimización de los recursos públicos y perfeccionamiento de servicios a los particulares.

De esta manera, los requerimientos o necesidades sociales se encontrarán implícitos en dichos planes, al regular la desconcentración territorial; evitar el aislamiento de regiones periféricas; mantener el ecosistema y la sustentabilidad ambiental, debiendo considerarse en la administración general del territorio. En este contexto, se orienta el artículo 7º de la Ley de Concesiones, al contemplar que la licitación de la obra, materia de la concesión, se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo con las características propias de las obras, atendido uno o más de ciertos factores, entre ellos el literal k), que exige:

“Consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total del proyecto.

¹³⁵ WERNER, BEMMERLEIN-LUX y ZÚÑIGA (1995), p. 67.

Asimismo, consideraciones sobre el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos...”¹³⁶.

Además, cabe mencionar el artículo 22 N° 5 de la LCOP, al establecer que:

“El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente: 5.- La construcción de la obra no podrá interrumpir el tránsito en caminos existentes. En el evento de que la interrupción sea imprescindible, el concesionario estará obligado a habilitar un adecuado tránsito provisorio”.

Lo anterior, por ende, se condice con los requerimientos de prevención y manejo de la planificación territorial de los impactos territoriales asociados, ya sean alteraciones negativas o positivas que incidan en el desarrollo del territorio.

Luego, con la modificación de la Ley N° 20.410 esta función fue traspasada a la Dirección General de Concesiones, quien mantiene como misión institucional el *“Proveer, resguardar y mejorar las obras y servicios de infraestructura pública, dentro del marco de la asociación público-privada. De esta manera, la institución impulsa el desarrollo económico, social, cultural, sustentable y equitativo del país, promoviendo la integración territorial para una mejor calidad de vida”¹³⁷.*

¹³⁶ Artículo 7° letra k) inciso 2° LCOP. Inciso incorporado por la Cámara de Diputados en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹³⁷ Misión de la DGCOP, disponible en: http://www.concesiones.cl/quienes_somos/misionyfunciones/Paginas/default.aspx (revisado el 8 de marzo de 2019). Dicha misión fue recogida por la publicación del Ministerio de Obras Públicas. *Concesiones de Obras Públicas en Chile: 20 años*, respecto de la Misión de la Coordinación de Concesiones, 2016.

5.6. BALI Y CUIDADO DEL MEDIO AMBIENTE

Dado que todo proyecto o actividad de infraestructura pública o privada produce impactos ambientales, tanto positivos como negativos, las disposiciones jurídicas tendientes a la protección del medio ambiente están presentes en la LCOP. Es así como su artículo 7º, referente a la evaluación que se efectúa a las ofertas técnicamente aceptables de acuerdo con las características propias de cada obra, se establece como factor de la licitación las:

“consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos. Belleza escénica en el caso de trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total”.

Se incorporó a este literal, según ya hemos visto:

“...consideraciones sobre el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos”¹³⁸.

Esta disposición de la Ley N° 20.410, modificatoria de la LCOP, encuentra un antecedente jurídico en la finalidad constitucional del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza y velar porque no sea afectado el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, garantizado en el artículo 19 N° 8 de la CPR. Por ello se justifica el empleo de mecanismos destinados a controlar los fenómenos ambientales negativos, que pueden derivar de una obra pública, y una adecuada implementación de la gestión ambiental.

Si bien el concepto de Medio Ambiente es un término técnico, propio de las ciencias naturales, la ley lo ha definido como:

¹³⁸ Texto incorporado por la Cámara de Diputados en la tramitación de la Ley N° 20.410.

*“...el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*¹³⁹.

Asimismo, nuestra Excma. Corte Suprema¹⁴⁰ ha señalado que *“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es un derecho humano con rango constitucional, el que presenta un doble carácter derecho subjetivo público y derecho colectivo público el mandato constitucional que se impone al Estado en relación con esta garantía, se cumple a través de su institucionalidad ambiental”*.

Dicha garantía permea más allá de las disposiciones legales y jurisprudencia en función de establecer una obligación dentro de las BALI consistente en respetar la normativa ambiental vigente y concretamente encaminada a obtener los permisos ambientales correspondientes y otras exigencias según la naturaleza del proyecto. De esta forma se asegura que dicho proyecto se desarrollará sin causar un impacto perjudicial al medio ambiente. Entonces, se especifica de forma expresa y se establece de forma recurrente para cumplir con los mandatos constitucionales relacionados con las llamadas “Obligaciones para el Desarrollo Sustentable del Proyecto”¹⁴¹. En dicho acápite de las BALI se señala el Estado de situación del proyecto frente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en donde se describe la forma en que debe ingresar al sistema conforme al impacto del proyecto y lo dispuesto

¹³⁹ Artículo 2º letra II) de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

¹⁴⁰ Fallo “Horvath y otros con Conama”, Corte Suprema, marzo de 1997.

¹⁴¹ En este caso fueron consideradas diversas Bases de Licitación en donde todas tenían un punto similar aludiendo a la relación del proyecto en licitación con el desarrollo sustentable.

en el artículo 10 de la Ley N° 19.300. Para ejemplificar se pueden apreciar las similitudes y diferencias de diversas Bases de Licitación para Obra Pública Fiscal:

a) Para el caso de las “Bases de Licitación Concesión Vial Mejoramiento Ruta G-21” publicadas en marzo de 2018¹⁴², el MOP elaboró un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) referencial que se entiende parte integrante de las BALI y se señala a su vez que la Sociedad Concesionaria deberá elaborar a su entero cargo el EIA que se presentará ante el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). También aclara que la Resolución de Calificación Ambiental favorable será la que prevalecerá en relación con las exigencias ambientales que se hayan contenido en las BALI. En este caso la intervención del Inspector Fiscal es fundamental, pues es el encargado de asegurar que dichas exigencias ambientales se cumplan. El hecho de que quede a cargo de la Sociedad Concesionaria (SC) el realizar los estudios correspondientes, tiene como consecuencias que sea éste quien actúa como único titular ante la autoridad ambiental y que en caso de modificaciones o anteproyectos alternativos que se implementen, sea el responsable de evaluar la pertinencia de ingresar al SEIA conforme a lo señalado en el artículo 10 de la Ley N° 19.300. Siempre a entero cargo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria de velar por el cumplimiento de las exigencias ambientales derivadas tanto de la normativa vigente como de la RCA obtenida.

Luego, la RCA favorable resulta fundamental para que la SC pueda iniciar las obras materiales que correspondan, en donde será el Inspector Fiscal quien certificará el cumplimiento de aquello, actuando como ente fiscalizador a lo largo del desarrollo del proyecto ya que además tiene la obligación de denunciar ante la SMA

¹⁴² Documento de las BALI disponibles en http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Mejoramiento%20Ruta%20G21/Bases_licitacion_Concesion_Mejoramiento_Ruta_G-21.pdf (revisado el 3 de abril de 2019).

cualquier incumplimiento de la Sociedad Concesionaria respecto a sus obligaciones ambientales.

En segundo lugar, las referidas Bases de Licitación hacen mención al Programa de Gestión Sustentable (PGS), documento a través del cual se busca mantener los estándares de servicio a lo largo de la construcción y explotación del proyecto en materias medioambientales.

Así, en la fase de construcción el concesionario debe someter dicho Programa a la aprobación del Inspector Fiscal en un plazo no inferior a 90 días antes de iniciar la construcción de las obras de cada sector en este caso; dicho plazo se refiere a este proyecto en particular y puede variar. El PGS debe satisfacer las exigencias referidas al Plan de Manejo Ambiental también incluido en las BALI dentro del aspecto técnico del proyecto: se deben considerar medidas de mitigación, reparación, compensación y prevención de riesgos respecto a diferentes aspectos ambientales tales como: aire, ruido, suelo, agua, flora y fauna, aspectos de protección cultural y sociales entre otros; los cuales deben considerarse conforme a exigencias mínimas establecidas en particular dentro de la elaboración del informe que será sometido a la aprobación del IF.

Estas Bases de Licitación tienen adicionalmente como particularidad que dentro de este punto se considera la entrega del Manual del Ciclista y la habilitación de las condiciones para la circulación de ciclistas en toda la ruta, como parte de la integración social del proyecto.

Para la fase de explotación debe elaborarse un nuevo PGS el que debe ser informado en un plazo no inferior a 90 días antes de la fecha estimada para solicitar la respectiva “Puesta en Servicio Provisoria Parcial de las Obras”¹⁴³. Este considera similares exigencias que las consideradas para la etapa de construcción, inclu-

¹⁴³ Señalado en las BALI en su punto 1.8.10.2.2.

yendo un programa de Información a los Usuarios permanente que dé cuenta de las actividades del proyecto, sus impactos y las medidas adoptadas para su mitigación. El Programa de Gestión Sustentable debe entregarse para aprobación al Inspector Fiscal, que será requisito para que la DGCOP otorgue la autorización a la Puesta en Servicio Provisoria Parcial de las Obras.

b) Al analizar lo referido a materias ambientales de las “Bases de Licitación Concesión Aeropuerto Chacalluta de Arica”, publicadas en julio de 2018¹⁴⁴ encontramos diferencias iniciales puesto que en este caso, el MOP sometió al proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante dos Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), por lo que la RCA correspondiente fue directamente puesta a disposición como parte de los documentos que conforman las BALI. Se especifica que dichos documentos tienen una serie de “medidas ambientales mínimas obligatorias a cumplir por parte del Adjudicatario o bien la Sociedad Concesionaria, según sea el caso, durante las Etapas de Construcción y Explotación”¹⁴⁵ [cita 1.8.11.1] de esta forma se genera la obligación de mantener un estándar de servicio conforme a las normas ambientales relacionadas al proyecto a lo largo de la ejecución de éste.

Asimismo, tal como sucede también en aquellos casos en que las Bases de Licitación versen sobre proyectos que se están relicitando, se establecen formalidades a fin de cambiar la titularidad del proyecto frente al SEIA: en este caso en particular se dispone que es función de la DGCOP informar “con copia a la SC dicho cambio (de titularidad de la RCA del Proyecto) mediante el envío formal de las BALI aprobadas por el MOP, el Decreto Supremo

¹⁴⁴ BALI Disponibles en:
http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Aeropuerto%20Chacalluta%20Segunda%20Concesion/BALI_SC_Chacalluta.pdf (revisado el 3 de abril de 2019).

¹⁴⁵ Punto 1.8.11.1. de las BALI referidas.

(DS) de adjudicación de la concesión debidamente suscrito y protocolizado por el Concesionario, y de la identificación del proyecto sometido al SEIA del cual se solicita cambio de titularidad”¹⁴⁶. Luego con la suscripción del DS de adjudicación del contrato de concesión se entiende que el concesionario acepta la calidad de nuevo titular, lo que lo hace responsable ante la Autoridad Ambiental competente respecto de las obligaciones que deriven de las exigencias impuestas al proyecto y el cumplimiento de la normativa ambiental vigente.

Una consecuencia natural de esto es que el cumplimiento de las exigencias sean responsabilidad, cargo y costo del concesionario y que frente a la proposición de obras alternativas o nuevas obras será el encargado de evaluar el ingreso al Sistema en calidad de titular respecto de lo que corresponda.

Se impone igualmente la prohibición de iniciar las obras sin la autorización del IF quien acreditará que se obtuvo la RCA favorable de las obras del proyecto que correspondan.

Otra diferencia es que estas Bases de Licitación serán más detalladas frente al incumplimiento señalando explícitamente que frente a aquello, además de la imposición de multas podrá constituir causal de extinción de la concesión, así como el cobro de las garantías presentadas, junto con la obligación del Inspector Fiscal de denunciar ante la SMA dicho incumplimiento para que se impongan las sanciones correspondientes.

Respecto al Programa de Gestión sustentable durante la Etapa de Construcción, es bastante similar al anterior en función, destacando la exigencia de que se incluya en él un programa de Información y Difusión Ciudadana permanente a fin de integrar a las personas que puedan verse afectadas por impacto del proyecto en diversos ámbitos. Finalmente, el PGS durante la etapa de explota-

¹⁴⁶ P. 79 de las BALI.

ción se incluye un punto¹⁴⁷ que menciona aquellos recursos administrativos que permitirán a la Sociedad Concesionaria hacer sus descargos ante el Inspector Fiscal respecto de sus órdenes y resoluciones y la forma en que operará recurso jerárquico ante la DGCOP.

c) Finalmente, BALI de OPF “Concesión Ruta 5 Tramo Los Vilos-La Serena”, de febrero de 2018, cabe señalar que es similar al primero en cuanto el MOP se compromete a entregar los antecedentes referenciales –EIA en este caso– que sirvan para ingresar el proyecto al Servicio (SEA) dejando la responsabilidad de su tramitación a la concesionaria, quien será el Titular en este caso del ingreso del proyecto y responderá ante la Autoridad Ambiental por las exigencias que deriven del proyecto. Los Programas de Gestión Sustentable para la etapa de Construcción y Explotación tiene similares exigencias que las mencionadas en las Bases de Licitación referidas al mejoramiento de la Ruta G-21, con la diferencia de que en vez de la obligación de presentar un Manual del Ciclista, se ordena elaborar un Programa de Información a los Usuarios permanente para mantener informada a la ciudadanía respecto de las actividades asociadas a la construcción del proyecto. Las prohibiciones respecto a iniciar las obras o la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras Preexistentes del sector interurbano serán similares en este caso. Finalmente, se hace presente la obligación de actualizar cada 2 años en función de las obras y actividades del Proyecto el Programa, el que igualmente puede ser solicitado por el Inspector Fiscal en cualquier etapa de la explotación de la concesión.

En conclusión, del análisis de las BALI se demuestra la importancia y la preocupación de la autoridad de exigir el cumplimiento de la normativa ambiental vigente, así como de entregar un sello de sustentabilidad a los proyectos en las etapas de construcción y

¹⁴⁷ Punto 1.8.12. de las BALI.

explotación.

5.7. BALI Y PRECALIFICACIÓN DE PROYECTOS

La LCOP, modificada por la Ley N° 20.410 establece que:

“El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar: mediante un proceso compuesto por una o varias etapas, a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que sólo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas”¹⁴⁸.

La precalificación podrá utilizarse tanto en proyectos de iniciativa pública como en aquellos de iniciativa privada a que se refiere el Título II del Reglamento de Concesiones. Una vez realizada la precalificación, el MOP podrá desistirse de la licitación del proyecto sin indemnización alguna para los precalificados.

Se establece una inhabilidad para las personas que participan en un proceso de precalificación en virtud del cual no pueden intervenir aquellas sociedades concesionarias, y sus personas relacionadas¹⁴⁹, respecto de quienes se haya declarado el incumplimiento grave del contrato de concesión, causales establecidas en las BALI. La inhabilidad regirá por 5 años desde la dictación de la sentencia que declara el incumplimiento.

¹⁴⁸ Artículo 6° bis. Texto incorporado por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

¹⁴⁹ Establecidas en la Ley N° 18.045, artículo 100.

5.7.1. Características del proceso de precalificación

– Puede constar de una o más etapas.

– Adicionalmente, con la finalidad de evitar que proyectos de gran interés y necesidad se vean retardados por no contar el MOP con los fondos requeridos para los estudios de ingeniería, se establece la posibilidad de que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien tales estudios, los que serán encargados por la autoridad a una institución independiente con competencia en la materia de que se trate. Así, puede ser necesario realizar estudios bastante onerosos, que serán cofinanciados por los interesados y contratados por el MOP con entidades externas; de esta manera, además, se asegura la simetría en la información a que todos los proponentes tendrán acceso.

En virtud del llamado de precalificación de licitantes que efectúa el MOP, a fin de seleccionar a uno de ellos, se evaluarán los requisitos establecidos en las bases de precalificación, pudiendo sólo referirse a lo señalado por el artículo 6° bis nuevo:

a) Aspectos jurídicos,

b) Capacidad financiera o técnica,

c) Experiencia, d) Resultado en otras obras encargadas en el pasado¹⁵⁰,

d) Cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social¹⁵¹, y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas.

Además de estos criterios, se establecen otros especiales en re-

¹⁵⁰ Texto Incorporado por la Comisión de Obras Públicas del Senado.

¹⁵¹ Texto incorporado por la Comisión de Hacienda del Senado.

lación con materias de iniciativa pública o privada multifuncionales de gran complejidad, tales como cárceles, hospitales, autopistas urbanas¹⁵².

La norma dispone que se pueden determinar requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, por ejemplo, el MOP podrá solicitar estudios adicionales, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la “igualdad de trato” entre los participantes de este proceso. Se eliminó la facultad de destinar la precalificación a seleccionar un número ilimitado de interesados, por ello, y en consideración a razones de eficiencia económica, en determinados casos se podrá limitar la cantidad de proponentes que pasarán a la licitación propiamente tal.

La misma norma agrega que las bases de precalificación pueden contemplar un procedimiento y un período de tiempo con el objeto de que los precalificados propongan al MOP mejoras, adiciones o ajustes convenientes para el diseño del proyecto definitivo.

Podemos decir, entonces, que la etapa de precalificación permite la armonización de las propuestas, desde el punto de vista de los niveles de servicio y estándares técnicos.

Asimismo, durante este período el MOP podrá, ya sea por iniciativa propia o en respuesta a una consulta, aclarar, rectificar, enmendar o adicionar las bases de precalificación a través de circulares aclaratorias.

Por otra parte, las bases de precalificación podrán establecer que los precalificados concurren por partes iguales al financiamiento de estudios solicitados por el MOP, considerados necesari-

¹⁵² Artículo 6° bis. Texto agregado por la Comisión de Obras Públicas del Senado.

rios para la elaboración de las bases de licitación.

Posteriormente la norma continúa señalando que:

*“El Ministerio de Obras Públicas elaborará las bases de licitación dentro del plazo establecido en las bases de precalificación, y procederá a la selección del adjudicatario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7º y sus normas complementarias”*¹⁵³.

Lo dispuesto en el artículo 7º de la LCOP, indica concisamente los factores de evaluación de las ofertas para licitar una obra pública. Estos factores se encuentran establecidos en las bases de licitación, como el *“grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor”*¹⁵⁴.

La Ley N° 20.410 sólo efectúa una mínima modificación a la norma respecto al factor mencionado en la letra 1)¹⁵⁵, a la cual ya nos hemos referido en el título “Bases de licitación”.

5.8. BALI Y ADJUDICACIÓN DE PROYECTOS

La adjudicación del contrato a que se refiere el artículo 1º, *“la ejecución, reparación, conservación o explotación”*¹⁵⁶ *de obras públicas fiscales*”, se resolverá por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

Dentro del período de validez de la oferta, el Director General

¹⁵³ Artículo 6º bis inciso 4º LCOP.

¹⁵⁴ Artículo 7º letra f) LCOP.

¹⁵⁵ Artículo 7º letra l) LCOP. Texto modificado por el Senado.

¹⁵⁶ Artículo 1º LCOP. Texto incorporado por el Senado.

de Obras Públicas comunicará por escrito al licitante que obtuvo el puntaje mayor, mediante carta certificada, la intención de adjudicarle la concesión, acompañando copia del acta de adjudicación, firmada por el Director General de Obras Públicas y con el visto bueno del Ministerio de Hacienda, e informará asimismo si se aceptaron servicios complementarios a la concesión y las condiciones que les serían aplicables. Esa comunicación confirmará oficialmente al oferente favorecido la intención de la Dirección General de Obras Públicas de adjudicarle el contrato; sin perjuicio de que éste se entenderá adjudicado con la publicación del correspondiente decreto supremo en el Diario Oficial. El adjudicatario deberá, en el plazo que indique dicha comunicación, renovar la garantía de seriedad de la oferta por el plazo que se determine y mantenerla vigente hasta que sea entregada la garantía de construcción o explotación según corresponda.

Los Decretos de Adjudicación deben contener, a lo menos, lo siguiente:

- a) Individualización del adjudicatario.
 - b) Bases de licitación y la oferta técnica y económica aceptada.
 - c) Individualización de la normativa que se entiende incorporada al contrato.
 - d) Individualización de anexos que forman parte integrante del contrato.
 - e) Descripción del servicio que prestará el concesionario y su ubicación geográfica.
-
- f) Plazo de duración de la concesión.
 - g) Estructura tarifaria..

- h) Obligaciones y derechos del concesionario.
- i) Garantías y multas que correspondan.
- j) Beneficios que se incluyen como compensación por los servicios ofrecidos.
- k) Compromisos que asume el Estado.
- l) Servicio del MOP que fiscalizará el contrato.
- m) Bienes Nacionales de Uso Público que serán destinados a áreas de servicio conforme a lo señalado en el artículo 32 del DS MOP N° 900 de 1996.
- n) Cualquier otra cláusula de conformidad con las bases de licitación.

5.9. BALI Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

El contrato de concesión se entenderá perfeccionado una vez publicado el decreto de adjudicación en el Diario Oficial.

Dentro del plazo fatal fijado por las bases de licitación, que en todo caso no podrá ser inferior a 60 días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del decreto supremo de adjudicación del contrato de concesión, el adjudicatario procederá a suscribir ante notario tres transcripciones del decreto supremo de adjudicación de la concesión, en señal de aceptación de su contenido, debiendo protocolizarse ante el mismo notario uno de sus ejemplares.

Una de las transcripciones referidas será entregada para su archivo, en el plazo adicional de 15 días, contados desde la protoco-

lización, al Departamento de Concesiones de la Dirección General de Obras Públicas y la otra a la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas juntamente con una copia autorizada de la protocolización.

En virtud del artículo 21 de la LCOP, desde que se ha perfeccionado el contrato de concesión, podrá el concesionario transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria, cesión que deberá ser autorizada por el MOP. Lo anterior, se rige por las normas establecidas en la LCOP, referentes a “Regulación de los subcontratistas y contratistas”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Artículos 21, 22 y 28 de la LCOP.

CAPÍTULO VI

INICIATIVA PRIVADA Y PRECALIFICACIÓN DE LICITANTES

El mecanismo establecido por la ley para la celebración del contrato de concesión, y el otorgamiento de ésta, es la licitación pública, nacional o internacional. Normalmente será el MOP quien realice el proceso administrativo preparatorio de dicha licitación¹⁵⁸, ejecutando los estudios necesarios para la elaboración del proyecto y de las respectivas bases de licitación. Asimismo, será el MOP quien realice las coordinaciones con otros ministerios y organismos públicos, en especial el Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, la misma ley ha regulado las diversas formas a través de las cuales los particulares pueden participar del proceso preparatorio de la licitación de una concesión de obra pública, mecanismos que han sido perfeccionados por el legislador (Ley N° 20.410), en orden a permitir la realización de proyectos más complejos, mejorar la competencia en los procesos en las licitaciones y eliminar asimetrías informativas que pudiesen existir entre los oferentes.

Estas modificaciones han incidido en la regulación de las iniciativas privadas, esto es, las postulaciones que pueden presentar los privados para la ejecución de obras públicas, y en la formali-

¹⁵⁸ Artículo 2° inciso 1° de la LCOP.

zación legal de la precalificación de licitantes, instancia que se encontraba considerada por el reglamento, pero que no tenía un sustento legal.

6.1. LA INICIATIVA PRIVADA

El artículo 2º de la Ley de Concesiones, dispone que cualquier persona natural o jurídica pueda postular ante el MOP la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión, solicitud que toma el nombre de iniciativa privada. Corresponde al MOP resolver si las iniciativas privadas presentadas resultan de interés público o no, y por ende pueden ser licitadas, caso en el cual el postulante que ha dado origen a la licitación tendrá derecho a un premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación de la concesión. Además, según veremos, el MOP puede ofrecer al postulante el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición.

La regulación de la iniciativa privada se contiene en el artículo 2º de la ley, y con mayor detalle en los artículos 4º a 12 del reglamento de la ley. Haremos referencia también a este último cuerpo normativo, para abordar con mayor detalle la materia.

Esta regulación se encuentra en constante modificación, ya que finalmente lo que se busca es equilibrar la tensión existente entre los incentivos entregados a quienes generan nuevas propuestas y otorgar acceso a la licitación a nuevos actores independientes del proponente de la IP, a fin de asegurar la diversidad de oferentes¹⁵⁹.

6.2. LA POSTULACIÓN

La postulación para la ejecución de obras públicas bajo el sistema de concesión, llamada iniciativa privada, se encuentra orga-

¹⁵⁹ RUIFÁN (2018), p. 52.

nizada por el reglamento de la ley en dos actos distintos y sucesivos: la Presentación y la Postulación. En la primera el postulante presentará todos los antecedentes necesarios para que el MOP realice un primer análisis de la idea y, en la segunda, se realizarán los estudios adicionales necesarios para el pronunciamiento definitivo del Ministerio.

En ambos casos, se trata de las instancias a través de las cuales el MOP analiza la idea presentada por un particular, con el fin de determinar si resulta de interés del Estado ejecutarla a través del mecanismo de concesión, para luego realizar las gestiones necesarias para llevar a cabo la respectiva licitación, lo que se hará siempre y cuando la obra no esté siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada bajo el mismo sistema¹⁶⁰.

6.3. PRESENTACIÓN

La Presentación se encuentra normada en el reglamento de la ley¹⁶¹ y consiste en el proyecto de concesión de una obra pública que se somete a la consideración del MOP. Se trata, por lo tanto, de la idea misma, acompañada de los antecedentes que permiten una primera evaluación por parte del MOP; por lo tanto, puede ser que no vaya acompañada de todos los antecedentes que sean necesarios para determinar si el proyecto podrá ser o no concesionado, puesto que con posterioridad se podrán realizar los estudios con mayor profundidad para adoptar dicha determinación.

El postulante entrega el proyecto para que el MOP evalúe si es de interés público y en ese caso concesionable. La entrega se realiza acorde al instructivo entregado por el MOP en la oficina de Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (DGCOP), o

¹⁶⁰ Artículo 4º Reglamento del DFL N° 164, de 1991, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

¹⁶¹ Artículos 5º y 6º del Reglamento de la LCOP.

bien en secretarías regionales ministeriales (SEREMI) para su remisión en plazo de 5 días a la DGCOP. La presentación debe contener los antecedentes necesarios para la adecuada identificación del proponente y de la propuesta

Los antecedentes que deben acompañar la Presentación se encuentran regulados en el reglamento¹⁶²; debe contener el nombre del proyecto, su ubicación geográfica y área de influencia, la descripción de las obras y del servicio que se prestaría en concesión, así como la inversión presupuestada y costos de operación, incluyendo una medida de variabilidad de dicha estimación. En cuanto al análisis financiero y evaluación social, se solicita a nivel de perfil, de manera de permitir luego profundizar el estudio en los aspectos del proyecto que lo requieran. Por último, el postulante debe indicar además el riesgo asociado a la iniciativa, las condiciones económicas que podrían tener el contrato de concesión, un análisis ambiental general y cualquier otro antecedente del proyecto que el postulante considere necesario para su evaluación.

Para los efectos de la presentación, el postulante deberá considerar el registro de proyectos seleccionados por el MOP para su explotación por el sistema de concesión, que éste debe poner a disposición de los interesados en los meses de enero y julio de cada año; sin perjuicio de que no se encuentra expresamente señalado, el interesado debiese considerar además la cartera de proyectos para la ejecución directa por parte del MOP.

Al recibir la presentación, el MOP debe revisarla y puede solicitar antecedentes adicionales a los acompañados, en caso de que éstos se encuentren incompletos. Una vez que cuente con toda la información solicitada, el MOP puede consultar además con el Ministerio de Hacienda u otros organismos públicos con competencia en la materia de que se trate. En el caso de obras públicas

¹⁶² Artículo 5° del Reglamento de la LCOP.

que se encuentren bajo la competencia de otro servicio público, empresa pública u organismo del Estado, el MOP deberá asimismo contar, para resolver la postulación, con el informe de la entidad respectiva.

En cuanto el MOP reciba toda la información pertinente, éste debe pronunciarse respecto de la presentación, indicando si existe o no, en principio, interés público en el proyecto presentado. Para esto, aun cuando se trate de un pronunciamiento preliminar, el MOP deberá considerar los criterios señalados por el reglamento para la calificación de las iniciativas privadas. Este primer oficio tiene un plazo de 45 días.

En su oficio de respuesta, el MOP podrá rechazar la postulación, caso en el cual no se continuará con su análisis y no se pasará a la etapa de postulación. Este rechazo no impedirá que el postulante vuelva nuevamente a presentar la misma idea.

En caso de que el MOP acepte en primera instancia la postulación, el oficio que dirija al postulante le reconoce el derecho para continuar con el proceso de calificación de la iniciativa privada, sin considerarse que existe todavía una declaración de interés público.

Sin perjuicio de lo señalado, se han deslizado críticas respecto de esta declaración inicial, que algunos han considerado insuficiente¹⁶³.

El oficio de respuesta contendrá la individualización de los estudios mínimos a entregar en la etapa de Proposición, su forma y especificaciones; el plazo para la entrega, en su caso, de los informes parciales y del informe final; la designación de un Inspector Fiscal del proyecto que representará al MOP ante el postulante en esta etapa y la forma, cuantía y condiciones de la garantía de

¹⁶³ LARROULET *et al.* (2009), p. 173.

seriedad que se acompañará en esta etapa.

6.4. ESTUDIOS ADICIONALES

Una vez que el MOP haya determinado que existe un principio de interés público en la iniciativa privada presentada, puede que se requiera la realización de estudios adicionales, para determinar si la iniciativa resulta de interés para ser concesionada. Para esto, el MOP tiene diversas alternativas:

6.4.1. Encargar los estudios al postulante

La ley considera la posibilidad de que el MOP solicite al postulante la realización de estudios adicionales para la calificación de su iniciativa. Para esto el MOP podrá ofrecerle el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición. El reembolso será hecho:

i. Por quien se adjudique la licitación: en el caso que ésta se realice, el reembolso deberá ser efectuado por el adjudicatario, en el supuesto que éste sea distinto del postulante. En este último caso, el reembolso se sujetará a lo establecido en el respectivo contrato de concesión.

ii. Por el MOP si no existe una posterior licitación, por no haber existido interés público en la iniciativa privada, o en el caso de que, habiéndose realizado la licitación, ésta haya sido declarada desierta. El reembolso también será de cargo del MOP si el proyecto se licita bajo un sistema distinto del concesional.

Para los efectos del reembolso, el MOP entregará al postulante un certificado en el que se individualizará al adjudicatario y se liquidará el monto del reembolso, el cual tendrá mérito ejecutivo para su cobro.

6.4.2. Realizar los estudios directamente

Si bien no es una opción que se encuentre expresamente señalada en el reglamento, es posible que el MOP decida realizar directamente los estudios, sin requerir financiamiento al postulante o a los precalificados.

Ahora, la modificación legal introdujo innovaciones en esta materia, permitiendo al MOP solicitar el financiamiento de los estudios a través de un mecanismo de precalificación en esta fase de la iniciativa privada.

En efecto, el procedimiento de estudio de la iniciativa privada puede presentar problemas debido a la calidad de los estudios presentados por el postulante, que son decididos por éste¹⁶⁴. Por otra parte, en el caso de las iniciativas privadas, debe existir un equilibrio entre los beneficios que se entregan a los postulantes, a fin de que puedan obtener una retribución justa por el valor de la idea y procurar que el proceso de licitación sea lo más competitivo posible¹⁶⁵.

Por este motivo se señaló en la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.410 que el mecanismo de financiamiento conjunto se hace especialmente relevante para proyectos de iniciativa privada, dado que el procedimiento de presentación de estas iniciativas ha sido utilizado en algunas ocasiones para financiar los estudios de ingeniería, a través de la vía de su encargo al postulante. Mediante el cofinanciamiento se facilita a las empresas más pequeñas, que pueden no tener la capacidad financiera para desarrollar los estudios necesarios en forma autónoma, para que también puedan presentar propuestas.

¹⁶⁴ RUFÍAN (2018), p. 37.

¹⁶⁵ LARROULET *et al.* (2009), p. 163.

La reforma legal permite al MOP requerir la financiación conjunta de los estudios a quienes hayan resultado precalificados en dicho proceso¹⁶⁶. De esta manera se elimina el riesgo que quien haya formulado la iniciativa privada obtenga más información que el resto de los proponentes de la futura licitación, creando de este modo asimetrías informativas que provoquen un resultado ineficiente en el proceso licitatorio.

Así, todos los proponentes formularán sus ofertas haciendo uso de los estudios que el MOP haya encargado a entidades independientes, con competencia en la materia de que se trate. Se asegura de esta forma simetría informativa a los proponentes, sin perjuicio del premio a que tiene derecho el postulante que presentó la iniciativa privada que dio origen a la licitación.

Si el MOP recurre al financiamiento conjunto, quienes concurren a éste tendrán siempre el derecho a ser reembolsados de la parte que les haya correspondido, por parte del adjudicatario de la licitación respectiva, o por el MOP en el caso que se desistiere de la licitación una vez efectuada la precalificación, o declarare desierta la licitación, de forma similar a lo que ocurre con el postulante, en el caso que el MOP le haya ofrecido el reembolso. La diferencia estriba que, en el caso del financiamiento conjunto, el reembolso siempre existirá, lo haya ofrecido o no el MOP.

En el plazo de 5 días contados desde la recepción del oficio de respuesta, el postulante podrá solicitar ampliación del plazo de entrega de los estudios propuestos por el MOP –hasta por el plazo máximo de 2 años–, siempre que lo haya solicitado en su presentación. Igualmente, el MOP podrá solicitar estudios adicionales.

Luego, se establece el requisito de entregar una garantía de seriedad que asegure que los estudios se realizarán en calidad y dentro del plazo indicado, cuyo monto dependerá de la categorización

¹⁶⁶ Artículo 6° bis de la Ley N° 20.410.

del proyecto conforme al artículo 5° N° 6 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

6.5. PROPOSICIÓN

Una vez realizados los estudios requeridos para el análisis de la iniciativa privada, ya sea por el MOP, con o sin financiamiento conjunto, o por el postulante, este último deberá presentar su Proposición.

La Proposición deberá contener todos los antecedentes exigidos para la Presentación, pero actualizados, y los estudios que el MOP haya solicitado al postulante, y deberá presentarse dentro del plazo fijado por el MOP al responder a la Presentación, a menos que este mismo lo haya ampliado por un término superior.

6.6. CALIFICACIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA

Una vez recibida la Proposición, el MOP deberá, para calificarla, utilizar los criterios fijados por el reglamento. Para estos efectos, el MOP dispone del plazo máximo de un año, desde la presentación de la postulación, este plazo puede excepcionalmente ser ampliado hasta dos años en el caso de proyectos de gran envergadura o complejidad técnica, o con una muy alta inversión inicial.

El plazo para la calificación de las iniciativas privadas es aplicable a todo su proceso de análisis, desde la Presentación formulada por el postulante y hasta el pronunciamiento del Ministerio posterior a la Proposición. Por esto, el reglamento de la ley ha fijado plazos intermedios de tramitación, que buscan asegurar que la calificación se dé en el término señalado.

Si bien la definición de los criterios para la calificación de la iniciativa privada ha sido reenviada al reglamento, la misma ley ha señalado que dentro de éstos debe encontrarse el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los

planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, siempre y cuando éstos existan.

Por otra parte, con la introducción del Consejo de Concesiones por la Ley N° 20.410, se ha ordenado al MOP requerir, en forma previa a la calificación de la iniciativa privada, de dicho organismo un informe sobre la materia¹⁶⁷, quien dispondrá para ello del plazo que fije el Ministro de Obras Públicas, el que no podrá ser superior a 60 días desde la fecha de su requerimiento.

Una vez solicitado el citado informe, y analizada la iniciativa privada a la luz de los criterios fijados en el reglamento, el MOP deberá aprobar o rechazar la postulación.

6.7. APROBACIÓN DE LA POSTULACIÓN

En el caso que el MOP apruebe la postulación, se entiende que la Proposición es transferida al Ministerio a cambio de un premio en la evaluación de su oferta en caso de presentarse a la licitación. A su vez se establece que el MOP deberá licitar la concesión de la obra cuya ejecución haya sido materia de la iniciativa privada en un plazo máximo de un año desde la aprobación de la solicitud. El proceso de licitación se entenderá iniciado cuando el MOP llame a licitación o a precalificación de licitantes.

En cuanto al postulante, éste tiene distintos derechos:

- Reembolso de los estudios que le hubiesen sido encomendados, en caso de que el MOP haya ofrecido realizarlo.
- Reembolso de los estudios que haya cofinanciado junto con otros precalificados.
- Derecho a un premio en la evaluación de la oferta que for-

¹⁶⁷ Artículo 1° bis LCOP.

mule con ocasión de la licitación.

Este premio se encuentra regulado en el reglamento, el que fue modificado en este aspecto el año 1997. Señala el reglamento que el postulante podrá presentarse a la licitación obteniendo un premio que dependerá del tamaño del proyecto licitado, siendo mayor el premio a menor monto involucrado¹⁶⁸.

6.8. RECHAZO DE LA POSTULACIÓN

Si la iniciativa privada es rechazada, el postulante tendrá los siguientes derechos:

- Reembolso de los estudios que le hubiesen sido encomendados, en caso de que el MOP haya ofrecido realizarlo.

- Reembolso de los estudios que haya cofinanciado junto con otros precalificados.

- El proyecto se mantendrá como de propiedad del postulante hasta por un plazo de 3 años y no podrá ser licitada sin que se le comunique a fin de que concurrir a la licitación si así lo estima. Este derecho implica que, si el MOP licita el proyecto dentro del plazo señalado, el postulante tendrá derecho al premio que le corresponda en la evaluación de su oferta¹⁶⁹.

¹⁶⁸ El artículo 10 N° 1 del Reglamento señala que “el porcentaje del premio al que tendrá derecho el postulante será de 3%, en los proyectos de Categoría C. 6% en los de Categoría B y 8% en los de Categoría A”. Por su parte, el artículo 5° N° 6 define a los proyectos de Categoría A como aquellos que tengan una inversión estimada de hasta 300.000 UF; a los de Categoría B como aquellos con una inversión estimada desde más de 300.000 UF hasta 800.000 UF y a los de Categoría C como los proyectos con una inversión estimada de más de 800.000 UF.

¹⁶⁹ Artículos 2° y 6° bis de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410, y artículos 4° a 12 del Reglamento de LCOP.

6.9. PRECALIFICACIÓN DE PROPONENTES

Si bien las concesiones de obras públicas deben otorgarse a través de una licitación, la que puede ser nacional o extranjera, ésta puede ser precedida por un proceso de precalificación de los licitantes, instancia que se encontraba considerada en el reglamento de la ley, pero que se incorpora a esta última a partir de la reforma legal en comento.

La justificación de esta instancia preliminar se encuentra, por una parte, en que, en el caso de proyectos particularmente complejos, el proceso de postulación a una licitación resulta muy costoso para los interesados. A su vez, se busca llevar a cabo los procesos de licitación y adjudicación de concesiones con los interesados y consorcios más adecuados para el tipo de proyecto de que se trate.

Por ello, en determinados casos se podrá limitar la cantidad de proponentes que pasarán a la licitación propiamente tal, a través de un proceso precalificatorio; este proceso permitirá, además, la armonización de las propuestas, desde el punto de vista de los niveles de servicio y estándares técnicos, asegurando que todos cumplan con una mínima capacidad, permitiendo así entregar una alta ponderación al precio, lo que fortalece la transparencia del proceso.

6.9.1. *Procedimiento*

La precalificación se encuentra actualmente regulada en el nuevo artículo 13 de del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, y tiene las siguientes características:

En primer lugar, la precalificación puede realizarse tanto respecto de proyectos que hayan nacido de iniciativas privadas, como de aquellos que hayan sido desarrollados por el Estado.

En cuanto a los requisitos fijados en las bases de precalificación deben ser uniformes, objetivos y razonables, y sólo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas. Sólo en el caso de proyectos especialmente complejos, podrán considerarse otros requisitos para participar en la licitación, siempre y cuando sean específicos y no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la igualdad de trato entre los participantes.

Por otra parte, la precalificación puede constar de una o más etapas, a fin de revisar en cada una de ellas el cumplimiento de distinto tipo de requisitos, según dispongan las bases de precalificación.

Al término de la precalificación, el MOP resolverá las personas que podrán participar en la licitación de la concesión. Sin embargo, debe tenerse también presente que la precalificación también puede ser realizada durante la fase preparatoria de calificación de una iniciativa privada¹⁷⁰.

6.10. MEJORAS Y AJUSTES A LAS BASES

Una vez realizado el proceso de precalificación, es posible que el MOP abra un plazo para recibir por parte de éstos las mejoras, adiciones, o ajustes que estimen conveniente incluir en el diseño del proyecto, las que tendrán carácter público.

De esta manera se permite al Estado integrar el conocimiento y la experiencia de las empresas en el desarrollo de sus proyectos, permitiendo además la incorporación de nuevas tecnologías para

¹⁷⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2º inciso 3º de la LCOP.

su realización.

6.10.1. Solicitud de información

En el derecho comparado podemos encontrar algunas similitudes con RFI por sus siglas en inglés para *Request for information*. Una forma de iniciar licitaciones de Obras Públicas por medio de la solicitud de información, que sería un paso previo a la precalificación de proyectos. Este sistema es utilizado cuando existe interés en desarrollar un proyecto, pero que por su complejidad técnica es necesario recopilar información específica de determinados aspectos a fin de elaborar las BALI adecuadas para el efecto. Así los organismos públicos pueden solicitar información cuanto se requiere obtener información técnica, detallada y *feedback* por parte de los proveedores. Este modelo es regular en el derecho comparado en obras y compras públicas y tiene como finalidad el esclarecer los términos de una eventual licitación adaptados conforme a la información otorgada por los proveedores. A su vez, entrega información a aquellos oferentes mejor calificados para proveer el servicio, de manera que puedan preparar sugerencias y estudiar sus ofertas¹⁷¹.

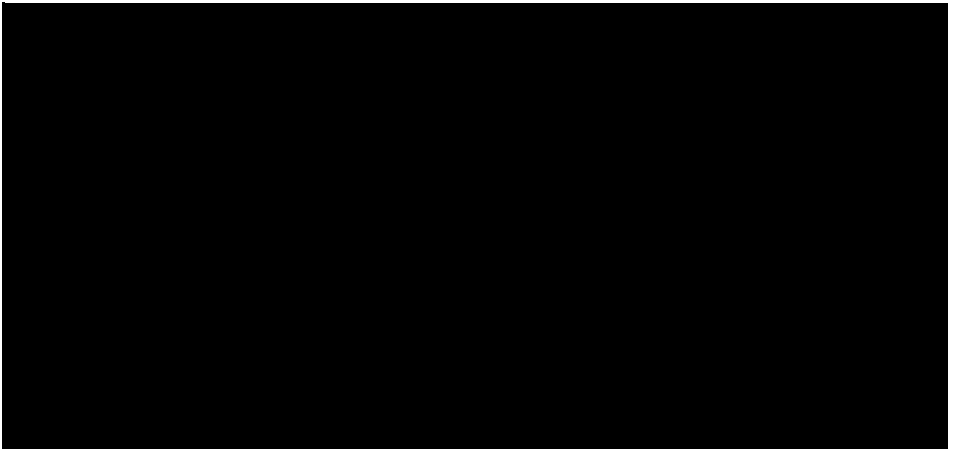
¹⁷¹ Si bien la RFI no está contemplada en nuestro ordenamiento relativo a concesiones de obras públicas, es utilizado para la elaboración de Bases de Licitación de compras públicas por organismos estatales y empresas del Estado actualmente. Un ejemplo en el derecho comparado es la siguiente solicitud: *Kent County Department of Public Works issues request for information*, en la cual se anuncia un RFI de tecnologías disponibles para planificar la construcción de un Parque Empresarial Sostenible, información disponible en <https://www.wastetodaymagazine.com/article/kent-county-michigan-department-of-public-works-issues-request-for-information/> (revisado el 20 de marzo de 2019). Se complementa lo anterior con la Información recogida del Departamento de Obras Públicas de Canadá respecto de las ventajas del RFI. Información disponible en <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/4/5/5> (revisado el 20 de marzo de 2019).

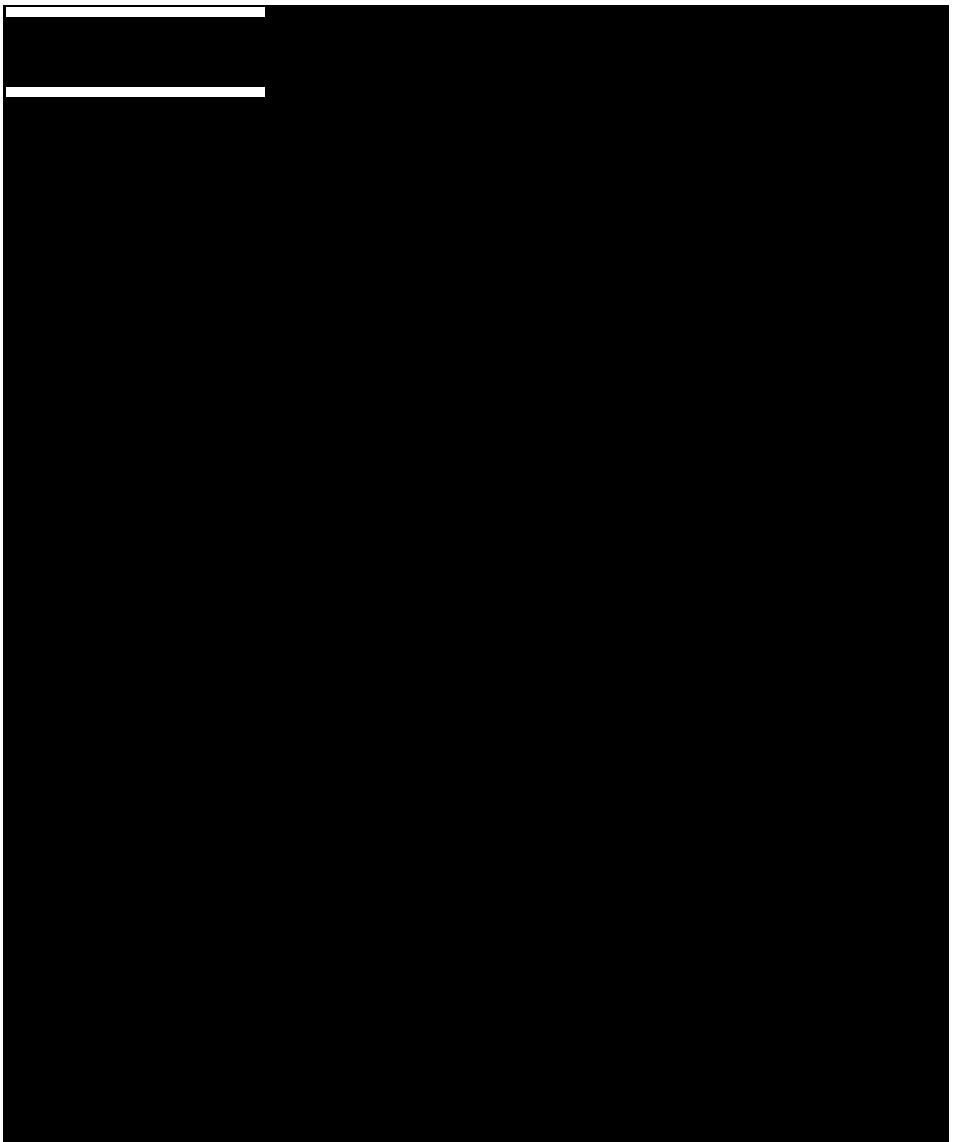
6.11. FINANCIAMIENTO CONJUNTO

Una vez finalizada la etapa de precalificación, y con la finalidad de evitar que proyectos de gran interés y necesidad se vean retardados por no contar el MOP con los fondos requeridos para los estudios de ingeniería, se establece la posibilidad que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien tales estudios, los que serán encargados por la autoridad a una institución independiente con competencia en la materia de que se trate.

Este mecanismo puede considerarse tanto en los proyectos que hayan nacido de iniciativas privadas, como aquellos que hayan sido desarrollados directamente por el MOP. De esta manera se permite, además, que todos los oferentes cuenten con la información necesaria para la formulación de su oferta, y se desincentivan conductas oportunistas de algunos licitantes que cuenten con más información.

Tal como se señaló a propósito de las iniciativas privadas, en el caso que se solicite el cofinanciamiento a los precalificados, los estudios deben ser contratados por el MOP a entidades independientes, con competencia en la materia de que se trate.





CAPÍTULO VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Esta materia se encuentra regulada por el capítulo sexto de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP), distinguiendo dos regímenes de obligaciones: uno, referido a las relaciones del concesionario con el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y el Fisco y otro, que abarca las relaciones del concesionario con terceros –distintos al MOP y el Fisco.

7.1. RÉGIMEN DE OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO CON EL MOP Y EL FISCO

Como principio general para este régimen, el inciso 1º del artículo 21 de la LCOP establece que “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público,...”; por lo tanto, en este ámbito de relaciones deberán respetarse los diversos principios que informan el derecho público, incorporando el principio de juridicidad como control de validez y eficacia de los actos que realicen las partes del régimen concesional, en particular el MOP y el respectivo concesionario. Adicionalmente se deben considerar como informadores de lo dispuesto en el contrato y las obligaciones nacidas de otros principios como el de eficiencia, a fin de salvaguardar los

intereses de la ciudadanía, de publicidad de los actos¹⁷² para asegurar la transparencia en los procesos y eventualidades que surjan en el desarrollo del contrato y supremacía del interés público por sobre el interés privado¹⁷³, al momento de interpretar la forma en que se ejecutarán las funciones que deriven del contrato (sin descuidar la equivalencia de las prestaciones, las compensaciones que puedan derivar).

Una vez adjudicado el contrato, de acuerdo con el artículo 8º de la LCOP será resuelto por medio de un Decreto Supremo del MOP, firmado conjuntamente por el Ministerio de Hacienda. Dicho decreto, una vez realizada su correspondiente toma de razón y publicación íntegra en el Diario Oficial, permite que el contrato se entienda dentro de las materias que el legislador enuncia como especialmente comprendidas en este régimen de derecho. Al respecto la LCOP señala expresamente:

a) Las relaciones del concesionario con el Ministerio, destacando el tipo de sujeto de derecho que debe constituir el concesionario, una vez que se ha adjudicado la concesión que, según la letra a) del artículo 9º, debe ser “...una sociedad de nacionalidad chilena o agencia extranjera, con quien se entenderá celebrado y cuyo objeto...” único “...será la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87 del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas”.

¹⁷² Dentro de esto, existen principios en el derecho público que operan de forma transversal en diversos ordenamientos internacionales; así encontramos similitudes en el ordenamiento argentino, en donde el profesor Carlos Cassagne identifica estos principios en la contratación administrativa y que informan igualmente nuestra normativa. Más detalle en CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, 2ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, pp. 69 y ss.

¹⁷³ MINNICELLI, Alessandra. *Principios generales y políticas públicas*. Buenos Aires: La Ley, 2013, p. 134.

Luego, el mismo artículo en su letra b) obliga al adjudicatario a suscribir ante notario tres transcripciones del mencionado Decreto Supremo en señal de aceptación y protocolizar uno de ellos. Lo anterior a fin de que el MOP, a través del Departamento de Concesiones de la DGCOP, y la Fiscalía del MOP dispongan de copias en su archivo. Dicha formalidad tiene como consecuencia que el Decreto Supremo haga fe respecto de toda persona y tenga mérito ejecutivo por el ministerio de la ley.

Esta obligación va sujeta a plazos fatales determinados por las bases de licitación de forma particular, con un límite mínimo de 60 días para efectuarlo. Lo anterior será una manifestación de la aplicación de derecho público en cuanto se busca el estricto apego a las solemnidades que indica la ley.

b) Las regulaciones sobre el régimen de construcción de la obra, incorporando el riesgo de construcción de la obra, para cuyos eventos el número 2.- del artículo 22 dispone: “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación”.

Este riesgo ha sido asignado por ley al concesionario, quien deberá asegurar el cumplimiento del contrato a pesar de las contingencias asociadas al caso fortuito o fuerza mayor que pudiesen surgir y aumentar la carga económica del contrato. Al respecto se ha pronunciado la Contraloría General de la República¹⁷⁴ en el

¹⁷⁴ Adicionalmente el MOP se ha pronunciado al respecto. Un ejemplo es el Dictamen MOP N° 1.941 de 2012, en el que se menciona expresamente que los casos de fuerza mayor o caso fortuito de razones ajenas al MOP son de exclusiva responsabilidad del contratista.

sentido de que a menos que la DGCOP califique el caso como extraordinario o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente, la disposición legal es obligatoria para el concesionario y que dicha excepción operará solamente en aquellos supuestos mencionados. Lo anterior sin perjuicio que en todo momento se resguarde el principio de igualdad, asegurando de esta forma la aplicación de los principios del derecho público frente a este tipo de situaciones.

c) Las regulaciones sobre el régimen de explotación de la obra, abarcando la conservación de las obras, toda vez que, conforme al N° 1 del artículo 23: “El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización”.

Este deber de conservación conforme a la jurisprudencia no es retroactivo en el sentido que únicamente se refiere a la mantención al estado en que se encuentra y no implica la obligación de realizar obras suficientes como para aplicar la ley técnica que pueda sufrir actualizaciones y modificaciones¹⁷⁵. El sentido final de esta disposición vendrá dado por atribuir la responsabilidad al concesionario de que los usuarios sigan recibiendo el servicio habitual de la obra pública que ya se encuentre disponible.

d) El régimen económico del contrato, compuesto por el cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, detallando los factores de evaluación de la licitación, establecidos en las letras a) y g), del inciso primero del artículo 7°, consistentes en la “estructura tarifaria” y en la “fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión”, respectivamente.

¹⁷⁵ DIEZ, José Luis. “La responsabilidad civil del concesionario de obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, Valparaíso, 1^{er} semestre 2012, p. 135.

Asimismo, dentro de las contraprestaciones con el Fisco, se citan otros factores de calificación, como son los contenidos en las letras e) y d), del inciso 1º del artículo 7º, consistentes en el “subsidio del Estado al oferente” y en los “pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión”, respectivamente.

El régimen de tarifas puede sufrir modificaciones y en ocasiones se relaciona estrechamente con las contingencias que puedan surgir dentro de la fase de construcción del proyecto. Esto se aprecia en el recurso de protección del 17 de agosto de 2018¹⁷⁶, en el que luego de las consecuencias del terremoto de 2010 en la infraestructura pública y por razones de interés público, el MOP modifica el alcance del contrato mediante Decreto Supremo, incorporando nuevas obras adicionales. Esto tuvo como consecuencia que el régimen tarifario sufriera una rebaja del 30% del peaje que cobraría la concesionara a los usuarios mientras se mantuvieran pendientes las nuevas obras incorporadas a la concesión. En dicha oportunidad, los tribunales superiores de justicia estimaron que no sería arbitrario que dicha rebaja sea por un plazo limitado y mucho menos que cree derechos adquiridos para los usuarios, reconociendo en definitiva el cambio de circunstancias que conlleva aplicar modificaciones al régimen de tarifas.

e) Las normas que rigen la actividad dada en concesión, que se refieren al estatuto de derecho público atinente a las disposiciones que regulan la construcción y explotación de la obra como, por ejemplo, la normativa sobre urbanismo y construcciones, sobre expropiaciones, sobre medio ambiente o, sobre los servicios públicos que deban prestarse conforme al contrato de concesión. Este es el caso del régimen penitenciario de las cárceles concesionadas.

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, recurso de protección rol N° 7395-2018.

El apego a la normativa específica se menciona dentro de las BALI como parte integrante del contrato de concesión, lo que trae como consecuencia que su incumplimiento tendrá la misma equivalencia que el incumplimiento del contrato, con las consecuencias correspondientes.

7.2. RÉGIMEN DE OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO CON TERCEROS

Estos terceros están constituidos por sujetos distintos al MOP como contraparte del concesionario en el contrato de concesión.

Como principio general para este régimen, el inciso 2º del artículo 21 de la LCOP dispone:

“...en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley las que se estipulen en el contrato”.

Sobre este punto, se ha debatido, en instancias jurisdiccionales, la responsabilidad que puede recaer en el Ministerio de Obras Públicas en el otorgamiento a la sociedad concesionaria del derecho exclusivo para explotar servicios de comercio no aeronáutico. En el caso en cuestión se analiza si el Ministerio Obras Públicas asumió una aparente postura de descuido al permitir que la Dirección General de Aeronáutica Civil instalase antenas de telefonía celular, provocando perjuicios a la sociedad concesionaria. Sobre el particular, no se verifican normas expresas en el contrato de concesión, en las bases de licitación, Ley de Concesiones o su Reglamento¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Comisión Arbitral de la concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, integrada por don Carlos Figueroa Pizarro, don Edwin

Ante esta situación la jurisprudencia concluye: “Que existiendo decisiones de un tercero que no es parte del contrato, ni de este juicio arbitral (DGAC), aunque se trate de un órgano del Estado y aunque dichas concesiones hayan sido otorgadas en terrenos fuera del área de concesión, si en concepto de la demandante ello vulnera sus derechos exclusivos, el ordenamiento jurídico vigente contempla los mecanismos para que el SCL hubiere hecho o haga valer sus pretensiones y la correspondiente responsabilidad extracontractual en la instancia jurisdiccional correspondiente” (considerando 28º)¹⁷⁸.

De lo anterior se concluye “Que, como admite la demandante, el MOP reconoció el derecho de SCL a explotar en forma privativa el negocio de las antenas de telefonía celular como consta en el ordinario N° 508/01; y que, por otra parte, la extensa documentación acompañada en autos, demuestra que el MOP discutió con la DGAC desde septiembre del año 1991 hasta septiembre del año 2002, administrativa y jurídicamente, sosteniendo la posición que las concesiones otorgados por la DGAC vulneraban el derecho exclusivo de SCL para explotar el negocio de las antenas de telefonía celular lo que a final determinó que la decisión de la DGAC de poner término a las concesiones de ENTEL, SMART-COM y BELLSOUTH que operaban en terrenos fuera del área de concesión; que de este modo el MOP a través de la inspección fiscal, cumplió con las obligaciones de velar directamente por el cumplimiento del contrato de concesión y con las de fiscalización que le impone el artículo 1.8.1.1 de las bases de licitación, por lo que, en consecuencia, no puede imputarse al MOP que haya te-

Stagno Rojas y don Carlos Urenda Zegers, sentencia de 30 de junio de 2005.

¹⁷⁸ En el problema en estudio se señaló que la instalación de antenas vulneraba el derecho exclusivo de SCL a explotar el servicio de instalación de antenas para teléfono celular, así se concluiría que el MOP no cumpliría las obligaciones del contrato de concesión, en cuanto no le habría garantizado un goce pacífico y ordenado de la concesión.

nido una postura omisiva sobre este particular” (considerando 26°).

Si bien las relaciones de un concesionario con terceros se rigen por las normas de derecho privado; es decir, por las normas que regulan las normas entre particulares –como hemos destacado más arriba–, la misma Ley de Concesiones de Obras Públicas, como estatuto especial, exceptúa los casos en que tales relaciones deben considerar prioritariamente el estatuto de orden público, como ocurre, por ejemplo, con las normas del artículo 42 de dicha ley, que regula las sanciones que deben imponerse a los usuarios que no paguen las tarifas del sistema de pódicos electrónicos de las vías concesionadas. Igualmente ocurre con las normas sobre cesión voluntaria o forzosa de la concesión, reguladas en los incisos 3°, 4° y 5° del artículo 21 de la LCOP.

Por otra parte, el alcance de lo dispuesto en el inciso 2° de la LGOP faculta al concesionario a realizar cualquier operación lícita sin necesidad de autorización previa, lo cual se encuentra firmemente reconocido por la jurisprudencia¹⁷⁹, que señala incluso que la prestación de servicios facultativos con ocasión de la explotación de un proyecto de obra pública es decisión exclusiva del concesionario “sin que el MOP pueda oponerse sin causa justificada”.

Si bien en el caso mencionado se reconoce la facultad del MOP y la DGAC de modificar la propuesta del concesionario respecto de las áreas destinadas a explotar servicios facultativos por éste, obliga a que sean diligentes en la gestión de los procesos para dar curso a las modificaciones, de cumplirse los requisitos de las BAILI, buscando no afectar el derecho del concesionario. En esta oportunidad el Panel Técnico adopta una postura en favor de la

¹⁷⁹ Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia rol N° D-11-2016-1, “Consorcio aeroportuario de Calama S.A., Sociedad Concesionaria/MOP”, de 6 de enero 2017.

iniciativa privada, señalando en la misma sentencia aludida que no corresponde verificar la afectación del equilibrio económico del contrato en el caso que por la explotación de servicios facultativos se altere dicho equilibrio, otorgando mayores ingresos al concesionario, ya que de lo contrario “limitaría la creatividad del concesionario para ofrecer más y mejores servicios a los usuarios y solicitar menores tarifas por los servicios regulados en su oferta económica”¹⁸⁰. También estima –el citado Panel– que pensar lo contrario es incurrir en un error de interpretación de la Ley y de las BALI.

Asimismo, pueden encontrarse limitaciones al régimen de derecho privado por el que se rigen las relaciones entre el concesionario y los terceros que se derivan del contrato de concesión, como los casos de servicios complementarios que las bases de licitación impongan que sean adjudicados por licitación, bajo el régimen denominado “subconcesión”.

7.3. REGÍMENES JURÍDICOS DE LA CONCESIÓN DURANTE LA FASE DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA

Conforme la distinción precedentemente señalada entre tipo de normas que regulan las obligaciones del Concesionario con el MOP y el Fisco y las obligaciones del Concesionario con terceros, los regímenes jurídicos de las fases de construcción y de explotación de la obra concesionada, pertenecen al ámbito de las funciones incorporadas al contrato de concesión, por ende, se rigen conforme a estatuto de derecho público, en particular de acuerdo con las disposiciones de los artículos 22 y 23 de la LCOP.

En consecuencia:

7.3.1. *El régimen jurídico de la concesión, durante la fase*

¹⁸⁰ Ídem.

de construcción de la obra contempla

a) En caso de expropiación de bienes inmuebles realizada por el Fisco, el concesionario sólo podrá beneficiarse de ella hasta el límite de la necesidad que sobre los bienes expropiados le impongan las obligaciones que debe cumplir en la ejecución del contrato de concesión; puesto que la utilidad pública del bien expropiado, como causa que justifica constitucionalmente la expropiación, para este caso particular, sólo puede estar referida a las obligaciones de la concesión¹⁸¹.

En este sentido, la expropiación implica una tarea conjunta entre el Concesionario y el Fisco, en donde inicialmente es este último quien tiene a su cargo la iniciativa de realizar la declaración de utilidad pública, conforme a la ley, a fin de tramitar legalmente la expropiación¹⁸².

Esta tarea conjunta acarrea el riesgo respecto al plazo en que los bienes expropiados pasarán a manos del Concesionario para iniciar la construcción de las obras, lo que podría generar un eventual retraso en cadena a partir de las etapas iniciales del proyecto. Sin perjuicio de que dicho retraso, al ser de responsabilidad fiscal, no se contabilizaría dentro de los plazos imputables al concesionario.

Conviene tener presente el hecho de que el valor de las expropiaciones correrá por cuenta del concesionario, lo que claramente será una contingencia según las fluctuaciones de los valores de indemnización que deberá desembolsar finalmente. Sin perjuicio de lo anterior, la ley dispondrá que dicho costo pueda ser cubierto

¹⁸¹ Artículo 22 N° 1 de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

¹⁸² Lo anterior se relaciona con lo dispuesto en el artículo 15 de la LCOP y el artículo 105 de la Ley de Caminos.

en todo o parte por el Fisco si las BALI así lo disponen¹⁸³.

b) Respecto a quién debe asumir el riesgo de la obra en la etapa de construcción, la LCOP establece que éste pertenece al concesionario, debiendo desembolsar todos los costos de construcción que se generen por cualquier causa, incluyendo en ellas los costos adicionales que provengan del caso fortuito o de la fuerza mayor; salvo que las bases de licitación establezcan expresamente la concurrencia del Fisco al pago de los perjuicios que irroguen el caso fortuito o la fuerza mayor¹⁸⁴. Lo anterior vendrá a otorgar flexibilidad en cuanto a quién soportará dicho riesgo, de acuerdo con la envergadura del proyecto. Si bien en principio el riesgo lo asume el concesionario por ley, conforme al interés público involucrado y para que a los privados (que sean aptos y se encuentren debidamente calificados) les resulte atractiva la posibilidad de desarrollar un proyecto, se puede determinar que dicho riesgo lo asuma el Fisco. Esto viene usualmente complementado con la obligación de contratar seguros relacionados, conforme a lo dispuesto en las BALI.

Dentro de este ámbito de responsabilidad del concesionario por los desembolsos que se produzcan en la fase de construcción de la obra, se encuentran todas las obligaciones y consecuencias que se generen de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores de la obra, de la cual queda expresamente excluido el Fisco.

Estas normas han sido incorporadas por el legislador mediante las modificaciones introducidas a la LCOP por la Ley N° 20.410, en el sentido siguiente:

En primer lugar, se establece que los contratistas del concesio-

¹⁸³ Artículo 15 LCOP.

¹⁸⁴ Artículo 22 N° 2 de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

nario deberán estar inscritos en los Registros de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas como requisito para desempeñarse en la construcción de la obra. Esta condición tiene un doble objetivo: primero, la protección del interés público comprometido en la construcción de la obra, en el sentido que cuente con contratistas idóneos, debidamente calificados y certificados para esta función y, segundo, la protección de los propios contratistas en el sentido que al ser reconocidos, calificados y certificados como parte del Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas, se encuentran en condiciones de acceder a la construcción de las obras concesionadas, más allá de las apreciaciones que puedan generarse con ocasión de la asignación de estos contratos a empresas relacionadas con los intereses del concesionario¹⁸⁵.

Respecto de esta inscripción, el Reglamento para contratos de obras públicas también se pronuncia en su artículo 41, fijando requisitos para incorporarse dentro del registro, evitando más de una inscripción en un registro y otros tipos de incompatibilidades. Al respecto, y a fin de evitar contradicciones, el MOP se pronunció señalando que si dos contratistas inscritos tienen accionistas en común no opera incompatibilidad del artículo 41. Sin embargo, si dos contratistas poseen accionistas que a su vez son sociedades y entre ellos existen socios, directores o profesionales comunes entonces si opera la incompatibilidad señalada¹⁸⁶.

En segundo lugar, producto de objetivos de resguardo del interés público planteados durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.410, la normativa impide que puedan actuar como contratistas o subcontratistas de un concesionario aquellos concesionarios respecto de los cuales se hubiese declarado responsables de incumplimiento grave del contrato. Asimismo, las personas rela-

¹⁸⁵ Artículo 22 N° 2 inciso 2° primera parte de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

¹⁸⁶ Resolución OIRS MOP N° 423-2012.

cionadas con este incumplimiento estarán impedidas de participar en el sistema por cinco años a partir de la fecha de dicha declaración, conforme al artículo 28 bis que introduce la Ley N° 20.410 (artículo 22 N° 2 inciso 2° segunda parte LCOP). Esta modificación está destinada a que los actores fallidos del sistema no puedan burlar esta inhabilidad temporal bajo la figura de contratistas o subcontratistas de un concesionario.

En tercer lugar, la modificación legal protege el interés público y el de los contratistas, exigiendo que sus contratos deban estar formalizados y registrados por el concesionario ante el MOP, para que no sean presionados al cumplimiento de contratos no concluidos que después no puedan ser reclamados de incumplimiento por falta de formalización y prueba judicial¹⁸⁷.

En cuarto y último lugar, se protege el interés público y, especialmente, el de los contratistas y subcontratistas para los casos en que se susciten controversias, respectivamente, con el concesionario o el contratista, facultando el arbitraje mixto que exige fallo en derecho. Además, en resguardo de la transparencia se regula la determinación de los árbitros, disponiendo que sólo podrán ser designados de común acuerdo por las partes, de entre aquellos que formen parte de una entidad de mediación, conciliación y arbitraje existente en el país o, en su defecto, se desempeñará como árbitro quien fuere designado conforme a lo dispuesto en el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales, es decir, en el último caso la designación corresponderá a los tribunales ordinarios¹⁸⁸.

Sin perjuicio de lo señalado en cuanto al riesgo y la responsabilidad del concesionario, de acuerdo con el nuevo inciso 3° del artículo 30 bis introducido por la Ley N° 20.410:

¹⁸⁷ Artículo 22 N° 2 inciso 2° tercera parte de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

¹⁸⁸ Artículo 22 N° 2 inciso 3° de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

“...tan pronto tenga noticia de su ocurrencia, el concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, en la fase de construcción,(...) La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el reglamento”.

Sobre la fase de construcción de obras, se ha expedido jurisprudencia ilustrativa, como el caso que se ventiló entre el Ministerio de Obras Públicas y la sociedad concesionaria SCL¹⁸⁹, sometida a la decisión de la comisión arbitral. La controversia versa sobre la paralización del servicio *stage one*, que opera en el aeropuerto Arturo Merino Benítez, cuyo fin es proporcionar seguridad, no sólo al conjunto de personas que se mantiene de forma continua o transitoria en dicho establecimiento, sino también del país en general, ya que dicho sistema detecta la presencia de armas de fuego, explosivos y componentes electrónicos en el equipaje que podrían ser utilizados en un acto de sabotaje. Se discute sobre la decisión unilateral de la sociedad concesionaria de paralizar la ejecución y habilitación del sistema de seguridad, a causa de un desacuerdo entre éste y el Ministerio de Obras Públicas y sobre la admisibilidad de la pretensión de la sociedad concesionaria de conseguir una indemnización pecuniaria.

En cuanto al razonamiento de la comisión arbitral, éste se reproduce a continuación:

Esboza en primer lugar la Comisión Arbitral en su sección resolutive “[...] *Que de este modo la decisión de paralizar las obras de ejecución y habilitación del stage one fue tomada por la concesionaria que, al tenor de los documentos acompañados ya referidos y de la carta de fojas 196, hace presumir fundadamente que*

¹⁸⁹ Comisión Arbitral de la concesión “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, integrada por don Carlos Figueroa Pizarro, don Edwin Stagno Rojas y don Carlos Urenda Zegers, sentencia de 30 de junio de 2005.

la paralización tuvo que ver con el desacuerdo entre el SCL y el MOP relativo al pago de otros ítems no considerados en el convenio más que con el hecho de la demora en la tramitación del Decreto Aprobatorio del Convenio Complementario [...]” (considerando 34°).

Agrega la comisión “Que la concesionaria mantuvo su decisión de paralización a pesar de que el MOP, vía inspección fiscal, la instó a reconsiderar la decisión a fin de poder habilitar prontamente el sistema stage one altamente necesario para la aviación y que el propio Director General de Obras Públicas les pidió reanudar la pronta materialización de las obras del stage one en enero de 2002, es decir; cuando el Decreto aprobatorio del Convenio Complementario ya había sido publicado en el Diario Oficial” (considerando 36°).

De todo lo anterior concluye: “Que por todo lo expuesto en los considerandos precedentes cabe concluir que los perjuicios reclamados por la demandante son consecuencia de un acto propio, por lo que no pueden, en consecuencia, ser reclamados a la contraparte que no tuvo parte en la decisión que los originarios ni ha tenido contractual ni legalmente obligación que haya incumplido, por lo que esta comisión arbitral rechazará la demanda de indemnización de perjuicios de SCL en contra del MOP fundada en los antecedentes ponderados en este fallo” (considerando 38°).

c) En cuanto a los retrasos en la construcción de la obra, según los plazos establecidos en el contrato de concesión, que fueren imputables al Fisco, debido a la condición de incumplimiento en que se encuentra esta parte del contrato, producen un doble efecto: En primer término, dan lugar a un aumento del plazo para la construcción de la obra igual al período de entorpecimiento o paralización y, en segundo término, dan derecho a reclamar contra el Fisco las compensaciones que procedan como aumento del costo de

la obra producto del retraso¹⁹⁰.

Al respecto, tenemos como ejemplo la discrepancia sometida al Panel de Concesiones, por la Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A.¹⁹¹, en donde se aprecia que dicho órgano reconoce lo dispuesto en las BALI para determinar la obligación de cumplimiento de plazos por parte del MOP. En este caso se determinó que la obligación del MOP de entregar terrenos expropiados para ejecución de la obra se haría a través del Inspector Fiscal, y que el deber de entrega se entiende cumplido desde la fecha de aprobación de aquél, por lo que existe una forma de contabilizar aquellos retrasos derivados de esta obligación del MOP. En este punto, el panel verifica un atraso imputable al MOP en la entrega de terrenos expropiados y en la aprobación de los proyectos de ingeniería relacionados con el caso.

Resulta relevante determinar los días de atraso imputables al Fisco, para lo cual el Panel de Concesiones analiza diversos documentos que forman parte del contrato, tales como: Carta Gantt, Estados de Pago y Facturas Emitidas; los cuales se tienen a la vista una vez determinada la fórmula bajo la cual se calculará el costo por el que se debe compensar a la Concesionaria por los atrasos imputables al MOP. Luego, se determinan criterios de valoración en busca de “establecer los impactos en el programa de construcción de la obra”¹⁹². También se analizan los costos por impacto de los atrasos en el programa de trabajo¹⁹³ en donde a su vez se desestima la compensación solicitada por la SC por existir condicio-

¹⁹⁰ Artículo 22 N° 3 de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

¹⁹¹ Panel de Concesiones, Discrepancia rol N° D-074-2017-2. Recomendación de 17 de enero de 2018.

¹⁹² Considerando 10.5.2., Discrepancia rol N° D-074-2017-2.

¹⁹³ Considerando 10.5.3., Discrepancia rol N° D-074-2017-2.

nes hostiles para ejecutar el proyecto en función de la obligación de mantener el tráfico permanente sin interrupciones¹⁹⁴. Finalmente, el Panel determina en este caso que “han existido atrasos imputables al Fisco por concepto de entrega de terrenos expropiados y aprobación de proyectos de ingeniería”¹⁹⁵, frente a lo cual se determina una compensación a la Concesionaria, conforme a los cálculos realizados en la discrepancia.

d) Tratándose de las aguas, minas o materiales que aparecieren durante la fase de construcción, debido a que su régimen de propiedad, aprovechamiento o explotación tienen estatutos especiales, no se entienden incluidos entre aquellos que forman parte de la concesión otorgada al concesionario, debiendo sujetarse al efecto a las normas especiales, como las que rigen la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas y la constitución de pertenencias mineras¹⁹⁶.

e) En materia de libertad de circulación, se establece como regla general que la construcción de la obra no podrá interrumpir el tránsito en caminos existentes; salvo, en el evento de que la interrupción sea imprescindible, caso en el cual el concesionario estará obligado a habilitar un adecuado tránsito provisorio¹⁹⁷.

Al estar determinado por ley, se entenderá incorporado en las BALI automáticamente, puesto que es una imposición legal que deberá cumplir el concesionario, dando una aplicación práctica al

¹⁹⁴ Esta compensación se desestima conforme la aplicación de lo dispuesto en la LCOP en su artículo 22 N° 5, en donde se establece de antemano la obligación de mantener el tránsito por parte de la Concesionaria, por lo que no podía considerarse para compensación por mayores costos.

¹⁹⁵ Punto 11, Recomendación discrepancia.

¹⁹⁶ Artículo 22 N° 4 de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

¹⁹⁷ Artículo 22 N° 5 de la LCOP, modificado por la Ley N° 20.410.

interés público que hay en la garantía Constitucional del Derecho a la Libre Circulación establecido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. En este caso, con base en la discrepancia mencionada anteriormente, el Panel desestimó la solicitud de compensación a la Concesionaria, que estimaba que el mantener el tránsito hacía hostiles las condiciones para la construcción del proyecto: *“la flexibilidad para abordar distintos frentes de trabajo y sus cambios en el tiempo deben estar también considerados e incluidos en los costos y en el plan de ejecución de la obra”*.

7.3.2. El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de explotación de la obra, regula

a) La obligación de conservación de la obra, en términos de mantener en condiciones normales de utilización sus accesos, señalización y servicios¹⁹⁸.

Respecto a la mantención de los servicios es oportuno señalar que esta obligación debe ser relacionada con el nuevo inciso 2° del artículo 1°, introducido por la Ley N° 20.410 que modifica la LCOP, cuyo texto dispone:

“Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir; durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión”.

Ello, en concordancia con el inciso 2° del artículo 1°, introducido por la Ley N° 20.410 que modifica la LCOP, cuyo texto dispone:

“Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos in-

¹⁹⁸ Artículo 23 N° 1 de la LCOP.

dicadores y las sanciones”.

b) En cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, la LCOP establece que el concesionario está obligado a:

– Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación, y¹⁹⁹:

– Prestarlo ininterrumpidamente, salvo 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 el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión²⁰⁰.

Para estos dos conjuntos de obligaciones sobre continuidad de la prestación del servicio, lo dispuesto en el nuevo inciso 3° del artículo 30 bis introducido por la Ley N° 20.410:

“Tan pronto tenga noticia de su ocurrencia, el concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar... la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación, en la fase de explotación. La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el reglamento”.

¹⁹⁹ Artículo 23 N° 2 letra a) de la LCOP.

²⁰⁰ Artículo 23 N° 2 letra b) de la LCOP.

Sobre el particular conviene hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la concesión sobre Acceso Vial del Aeropuerto Arturo Merino Benítez²⁰¹, en la que se discute la orden impuesta a la concesionaria por la Inspección Fiscal, con el fin de la segunda pista de dicha obra pública²⁰².

La comisión arbitral continúa con su razonamiento del hecho sucedido de la siguiente forma:

Primeramente, explicita “[...] *Que, mediante la celebración del contrato de concesión suscrito por la concesionaria con el MOP, ésta se obligó a construir y mantener la vía concesionaria, obteniendo como contraprestación por dicho servicio el derecho a cobrar peaje a todo vehículo que salga del Aeropuerto AMB [...]*” (considerando 1º).

Agrega a continuación “[...] *Es legítima la pretensión de la concesionaria de cobrar peaje a los vehículos que ingresaron al sector de la segunda pista durante el período de construcción de la misma [...]*” (considerando 3º).

Advierte “[...] *Que, de acuerdo con los antecedentes acompañados en autos, queda de manifiesto y se da como hecho acreditado que la segunda pista se proyectaba construir en el lugar en que en definitiva se emplazó desde antes que el MOP efectuara el llamado a licitación para la construcción del acceso vial al aero-*

²⁰¹ Integrantes de la Comisión Arbitral: Juan Enrique Traub, Julio Crovetto y Pedro Quezada, sentencia de 16 de mayo de 2009.

²⁰² Cabe señalar que, para esta situación, según la LCOP el concesionario se encuentra obligado a prestar servicio en forma continua, en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originan las molestias, incomodidades, inconveniente o peligrosidad a los usuarios. Sin embargo, el concesionario puede interrumpir dicho servicio por caso fortuito o fuerza mayor y puede alterar su prestación por razones de seguridad o de urgente reparación. Hay que expresar, además, que en las bases de licitación aparece la forma en que debe prestarse tal servicio.

puerto y que se consideraba, al menos, desde esa época que formaba parte integrante del aeropuerto AMB el área en que la segunda pista se construyó [...]" (considerando 6°).

De lo anterior deduce "[...] Que el MOP no dio cabal cumplimiento a la obligación de que impone el Contrato de Concesión de respetar el derecho a la Concesionaria de cobrar peaje a todo vehículo que salga del Aeropuerto AMB [...]" (considerando 8°).

Finalmente expresa que "[...] El MOP tampoco ha empleado la debida diligencia en fiscalizar el cumplimiento por parte de BE-SALCO de la obligación de controlar los vehículos que ingresan al Aeropuerto AMB a través del Portón N° 9 y que dicha falta de diligencia se ha traducido en la vulneración del derecho de la Concesionaria a cobrar la correspondiente tarifa o peaje [...]" (considerando 9°).

7.4. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR INCUMPLIMIENTO GRAVE

Dentro de las causales de extinción de la concesión se encuentra el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario²⁰³. Estas obligaciones del concesionario, en principio, corresponden a las obligaciones contraídas con el Fisco que se encuentran sometidas al régimen jurídico de derecho público. Sin embargo, dentro de estas obligaciones del concesionario, también debemos considerar las contraídas con privados que, a pesar de encontrarse sometidas al régimen de derecho privado, quedan comprendidas dentro de las que cautela el régimen concesional, cuando están reguladas por normas de orden público impuestas a las relaciones entre el concesionario y terceros distintos al Fisco.

A su vez, las causales que configuran el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario deben establecerse en el

²⁰³ Artículo 27 N° 3 de la LCOP.

contrato de concesión o en las bases de licitación²⁰⁴.

Para que opere esta causal de extinción de la concesión, el legislador exige que el MOP solicite la declaración de incumplimiento grave a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis de la LCOP²⁰⁵.

Por lo tanto, la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión requiere de una sentencia firme de la Comisión Arbitral especial que actúa como ente jurisdiccional *ad-hoc* para cada concesión.

En este contexto, como mencionábamos, el MOP debe solicitar a la Comisión Arbitral destinada para tal efecto, que declare extinta la Concesión otorgada. Un caso vinculado a esta temática se aprecia en la sentencia de 22 de junio de 2015²⁰⁶, respecto a la “Concesión Vial Rutas del Loa”. El MOP debió deducir demanda ante la Comisión Arbitral para que se declarara el incumplimiento grave del contrato de concesión de Obra Pública fiscal y de esta forma se entendiera extinguida la concesión, con las naturales consecuencias que conlleva dicho incumplimiento. La demanda se hizo con reserva de derechos por ambas partes, a fin de reclamar en sede jurisdiccional la responsabilidad de la Concesionaria respecto de una eventual indemnización de perjuicios en favor del Fisco por el citado incumplimiento. La declaración de esta grave infracción fue suficiente en palabras de la Comisión Arbitral para dar por extinguido el contrato de concesión.

²⁰⁴ Artículo 28 inciso 1º de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²⁰⁵ La Comisión Conciliadora y Arbitral que establecía el artículo 36 de la LCOP, conforme a la modificación introducida por la Ley N° 20.410, pasó a ser la Comisión Arbitral regulada en el nuevo artículo 36 bis.

²⁰⁶ Sentencia Comisión Arbitral “Concesión Rutas del Loa”, rol N° 1-2015, de 22 de junio de 2015.

Esta vulneración normativa, basada en la no entrega oportuna de la Garantía de Construcción, no fue controvertida por la Concesionaria, por lo que la Comisión Arbitral declaró el incumplimiento sin mayor trámite, al ser una contravención directa a lo establecido en las BALI. Sin embargo, el hecho de que la Comisión Arbitral declare la extinción de la concesión por incumplimiento grave, otorga al Concesionario la posibilidad de presentar sus descargos y finalmente controvertir la postura del MOP, dando en este sentido la garantía de que un órgano imparcial declare dicho incumplimiento atendido los argumentos esgrimidos por ambas partes.

En cuanto a los efectos de la declaración del incumplimiento grave, se contemplan los siguientes:

7.4.1. Administración provisional

Una vez declarado el incumplimiento grave del contrato de concesión por la Comisión Arbitral, el Ministerio de Obras Públicas debe designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 207, números 1 al 5 del Libro IV del Código de Comercio.

Al respecto, la Ley N° 20.410 actualizó las normas sobre la quiebra a que remitía el inciso 2° del artículo 28 de la LCOP, refiriéndose a las facultades de administración del interventor, quien responde de la culpa levisima, es decir, de aquel grado de culpa que exige el mayor grado de responsabilidad de un administrador.

7.4.2. Modalidad para la ejecución de la obra y la prestación del servicio

Producida la contingencia que se traduce en la declaración de incumplimiento grave y la consiguiente extinción del contrato de

concesión, el MOP tiene la responsabilidad de establecer la forma en que se satisfará el término de la construcción de la obra o la prestación del servicio, según sea la etapa de la concesión en que se incurra en esta causal de extinción del contrato.

Para ello, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley N° 20.410, se establece que:

“Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste”²⁰⁷.

Es decir; dentro de este plazo el MOP deberá definir si, para la continuación de la obra o del servicio, ocupa el sistema de concesiones o el de obra público fiscal.

Conforme la modificación legal señalada, la definición de la modalidad de continuación de la obra o servicio, puede ser informada de manera consultiva por el Consejo de Concesiones, creado por la Ley N° 20.410, en términos que, cuando el Ministro de Obras Públicas se lo solicite y *“declarado un incumplimiento grave conforme al artículo 28...”* le corresponderá *“...analizar la conveniencia de realizar una nueva licitación y sus condiciones, por el período que le reste o si continúa como obra pública fiscal”²⁰⁸.*

Así, entonces, ejercidas las facultades de la Administración se puede dar lugar a las siguientes dos opciones:

7.4.2.1. Llamar a licitación pública de la concesión por el plazo

²⁰⁷ Ley N° 20.410.

²⁰⁸ Artículo 1° bis inciso 8° letra d) de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

*que le reste*²⁰⁹

En lo sustancial, tratándose de esta opción, el legislador fija el principio consistente en que *“Las bases de la licitación deberán establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original...”*, para salvaguardar las condiciones originales en que se licitó la concesión e impedir la posibilidad de abuso en el establecimiento de condiciones injustificadamente más ventajosas para la nueva licitación. Sin embargo, el legislador previene las condiciones para hacer excepción a este principio, señalando:

*“...salvo que, mediante pronunciamiento del Consejo de Concesiones, y en virtud de nuevos antecedentes, dichos requisitos se revelen insuficientes para acometer la obra”*²¹⁰.

En este caso, dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que sea adoptada la decisión de relícitar el contrato de concesión, deberá llevarse a cabo la respectiva licitación pública. El producto de esta licitación será de propiedad del concesionario declarado en incumplimiento grave.

No debe olvidarse que estamos ante un incumplimiento grave del contrato de concesión que da lugar a su extinción, situación en la cual el incumplidor debería indemnizar los perjuicios causados a su contraparte, el MOP; razón por la cual parecería contradictorio que se le beneficie con el producto de la licitación. Sin embargo, esta aparente incoherencia se explica en la evaluación del riesgo que realizan los financistas de los concesionarios al momento de fijar las condiciones financieras de los créditos de largo

²⁰⁹ Artículo 28 inciso 4º de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²¹⁰ Artículo 28 inciso 4º segunda parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

plazo que entregan a los concesionarios que postulan al sistema, cuyo riesgo excesivo pondría lugar a un encarecimiento de tales créditos en términos tales que harían inviable su participación en las licitaciones o que generarían compensaciones que el Estado podría financiar.

Además, el destino del producto de la licitación a la propiedad del concesionario incumplidor tiene como excepción los créditos que pertenecen a los acreedores de la prenda especial de obra pública, los que deben ser satisfechos con prioridad para lograr la cancelación de esta caución²¹¹.

Respecto a los llamados a licitación, el legislador establece que:

*“En el primer llamado a licitación, el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario. A falta de interesados se efectuará una segunda licitación, sin mínimo, en un plazo de 90 días desde que se haya declarado desierta la primera licitación”*²¹².

Dicho lo anterior, viene al caso señalar las principales modificaciones introducidas en esta materia por la Ley N° 20.410:

– En primer lugar, la antigua normativa obligaba siempre a licitar el contrato extinguido por incumplimiento grave, no admitiendo la actual posibilidad que tiene el Estado para optar por su continuación como obra pública fiscal, según lo recomienden las condiciones de la obra o el servicio a la época en que se produce esta contingencia de responsabilidad del concesionario original.

– En segundo lugar, se establecía un proceso de licitación exce-

²¹¹ Artículo 28 incisos 4° y 6° de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²¹² Artículo 28 inciso 4° tercera parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

sivamente largo y que daba lugar a condiciones especulativas que incentivaban llevar el precio a la baja, comprendiendo una primera licitación cuyo mínimo no podía ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario; una segunda licitación cuyo mínimo no podía ser inferior a la mitad de la deuda contraída por el concesionario y, una tercera licitación, sin mínimo.

7.4.2.2. Decidir que la obra o el servicio se continuará como obra pública fiscal

Esta nueva alternativa introducida por la Ley N° 20.410 se expresa en términos de “...no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste...”²¹³, caso en el cual

*“...el Ministerio de Obras Públicas... deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago”*²¹⁴.

Con respecto a la fórmula de este pago, nuevamente debemos tener presente que nos encontramos ante un incumplimiento grave que debería dar lugar a indemnizaciones del concesionario a favor del Fisco, pero, en consideración a las exigencias de los financistas, ha sido necesario establecer una forma de reembolso de las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional, de manera que cubran las obligaciones contraídas por el concesionario con sus financistas y no se dañe la posibilidad que estos últimos puedan financiar a otros operadores.

²¹³ Artículo 28 inciso 5° primera parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²¹⁴ Artículo 22 N° 4 de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

Resumiendo, los principios y los objetivos de la modificación introducida por la Ley N° 20.410, durante su tramitación en el Congreso Nacional, el Ejecutivo expuso: “...cuando existe un caso de incumplimiento grave el Estado no puede quedar amarrado al mecanismo de relicitación de varias vueltas, tiene que contar con la facultad de terminarla como obra pública. La ley vigente, prácticamente, impide aplicar la causal de incumplimiento grave y el riesgo de tomar de rehén al Estado es muy alto”²¹⁵.

Se añade:

“Lo importante es no dañar a los acreedores cuando el Estado decide hacer una obra como obra pública puesto que es necesario compensar; sin embargo, debe existir un mecanismo que permita al Estado rescatar malos negocios. En consecuencia, se ha diseñado un sistema en que se pagan las inversiones necesarias para realizar la obra, no amortizadas, los costos financieros normales acreditados y el reajuste e intereses hasta el pago efectivo y si hay discrepancias se recurre al sistema de resolución de controversias”.

7.5. INHABILIDAD ESPECIAL PARA PARTICIPAR EN EL SISTEMA DE CONCESIONES

Considerando la gravedad del incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, tanto para la concesión que se adjudicó como para el interés fiscal afectado y resguardando, además, la necesidad de actores sanos en el sistema concesional de obras públicas, la Ley N° 20.410 introdujo una modificación destinada a marginar de él a quienes, probadamente, han mostrado su ineficiencia y falta de cumplimiento con las obligaciones adquiridas para la obra o servicio que se han adjudicado.

Concordante con los fundamentos señalados, el nuevo artícu-

²¹⁵ Segundo Informe Comisión de Obras Públicas del Senado (28.12.2007), primer trámite constitucional, p. 66.

lo 28 bis de la LCOP establece:

“Declarado el incumplimiento grave del contrato de concesión, conforme al artículo anterior; la respectiva sociedad concesionaria y sus personas relacionadas no podrán postular a licitaciones ni participar en una nueva concesión. Se entenderá por personas relacionadas con la sociedad concesionaria las referidas en el artículo 100 de la Ley N° 18.045, salvo los parientes señalados en su literal c)”.

Por lo tanto, se puede apreciar que esta inhabilidad tiene un doble efecto: Primero, opera como una drástica sanción contra los incumplidores de sus obligaciones con el Estado. Segundo, como consecuencia de efecto sancionatorio, opera como un eficaz desincentivo para que el concesionario no caiga en causales de incumplimiento grave del contrato de concesión. *A contrario sensu*, fortalece la presencia de actores privados cumplidores de la normativa contractual.

En cuanto al alcance y los efectos de esta inhabilidad, se debe considerar:

a) Que el inciso 2° del nuevo artículo 28 bis dispone: *“se entenderán también como personas relacionadas con la sociedad concesionaria, aquellas que lo hayan sido en cualquier momento de los dos años anteriores a la fecha de solicitud de declaración de incumplimiento grave”*; lo que tiene como objetivo evitar que aquellos que han conocido o participado de los hechos y circunstancias que han dado lugar a la configuración de las causales de incumplimiento grave evadan las responsabilidades que puedan comprometerlos, apareciendo como actores hábiles del sistema y, en igualdad de condiciones, con quienes han tenido una conducta contractual irreprochable.

b) Que el inciso 3° del nuevo artículo 28 bis dispone, *“la inhabilidad de la sociedad concesionaria y de sus personas relacionadas regirá por 5 años, contados desde la fecha en que sea dictada la sentencia que declara el incumplimiento grave, en cuyo*

caso los recursos que se entablen en su contra no suspenderán el cómputo del plazo de la inhabilidad ni sus efectos”; lo que significa el establecimiento de condiciones que no admiten la dilación en la aplicación de los efectos de esta sanción, ni siquiera por la vía de expedientes dilatorios jurisdiccionales, atendido el interés público comprometido en la participación de actores sanos en el sistema concesional de obras públicas.

c) Por último, de acuerdo con el nuevo inciso 2º del N° 2 del artículo 22 de la LCOP, introducido por la Ley N° 20.410, tanto el concesionario declarado en incumplimiento grave como sus personas relacionadas, no podrán ser contratistas ni subcontratistas de otro concesionario, para que no se pueda evadir la aplicación de esta inhabilidad, por vía indirecta.

7.6. TÉRMINO ANTICIPADO DE LA CONCESIÓN EN LA FASE DE CONSTRUCCIÓN

El nuevo artículo 28 ter de la LCOP, introducido por la Ley N° 20.410, en su inciso 1º, establece:

“Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto firmado del Ministerio de Obras Públicas que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción”.

Durante la discusión y estudio parlamentario, el Ejecutivo²¹⁶

²¹⁶ Segundo Informe Comisión de Obras Públicas del Senado (fecha 28 de diciembre de 2007), primer trámite constitucional, pp. 73 y ss.

hizo presente que esta norma “...se relaciona con el límite del 20% establecido para las obras adicionales. Cuando existe una justificación de interés público, que amerite un cambio mayor en la obra, superior al porcentaje señalado, se recompra la obra y se licita nuevamente”.

“En el caso de obras innecesarias, como sucedió con una Estación que estaba en construcción en la Comuna de Quinta Normal, se negoció de común acuerdo con el concesionario, lo que conlleva grandes desembolsos de recursos fiscales, por lo que se considera necesario contar con facultades excepcionales, para situaciones extraordinarias, en que se requiere poner término anticipado a las obras con las compensaciones adecuadas”.

Se discutió latamente “cuál es el mecanismo de compensación adecuado y se determinó que se deben pagar todas las inversiones realizadas y lucro cesante, para no generar un incentivo perverso para que el Estado use este mecanismo para expropiar. Siempre se debe buscar el equilibrio entre contar con una facultad para el Estado para que no sea extorsionado por el privado cuando la obra no sea necesaria, pero al mismo tiempo evitar un incentivo perverso para expropiar o participar en negocios en que el Estado garantiza la rentabilidad sin que el negocio se concrete”.

Puede ocurrir –se agregó– “...que, entre el proceso de adjudicación y el término de la ingeniería de detalle, pueden surgir eventos mayores que determinen que la obra no se justifique”. En estos casos, de acuerdo con la ley vigente en aquel entonces “...la única salida es la realización de la obra”.

De acuerdo con lo expuesto por el Ejecutivo, “...existen dos experiencias que han motivado esta indicación, en primer lugar, desde el momento en que se licita una obra pueden presentarse cambios y se establece un límite a la modificación de proyectos

porque se hacen con negociación y no con licitación en la etapa de construcción. Cuando sea necesario realizar obras mayores es necesario contar con la facultad de recomprar la concesión y relicitar, porque no se quiere promover un sistema en que el Estado negocie grandes obras públicas. Asimismo, señaló que en algunos casos en que se licitó una obra se llegó al poco tiempo a la conclusión de que era innecesaria, como ocurrió con una Estación Multimodal en Quinta Normal, en que se licitó antes de la decisión de extender el Metro a Pudahuel vía Maipú y, por lo tanto, la estación no era necesaria y el Estado no tiene ninguna facultad para terminar esa obra, sólo puede hacerlo de común acuerdo y queda expuesto a pagar grandes indemnizaciones”.

Continúa el Ejecutivo señalando que, “para evitar situaciones como la señalada, se pretende contar con este instrumento que permite poner término anticipado a la obra con todas las restricciones necesarias para evitar el riesgo de expropiación de un buen negocio. En esta materia es necesario ser ecuánime, por lo que se establece la obligación del Fisco de pagar todos los costos y lucro cesante, debiendo interpretarse esta facultad en armonía con la norma que se refiere a los convenios complementarios.

Esta materia debe ser extraordinaria y se debe tener cuidado con otorgar una compensación alta al lucro cesante, porque se puede generar una industria espuria donde una empresa se gane una concesión y posteriormente el Fisco la cancela y le paga rentabilidad asegurada sin haber efectuado el negocio. Esta norma es necesaria y debe establecerse en forma equilibrada el porcentaje de compensación”.

Finalmente, los incisos tercero, cuarto y quinto del nuevo artículo 28 ter, disponen:

“El concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, ex-

cluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que acuerde el pago; su fórmula, componentes y metodología de cálculo será establecida en las bases de licitación. A ello, se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado.

A1 monto total del pago acordado, se sumarán los reajustes e intereses correspondientes hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.

Para la determinación del valor futuro de las inversiones realizadas se considerará como tasa de descuento, la tasa de costo de capital ponderado relevante para el negocio de acuerdo con los criterios definidos al efecto en las bases de licitación. Para la determinación del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado se utilizará la tasa de descuento ajustada, de tal forma que considere el riesgo en los conflictos futuros inherentes a la concesión y su distribución en el tiempo. El procedimiento para aplicar y la correspondiente fórmula de cálculo se establecerán en las bases de licitación”.

En cuanto al procedimiento formal para fijar el monto de la indemnización, debe ser “...por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario y aprobado por el Ministerio de Hacienda...”²¹⁷.

“A falta de acuerdo, total o parcial, sobre el monto de la indemnización o de cualquiera de sus factores de cálculo, la controversia será llevada a la recomendación del Panel Técnico establecido en el artículo 36, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo. Si la recomendación no fuese acogida por las partes, la controversia será resuelta por la Comisión Arbitral conforme al

²¹⁷ Artículo 28 inciso 6° de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

procedimiento del artículo 36 bis, siempre que el concesionario requiera por escrito su intervención dentro de un plazo de 10 días contados desde la notificación de la recomendación del Panel Técnico. Si se procede de acuerdo en un monto parcial, la forma de pago de ese monto podrá ser acordada inmediatamente por escrito. Reservándose el conocimiento de lo disputado para la Comisión Arbitral. No habiéndose alcanzado acuerdo, si el concesionario no recurriere al Panel Técnico, o a la Comisión Arbitral dentro de los plazos establecidos en este inciso, se entenderá aceptado por el concesionario el monto más alto que el Ministerio de Obras Públicas le hubiere ofrecido en la forma contemplada en el reglamento durante el curso de la negociación”²¹⁸.

Por otra parte, durante el debate y estudio parlamentario²¹⁹ se hizo presente que:

“...es necesario distinguir que esta norma debido al interés público considera dos situaciones: la primera, se produce cuando la concesión se hace innecesaria y la segunda, cuando la concesión requiere un rediseño por sobre el 25%. Respecto del término de la concesión por rediseño se señaló que es importante que en esa hipótesis se requiera necesariamente una licitación y que no se excluya al titular actual de la concesión al momento de ponerse término, puesto que se trata de condiciones externas ajenas al concesionario”.

Teniendo en cuenta estas últimas consideraciones y, además, con el objeto de evitar que este mecanismo de término anticipado de una concesión sea utilizado en forma abusiva para despojar a un concesionario de la que se hubiere adjudicado válidamente, se estableció lo siguiente:

²¹⁸ Artículo 28 ter inciso 7º de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²¹⁹ Artículo 23 N° 2 letra a) de la LCOP.

“Cuando correspondiere, el Ministerio de Obras Públicas, previo informe del Consejo de Concesiones, determinará si el proyecto reformulado será nuevamente entregado en concesión o ejecutado en la forma establecida en el artículo 86 del decreto con fuerza de Ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas de 1998. Habiéndose puesto término anticipado a la concesión por un cambio de circunstancias que demandare su rediseño o complementación a través de inversiones adicionales que superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, y siempre que el Ministerio de Obras Públicas resuelva ejecutarla dentro de los tres años siguientes a la fecha del término anticipado, el proyecto reformulado deberá entregarse en concesión mediante licitación pública”²²⁰.

²²⁰ Artículo 28 ter inciso final de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

CAPÍTULO VIII

DE LA INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS CONTRATOS

El Título VIII de la Ley de Concesiones, “De la inspección y vigilancia de la Administración”, regula a partir del artículo 29 y siguientes, aspectos sustantivos de una buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones de la sociedad concesionaria²²¹.

La inspección y vigilancia nace de la premisa de cautelar, primeramente, *los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones*. Éstos deben encontrarse definidos en las propias BALI.

La Ley N° 20.410 radicó en el MOP –y no en sus respectivas direcciones– la inspección y vigilancia del cumplimiento del contrato de concesión, siendo posible apreciar en el original artículo 29 –“[...] *Corresponderá a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones* [...]–²²², en comparación con el artículo 29 que dispone “[...] *Corresponderá*

²²¹ Las reformas de este capítulo son el fruto de las propuestas realizadas por el Senado en la tramitación de la Ley N° 20.410.

²²² Composición del artículo 29 de la LCOP, primera parte, previo a la reforma introducida por la Ley N° 20.410.

al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra [...]”²²³.

En definitiva, el control, inspección y vigilancia de los contratos en las etapas de construcción y explotación pasan de manos de las Direcciones Generales del Ministerio, al Ministerio de Obras Públicas propiamente tal.

A fin de asegurar los niveles de servicio, se establece en el inciso 2º del artículo 1º de la LCOP la obligación del concesionario de observar los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos que se dispongan en las BALI “durante toda la vigencia de la concesión”, lo que busca mantener el principio de resguardo del interés público dentro de la etapa de explotación de la concesión inclusive, lo que necesariamente va de la mano con la intención del legislador de que las Concesiones deben constantemente adaptarse a las “*necesidades ciudadanas que el sistema de concesiones públicas está llamado a satisfacer*”²²⁴.

Esto se materializa con la incorporación a las BALI de diversas métricas que tienen como fin incentivar a los Concesionarios a mantener los niveles de servicio esperados, o, por el contrario, en caso de que no se cumpla con un índice mínimo esperado, el extinguir la concesión por incumplimiento grave²²⁵.

El DS N° 900 en materia de incumplimientos contractuales, a causa de inobservancias en materia de vigilancia e inspección de

²²³ Transcripción del artículo 29 de la LCOP, posterior a la reforma.

²²⁴ Mensaje Presidencial de S.E. la Presidenta de la República, de 4 de julio de 2007, N° 358-355.

²²⁵ Al respecto, RUFÍAN (2018), p. 141.

los contratos, impone a las sociedades concesionarias sanciones pecuniarias, eso sí, con un monto máximo, para que, en el caso de que efectivamente se materializara la multa, ésta no excediera a favor del Estado, mediante penas que podrían resultar onerosas para la Sociedad Concesionaria, señalando la disposición que el Ministerio de Obras Públicas:

*“[...] podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales [...]”*²²⁶.

Así, la reforma contemplada en la Ley N° 20.410 suprime este techo, señalando que, en caso de incumplimiento,

*“[...] el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis [...]”*²²⁷.

Otra reforma que se ha prevenido por la Ley N° 20.410, es la prevista en el artículo 30 bis, que dispone

“[...] Durante la vigencia del contrato de concesión, el Ministerio de Obras Públicas, a objeto de verificar la buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario, podrá requerir de éste la entrega de la información de los subcontratos que haya celebrado para la ejecución de la obra y la prestación del servicio, e información cierta relativa a su contabilidad, gestión empresarial y sistemas de atención a usuarios [...]”.

Se suma a lo anterior, dentro del mismo artículo, que los antecedentes recibidos por el Ministerio de Obras Públicas deberán ser mantenidos bajo reserva.

²²⁶ Redacción del artículo 29 parte final de la LCOP, previo a la reforma.

²²⁷ Artículo 29 de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

En caso de que la concesionaria se negase a la entrega de los antecedentes recientemente señalados, se demorase en forma injustificada en la entrega de los antecedentes requeridos o la entrega de información sea manifiestamente inexacta o no fidedigna, la ley sancionará con las multas establecidas en el reglamento de la Ley de Concesiones²²⁸.

Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas podrá mediante resolución fundada, requerir al concesionario que efectúe, bajo apercibimiento de multas, auditorías para comprobar la veracidad y exactitud de las informaciones que se le hayan proporcionado²²⁹.

Respecto del encargado de realizar las funciones expresadas anteriormente, deberá contar con la aprobación del Ministerio de Obras Públicas²³⁰. Sobre su contratación y financiamiento, ambos concernirán al concesionario requerido²³¹.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.410, tratan minuciosamente los casos en que, por algún hecho externo al concesionario, éste se vea afectado en el desarrollo normal de las obras en la fase de construcción, o bien, que este hecho afecte en forma negativa la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación.

Por ello el legislador prevé:

²²⁸ Artículo 30 bis inciso 1° segunda parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²²⁹ Artículo 30 bis inciso 2° primera parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²³⁰ Artículo 30 bis inciso 2° segunda parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²³¹ Ídem nota 35.

*“[...] Tan pronto tenga noticia de su ocurrencia, el concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, en la fase de construcción, o bien la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación, en la fase de Explotación [...]”*²³².

En caso de que la sociedad concesionaria incumpliera dicha obligación, se tendrán a la vista las sanciones pecuniarias instauradas en el reglamento de la Ley de Concesiones.

A este tenor, dispone la parte final del artículo en análisis:

*“[...] La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el reglamento [...]”*²³³.

Conviene citar la Sentencia de la Comisión Arbitral, referente a la concesión de caminos entre la localidad de Nogales y Puchuncaví²³⁴, la cual estima que, en esta ocasión, la sociedad concesionaria cumple con su obligación de dar oportuno aviso al Ministerio de Obras Públicas, del hecho que estaba por afectar la correcta prestación del servicio concesionado, de esta manera, la pretensión de la sociedad concesionaria es obtener una indemnización

²³² Artículo 30 bis inciso 3º primera parte de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²³³ Artículo 30 bis inciso 3º parte final de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

²³⁴ En el caso desarrollado, la concesión se vio dañada por el desborde del estero Puchuncaví. En opinión de la Comisión, el desborde fue un hecho posible de prever y que, además, la Sociedad Concesionaria dio oportuno aviso al MOP para que interviniera a fin de prevenir el desborde del estero. Pese a eso –advierte la Comisión–, no se efectuó por parte del organismo referido alguna de las atribuciones legales para impedir mayores daños a la obra concesionada, destacando que dichas atribuciones se encuentran contempladas en la Ley Orgánica del MOP.

por el daño que el desborde ocasionó a la obra realizada. En cuanto a los daños que sufrió la obra como consecuencia del desborde del estero Puchuncaví, en la sección resolutive de la sentencia de la Comisión Arbitral, los miembros exponen que, conforme a los antecedentes que obran en este procedimiento, se declara que las obras de reparación de los daños originados en el desborde del Estero Puchuncaví son de cargo del MOP y ascienden a la suma de 1.993,95 UF.

Agrega y resuelve la Comisión Arbitral que, *“en consecuencia, y dado que la indemnización del seguro ascendió por este concepto a la cantidad de UF 1311.06, se declara que esta suma deberá ser entregada íntegramente por el MOP a la Concesionaria en parte de pago de la suma indicada anteriormente”*.

Finalmente, y reafirmando lo anterior, la Comisión señala que *“la diferencia de U.F. 682,89, que resulta de comparar el valor de las obras de reparación ya ejecutadas y el valor que por este concepto reconoció la Compañía de Seguros, deberá ser pagada por el MOP a la Concesionaria”* (considerando 3°).

Por otra parte, también es necesario observar lo dispuesto por la ley y la opinión del Panel de Concesiones respecto al caso en que un cambio en la normativa, posterior a la adjudicación del proyecto, altere significativamente el equilibrio económico del contrato perjudicando al concesionario. En este caso el artículo 19 de la LCOP viene a proteger al concesionario de estas alteraciones, ordenando compensar por mayores costos en caso de que concurran los requisitos dispuestos en dicho artículo. En particular, resulta ilustrativo la discrepancia sometida a conocimiento del Panel por la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. en relación con la obra pública fiscal adjudicada *“Alternativas de acceso a Iquique”*²³⁵.

²³⁵ Panel Técnico de Concesiones, “Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A./Ministerio de Obras Públicas”, Discrepancia N° D-01-2015-3, de 9 de octubre

Se analiza la distribución de los riesgos por las modificaciones que se hicieron al proyecto en virtud de cambios en la normativa dictados con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión, en este caso el Manual de Carreteras en materia de seguridad vial y señalética, que alteraron los costos para el concesionario.

Las BALI en este proyecto, trasladan al concesionario el riesgo del contrato en las etapas de construcción y de explotación a lo largo de sus numerales, en especial aquel referido a la legislación aplicable, mencionando como parte integrante de las BALI las modificaciones hechas a la normativa.

En este contexto el Panel evalúa el Manual de Carreteras y sus actualizaciones, determinando que sería aplicable aquella versión del Manual de Carreteras que se encuentre vigente “al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo”²³⁶.

En esta situación, toma importancia lo dispuesto en el artículo 19 inciso 1º de la LCOP, puesto que se reconoce que “los derechos y obligaciones de los contratantes pueden verse afectados por el avance de la técnica y el dinamismo social y económico” en observancia al interés público involucrado en proyectos de esta naturaleza, sin que aquello deba implicar necesariamente que el Concesionario deba asumir completamente los costos de las modificaciones en aras de dicho interés.

Ahora bien, el objeto de discusión se radicó en quién debía soportar el riesgo por el acto de autoridad que modifica las obligaciones del concesionario inicialmente contempladas, en donde el Panel estima que se debe considerar a su vez la magnitud del impacto con que las actualizaciones a la normativa afecten al pro-

de 2015.

²³⁶ Considerando 9.1.1, Discrepancia N° D-01-2015-03.

yecto.

En ese sentido, el Panel declara que por sobre todo prima el interés público en el entendido que es el concesionario quien debe asumir el riesgo de un cambio en la normativa que eleve los estándares técnicos en función de mantener los niveles de servicios que satisfagan necesidades públicas. Pero sin perjuicio de la asunción del riesgo a manos del concesionario, esto no será justificación para que esté obligado a soportar un cambio significativo en el régimen económico de la concesión con motivo de estas modificaciones, opinión amparada por la protección que entrega lo dispuesto en el artículo 19 inciso 1º para estos casos. Dicho artículo, como se mencionó anteriormente, considera la compensación al concesionario por mayores costos, en caso de acto sobreveniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

a) Que el acto “se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación del contrato”, en donde el Panel se remite a las cronologías del proyecto en particular y las referidas a la modificación de la normativa.

b) Que “no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación”. En este caso el Panel realiza un análisis concluyendo que no se refiere a la modificación de la normativa en la forma, sino que alude a la previsibilidad de las modificaciones respecto de su contenido.

c) Que “no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria”. A juicio del Panel se cumple dicho requisito ya que las normativas modificadas “tienen un alcance limitado, pues tan solo afectan a un tipo de actividad como es la construcción y mantención de carreteras” y que no sería normativa de aplicación general, citando el ejemplo dado en la discusión de la

ley de normativa dictada con efectos generales “la modificación de una norma que establece un impuesto a la renta”.

d) Que “altere significativamente el régimen económico del contrato”, en este caso el Panel nuevamente se remite a la Historia de la Ley, de la cual se desprende que el “equilibrio económico financiero se expresa como la mantención aproximada de la rentabilidad con la que se licitó el proyecto”.

Por último, cabe destacar la opinión del Panel respecto del principio de concesiones que se refiere a que en casos en los que exista más de una opción que satisfaga la normativa, sólo será necesario compensar aquellos costos asociados a la opción de menor costo²³⁷, que en definitiva incentiva a minimizar los costos sujetos a las condiciones del contrato de concesión y la normativa aplicable.

²³⁷ Discrepancia N° D-01-2015-3, punto 9.3, respecto a lo contenido en la Historia de la Ley N° 20.410.

CAPÍTULO IX

REGULACIÓN DE LOS SUBCONTRATISTAS Y CONTRATISTAS

9.1. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.410

La normativa introducida por la Ley N° 20.410 establece, respecto a los derechos y obligaciones económicas de la sociedad concesionaria con terceros, su sometimiento al estatuto jurídico aplicable al derecho privado, de lo que se deduce que podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad que el MOP la autorice. La norma señala en su artículo 21:

“en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas”²³⁸.

En consecuencia, si bien las partes del contrato son estrictamente el MOP y la sociedad concesionaria, esta última tiene la facultad de subcontratar para la realización de obras o prestación de servicios, naciendo entre la concesionaria y el tercero contratado una relación privada regida por el derecho común.

²³⁸ Artículo 21 LCOP, reformado por la Ley N° 20.410.

La libertad otorgada al Concesionario se extiende a la posibilidad de explotar servicios complementarios conforme a la naturaleza del proyecto, lo que queda reafirmado tal como se señala la Recomendación del Panel de Concesiones del 6 de enero de 2017²³⁹ estableciendo que “es necesario precisar que la prestación de servicios facultativos es de decisión exclusiva del concesionario, sin que el MOP pueda oponerse sin causa justificada”²⁴⁰ resguardando de esta forma el principio de libertad de empresa señalado en el artículo 19 N° 21 de la CPR y que en función de esto el Panel va más allá determinando que el desarrollo de servicios facultativos constituyen un derecho adquirido del concesionario, por lo que el MOP, no debe entorpecer el ejercicio de tal derecho. Sin perjuicio de lo anterior, las BALI de este caso en particular, a juicio del Panel, regulaban al respecto. Así, se señala que existirá un trabajo conjunto en el que el concesionario puede proponer modificaciones a las áreas donde puede brindar sus servicios y serán el MOP y la DGAC quienes puedan modificar dicha propuesta a fin de “mejorar la servicialidad del aeropuerto”²⁴¹.

En la discrepancia aludida se dio el caso que alteraba el equilibrio económico del contrato en beneficio del concesionario, a lo que el MOP argumenta que debe verificar dicha alteración como requisito previo a la aprobación de las áreas en que se pueden explotar servicios facultativos²⁴². Sin embargo, a juicio del panel lo anterior no corresponde y la función del MOP se limita a asegurar el buen servicio y la libre competencia entre subconcesionarios,

²³⁹ Panel de Concesiones, Recomendación de Discrepancia N° D-11-2016-1, “Consorcio Aeroportuario de Calama S.A., Sociedad Concesionaria/Ministerio de Obras Públicas”, de 6 de enero de 2017.

²⁴⁰ Discrepancia N° D-11-2016-1, punto 10.1.1, p. 20.

²⁴¹ Ídem.

²⁴² Discrepancia N° D-11-2016-1, punto 10.2.2, p. 25.

ya que si la alteración del equilibrio económico del contrato beneficia al concesionario ésta no debe verificarse, se entiende lo anterior como un incentivo a potenciar la creatividad de éste para ofrecer mejores servicios y disminuir las tarifas reguladas. Finalmente el Panel concluye que “el objetivo de la Ley de Concesiones no es sólo construir y operar obras de Infraestructura, sino que hacerlo de una manera que sirva a los usuarios en forma eficiente”²⁴³.

De esta manera, la explotación de servicios complementarios se ve amparada por la libertad de empresa, lo que finalmente está relacionado con la protección al interés público, puesto que a juicio del Panel la explotación de estos servicios mejorará las condiciones de acceso por parte de los usuarios, ya sea con mayor y mejor variedad de servicios y con eventuales disminuciones en las tarifas asociadas a la concesión.

Este principio, que favorece la posibilidad de que el concesionario desarrolle actividades complementarias y que reconoce la posibilidad de subcontratar, a fin de aumentar la eficiencia y especialización de los procesos, no ha estado exento de problemas. Lo anterior dado que, en su momento, a juicio de la autoridad, no resultaban suficientes las normas de derecho privado para solucionar eventuales conflictos que se susciten a partir de esta libertad; por lo que se impusieron ciertas limitaciones legales especiales²⁴⁴.

El estatuto legal reformado agrega la obligación de las concesionarias de presentar un informe mensual al MOP acerca de los pagos realizados a los contratistas, obligación igualmente aplicable a los contratistas respecto de los subcontratistas:

²⁴³ Discrepancia N° D-11-2016-1, punto 10, consideraciones adicionales, p. 29.

²⁴⁴ RUFÍÁN (2018), pp. 193-194.

“Con todo, las concesionarias deberán manualmente presentar al Ministerio de Obras Públicas información sobre los pagos realizados a los contratistas. La misma obligación pesará sobre los contratistas respecto a los subcontratistas. Esta información deberá ser publicada en el sitio electrónico del Ministerio de Obras Públicas y actualizada mensualmente” (artículo 21 inciso 3º LCOP, modificada por la Ley N° 20.410).

Uno de los antecedentes de esta modificación a la Ley de Concesiones la encontramos en la implementación del Programa de Concesiones de Infraestructura.

Penitenciaria, que dio lugar a un pronunciamiento de la CGR²⁴⁵ relativo a la celebración de los contratos propios de la ejecución del proyecto, en particular con los subcontratistas. A su vez, la Cámara de Diputados designó una Comisión Investigadora relativa a estos hechos²⁴⁶.

El Ejecutivo, con ocasión de estos procesos de investigación, describió los antecedentes que enmarcaban los proyectos para la construcción y explotación del sistema carcelario bajo el sistema de concesiones.

El primer programa de Concesión de Infraestructura Penitenciaria —explicitaba el Ejecutivo— fue obra del Ministerio de Justicia en conjunto con el MOP, representan “uno de los mayores esfuerzos realizados en el país en materia de construcción de recintos penitenciarios. Se enmarcó en un proceso de modernización

²⁴⁵ En el “informe de auditoría de programas horizontal de fiscalización de Obras Públicas Concesionadas a nivel nacional”, 17 de febrero de 2000, la Contraloría General de la República efectuó observaciones al procedimiento de conciliación respecto a su “lentitud” y la “falta de equidad” en la composición de los miembros de dichas comisiones.

²⁴⁶ Sesiones de la Comisión Investigadora de la H. Cámara de Diputados 2008-2009, sobre concesiones en recintos penitenciarios.

del sistema de justicia penal que busca superar, a través de una alianza público-privada, la compleja situación que enfrenta el sistema carcelario nacional”.

La situación existente al momento de la creación del programa de concesión de infraestructura penitenciaria –indica el planteamiento de Gobierno– radicaba en un “incremento constante de la población reclusa con un gran nivel de hacinamiento, restringida capacidad de reinserción y rehabilitación de los internos y un grave deterioro de la infraestructura pública”.

Sin embargo, la implementación de este programa no estuvo exenta de dificultades. Una de ellas, fueron los reclamos de los subcontratistas de las sociedades concesionarias invocando el no pago de obras efectivamente realizadas, lo cual, a juicio de algunos parlamentarios²⁴⁷, debió controlarse por parte del Ministerio de Obras Públicas, inclusive mediante el descuento de las deudas impagas a contratistas de las sumas canceladas a la sociedad concesionaria.

Esta situación tendría como fundamento la deficiencia regulatoria respecto de obligaciones de las concesionarias en orden a presentar informes acerca de los pagos a los contratistas, lo que motiva la modificación introducida por la Ley N° 20.410²⁴⁸.

Como se señaló anteriormente, la sociedad concesionaria puede realizar cualquier actividad lícita, sin necesidad de pedir autorización al MOP, en consecuencia, puede subcontratar para la ejecu-

²⁴⁷ El senador Alejandro Navarro Brain solicita pronunciamiento a la Contraloría General respecto de una serie de irregularidades producidas, a su juicio, en la celebración de los contratos por el MOP relativos al “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria”. En “Informe de auditoría de programas horizontal de fiscalización de Obras Públicas Concesionadas a nivel nacional”, 17 de febrero de 2000, CGR.

²⁴⁸ Artículo 21 LCOP, reformado por la Ley N° 20.410.

ción de obras o prestación de servicios, naciendo entre estos actores una relación de derecho basado en el “Principio de la Autonomía de la Voluntad Contractual”, recayendo en el concesionario –por regla general– la responsabilidad ante el MOP.

La Contraloría General se pronunció al respecto estableciendo que para los organismos de la Administración del Estado también rigen los artículos 183-B y 183-C, del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N° 20.123, referidos en términos generales a la responsabilidad de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales por término de la relación laboral, así como al derecho de la empresa principal a ser informada sobre el monto y estado de cumplimiento de tales obligaciones y a retener la suma a la que ascienden éstas en caso de que el contratista o subcontratista no acredite su cumplimiento íntegro²⁴⁹.

Otra limitación en esta materia es la obligación de las empresas contratistas de las concesionarias, de inscribirse en ciertos registros públicos de especialidades y, además, la inhabilidad para asumir tal carácter de encontrarse en el supuesto establecido por el artículo 28 bis de la LCOP²⁵⁰. En efecto, el artículo 22 N° 2 inciso 2° de la LCOP señala:

“Sin perjuicio de lo anterior; los contratistas de la concesionaria deberán estar inscritos en los Registros de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas. No podrán ser contratistas, ni subcontratistas de un concesionario aquellas personas que se encuentren en la situación señalada en el artículo 28 bis de esta ley”.

²⁴⁹ Dictamen N° 2.594, de 2008.

²⁵⁰ Sobre el particular se encuentra explicado detalladamente en el Capítulo V de esta obra.

Esta disposición tiene como objetivo la protección del interés público, en el sentido que los contratistas sean personas aptas y calificadas para la ejecución de la obra determinada y, simultáneamente, asegurar la igualdad de los propios contratistas, ya que, al estar inscritos en estos registros, podrán acceder a ejecutar las diversas obras concesionadas. Los contratistas se encontrarán clasificados conforme a las categorías de especialidades sobre las que se desempeñen como subcontratistas.

Recogemos pronunciamientos de la Contraloría General de la República²⁵¹ que ilustran la forma en que se llevan estos registros que están a cargo del Departamento de Registro de Contratistas y Consultores del Ministerio de Obras Públicas, ya que existen reglas de incompatibilidades e inhabilidades que impiden la doble inscripción de los contratistas en los registros. En un caso, se discutió la inscripción de una empresa en el mismo registro que se encontraba otra relacionada. Al respecto la CGR fue clara en señalar que “considerando la relación existente entre las aludidas empresas (...), es dable colegir que la inscripción de la primera en el registro de contratistas da lugar a una inhabilidad sobreviniente para la segunda” puesto que la normativa aludida²⁵² dispone que no podrán optar a su inscripción las “Personas naturales o jurídicas inscritas en el Registro General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas que deseen hacerlo en el Área de Inspecciones; única área del Registro en que rige el impedimento”, precisando en su inciso 2º que “Esta inhabilidad se hace extensiva a los socios, directores y personal profesional de las personas a que se refiere el inciso anterior”. Estas inhabilidades para el registro permiten la transparencia de éste y aseguran que aquellos calificados sean aptos para suscribir subcontratos.

²⁵¹ CGR, Dictamen N° 905, de 11 de enero de 2019.

²⁵² Artículos 14 y 25 letra h) del Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría, normativa aplicable en este caso.

Ahora, otro punto interesante al respecto viene aportado por el Dictamen N° 51.601²⁵³ referido a la renuncia por parte de los Contratistas a su aparición en dichos registros, ya que la ley no se pronuncia al respecto. Claramente basado en la libertad individual, cualquiera puede presentar su renuncia y la Administración debe aceptarla; a juicio de la Contraloría se estimó que no se ajustaba a derecho que en el caso en particular objeto del dictamen la administración “haya procedido a aplicar la sanción de suspensión y a rebajar la [inscripción] de todos sus registros, argumentando al efecto que ello se debe a la circunstancia de que ‘la normativa reglamentaria no contempla la sanción de eliminación’”, determinando así que no procede que finalmente la eliminación voluntaria del registro se derivara de una sanción impuesta por la autoridad para constancia de los registros.

La reforma legal agregó también como hemos visto en esta obra, una particular inhabilidad en esta materia al establecer que no podrán ser contratistas ni subcontratistas la sociedad concesionaria que hubiere incumplido gravemente el contrato, por un plazo de 5 años desde la declaración de incumplimiento (artículo 28 bis incisos 1° y 3°)²⁵⁴.

Con relación a la resolución de conflictos o controversias producidas en la aplicación, ejecución o interpretación de los contratos celebrados por estas partes con motivo de ejecución de una obra, se establece el sistema de árbitros, elegidos de común acuerdo entre las partes o, en su defecto, se designa a una persona de las señaladas en el artículo 232 del COT, los cuales fallarán con estricta sujeción a la ley. La disposición legal señala en su artículo 22 N° 2 inciso 3°:

²⁵³ CGR, Dictamen N° 51.601, de 13 de agosto de 2013.

²⁵⁴ Sobre el particular de las inhabilidades, se encuentra abarcado profundamente en el Capítulo V de esta obra.

“Las controversias que se susciten entre el concesionario y los contratistas o entre éstos y sus subcontratistas, con motivo de la aplicación, interpretación o ejecución de los contratos celebrados entre ellos con ocasión de la ejecución de la obra, podrán ser conocidas y resueltas por árbitros que determinarán sus normas de procedimiento, garantizando siempre un justo y racional procedimiento o debido proceso, y pronunciarán sentencia definitiva con aplicación estricta de la ley. En tal caso, los árbitros sólo podrán ser designados, de común acuerdo por las partes, de entre aquellos que formen parte de una entidad de mediación, conciliación y arbitraje existente en el país o, en su defecto, se desempeñará como árbitro quien fuere designado conforme a lo dispuesto en el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales”.

Finalmente, otra de las reformas recayó en la imposición de mayores formalidades respecto de los subcontratos que adscriba el adjudicatario ya que se exige que “Tanto los contratistas como sus subcontratistas no podrán iniciar obras sin que sus respectivos contratos se encuentren formalizados, registrándose, por el concesionario, una copia de ellos ante el Ministerio”. Lo anterior vinculado a lo previsto en el artículo 22 de la LCOP, que impone una prohibición al inicio de las obras de no cumplirse dicho requisito.

CAPÍTULO X

MODIFICACIONES AL CONTRATO DE CONCESIÓN

En concordancia con la exigencia del cumplimiento de niveles de servicio y estándares técnicos, y a fin de fortalecer el normal desarrollo de las concesiones, la modificación introducida a través de la Ley N° 20.410 reformó la regulación de las hipótesis de modificaciones del contrato de concesión, por incorporación de nuevas obras o servicios, y estableció criterios para la determinación del monto de las compensaciones al concesionario, cuando haya lugar a ellas.

Se busca de esta manera reducir las situaciones de ambigüedad contractual, así como la litigiosidad del sistema, estableciendo con claridad las situaciones en que un concesionario tendrá derecho a compensación económica por obras adicionales.

Así, y tal como se indicó en la discusión parlamentaria, uno de los antecedentes que se tuvieron a la vista para cambiar el régimen de modificación de los contratos de concesión, estuvo en la existencia de contratos de convenios en los cuales se pactaron obras complementarias que fueron relevantes respecto del monto inicial de los mismos²⁵⁵.

²⁵⁵ Segundo informe Comisión de Obras Públicas del Senado (28.12.2007), primer trámite constitucional, p. 54.

Las modificaciones fueron introducidas en el Capítulo V de la ley, Facultades de la Administración, en el que se regulan las hipótesis de modificaciones al contrato de concesión y las compensaciones económicas que se deben al concesionario²⁵⁶.

10.1. INVERSIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE NIVELES DE SERVICIO Y ESTÁNDARES TÉCNICOS

En primer término, la ley ratifica en su artículo 19 inciso 2º el principio expresado en su artículo 1º en el sentido de hacer cargo al concesionario la obligación de mantener los niveles de servicios y estándares técnicos comprometidos en el contrato de concesión²⁵⁷.

“La inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación”.

Se consagra así un principio fundamental que guía las modificaciones que puede sufrir el contrato de concesión por obras o servicios adicionales, puesto que las obras necesarias para cumplir con los niveles de servicios comprometidos serán de responsabilidad del concesionario, y no darán origen a un convenio complementario ni a compensaciones económicas. Lo anterior, sin perjuicio de que las bases establezcan expresamente un mecanismo para compartir costos, como puede ser el caso de un riesgo geológico que se pueda acotar, tal como lo señaló el Ejecutivo al pre-

²⁵⁶ En dicho capítulo se introdujo un nuevo artículo, el 20 bis.

²⁵⁷ Artículo 19 inciso 2º de la LCOP, modificada por la Ley N° 20.410.

sentar el proyecto a la discusión del Congreso²⁵⁸.

Si bien la norma citada fue introducida en el artículo 19 por la Ley N° 20.410, el principio que ésta consagra es expresión –a juicio del Ejecutivo– de la obligación de las partes del contrato de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el mismo. Sin embargo, la facultad que entregaba al concesionario el anterior artículo 19, de solicitar la revisión del sistema tarifario por causas sobrevenientes que así lo justificasen, había sido interpretada en algunos casos como fuente de la obligación del Estado de compensar al concesionario por inversiones relativas a los niveles de servicio y estándares técnicos.

10.2. MODIFICACIONES AL CONTRATO A SOLICITUD DEL MOP

El artículo 19 de la ley establece que el MOP puede disponer modificaciones a las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, o por otras razones de interés público debidamente fundadas²⁵⁹.

Se trata de cambios al contrato de concesión por situaciones que no fueron previstas inicialmente, y que requieren la realización de inversiones adicionales por parte del concesionario, generando la obligación del Estado de compensar al concesionario por los costos extraordinarios en que éste incurra por tal motivo.

La reforma a la ley estableció diversos principios y obligaciones que guían al MOP en el caso que recurra a este mecanismo.

²⁵⁸ Segundo Informe Comisión de Obras Públicas del Senado (28 de diciembre de 2007), primer trámite constitucional, p. 22.

²⁵⁹ La antigua ley consideraba como causal para la modificación, solamente las “razones de interés público”.

10.2.1. Monto de la inversión adicional

El monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar, y el plazo dentro del cual puede el MOP solicitarle dicha inversión, deben estar fijados en las respectivas bases de licitación. No obstante, la reforma legal introdujo como límite máximo a dichas inversiones el 15% del presupuesto oficial de la obra, y fijó como plazo el cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión²⁶⁰.

Respecto del límite del 15%, en la discusión de la ley, se aclaró por parte del MOP qué se proponía en términos absolutos porque un cambio en esta materia puede implicar aumentos de riesgos muy significativos. Por otra parte, como veremos, este límite puede ser superado en el caso que MOP y concesionario se encuentren de acuerdo²⁶¹.

10.2.2. Obligación de licitar en la etapa de explotación

Por otra parte, y con el objeto de aumentar la transparencia de los valores fijados, si durante la etapa de explotación el valor de las inversiones requeridas es de importancia, su realización debe ser licitada por el concesionario bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, siendo dicho valor el que deberá ser reembolsado al concesionario, más los gastos de administración respectivos. Así, en caso de que las inversiones superen el 5% del presupuesto oficial de la obra o sean superiores a 100.000 UF, su ejecución debe ser licitada por el concesionario, con la supervisión del MOP, protegiéndose así la transparencia en la fijación de los valores que deberán ser pagados al concesionario. No se consideró

²⁶⁰ La ley vigente permitía anteriormente un porcentaje superior, si así lo señalaban las bases, y prohibía que las inversiones fuesen solicitadas en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión.

²⁶¹ Punto 8.3.

esta obligación de licitar para la etapa de construcción, puesto que resulta impracticable, o de muy elevados costos, que dos empresas distintas se hallen trabajando en una misma obra, como sucedería si quien se adjudica la licitación de las obras o servicios adicionales, es una empresa distinta del concesionario o de aquella seleccionada por éste²⁶².

La ley establece que, tratándose de modificaciones a dicho contrato para incluir obras adicionales cuyo valor sea superior al 5% del presupuesto oficial de la obra, o tenga un costo mayor a 50.000 UF, la modificación debe contar en forma previa con un informe de la respectiva Dirección del MOP, sobre su impacto de la modificación en los niveles de servicio comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, y en el respeto de la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de concesión.

De esta forma se resguarda el cumplimiento de los niveles de servicio que ha comprometido el concesionario a través del contrato de concesión, se garantiza que las prestaciones que entrega la obra no se vean perjudicadas y se vela porque el costo para el Estado diga relación con las modificaciones solicitadas.

Finalmente, el MOP podrá exigir nuevas garantías para la construcción de las obras adicionales.

10.3. MODIFICACIONES ACORDADAS CON EL CONCESIONARIO

Similares principios y mecanismos fijados por la ley para las

²⁶² En el Congreso, el Ejecutivo precisó que en la fase de construcción, no era factible llamar a licitación porque la empresa está en la faena y se produce un problema de interacción de los operadores y de evidente economía de escala. Segundo Informe Comisión de Obras Públicas del Senado (28.12.2007), primer trámite constitucional.

modificaciones del contrato de concesión a solicitud del MOP, se aplican a las modificaciones del contrato de concesión acordadas de común acuerdo entre éste y el concesionario.

Sin embargo, tratándose de la fase de construcción, se fija un límite máximo para la inversión que puede ser pactada de común acuerdo, correspondiente al 25% del presupuesto oficial de la obra. De esta manera la legislación recoge la experiencia nacional e internacional de que aquellos proyectos que requieran un porcentaje mayor de inversión, o bien precisan de un rediseño que no puede ser corregido a través de nuevas inversiones.

Representa, la normativa, un incentivo para todos los actores del sistema, en orden a que se elaboren y liciten mejores proyectos, ya que de lo contrario se presenta la hipótesis de término anticipado del contrato de concesión, contenida en el nuevo artículo 28 ter de la ley, con las correspondientes indemnizaciones al concesionario.

No obstante, para ciertos casos, la ley establece una excepción a este límite, permitiendo que las partes acuerden inversiones superiores, como veremos a continuación.

10.3.1. Excepciones al límite del 25%

Excepcionalmente la ley autoriza al MOP para que acuerde modificaciones al contrato de concesión, durante la etapa de construcción, que involucren inversiones adicionales superiores al 25% del presupuesto oficial de la obra. Para esto deben existir razones de interés público debidamente fundadas y cumplirse las condiciones que se indican a continuación:

- 1) Los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de rediseño o complementación se deben haber producido con posterioridad a la adjudicación de la concesión y no deben haber sido posibles de prever al tiempo de la adjudica-

ción de la concesión.

2) Por razones de experiencia, comportamiento, desempeño, impactos sociales y ambientales, economías de gestión o economías de escala, es más eficiente adjudicar las nuevas obras al concesionario original.

3) Debe haberse acordado específicamente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir las obras objeto de rediseño o complementación.

4) Deben haberse acordado las compensaciones por la ejecución de las obras objeto de rediseño o complementación, las que deben regirse íntegramente por los principios y normas contenidos en la ley.

5) El Panel Técnico debe haberse pronunciado explícitamente y a favor de la modificación, con su recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, sobre la base de la concurrencia de los requisitos señalados en los numerales 1), 2) y 4) de este artículo (artículo 20 bis de la Ley N° 20.410), y de las diferencias que se producirían en caso de aplicar lo dispuesto en el artículo 28 bis. En todo caso, el Panel Técnico podrá realizar recomendaciones de manera previa a su pronunciamiento definitivo.

Adicionalmente, y por la excepcionalidad que se quiso dar a este mecanismo, para que proceda la suscripción del respectivo convenio complementario, se requiere un informe del Consejo de Concesiones sobre la conveniencia de acordar las nuevas inversiones y obras bajo las condiciones antes señaladas.

10.4. HECHO DEL PRÍNCIPE

Además de regular los casos de modificación del contrato de concesión por incorporación de nuevas obras y servicios, la Ley

Nº 20.410 introdujo en su articulado²⁶³ el concepto del acto o “hecho del príncipe”, a través del cual se reconoce al concesionario una compensación económica en presencia de algún acto de autoridad competente que, no tratándose de una norma jurídica de alcance general, y cumpliendo con los requisitos señalados en la ley, altere significativamente el régimen económico del contrato²⁶⁴.

Los requisitos para que opere este derecho del concesionario, son los siguientes:

a) El acto debe haberse producido con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión.

b) El hecho no puede haber sido previsto al tiempo de su adjudicación.

c) El acto no debe constituir una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate.

d) El hecho sobreviniente debe alterar significativamente el régimen económico del contrato.

Durante la discusión de la modificación legal, se destaca la relación de este articulado con la “Teoría de la Imprevisión” y la “compensación de hechos eventuales”. La norma con la reforma descrita permite que los concesionarios sean indemnizados por los riesgos comerciales, situación que significa que los concesionarios tienen la inversión asegurada²⁶⁵.

²⁶³ Específicamente en el artículo 19 inciso 1º de la LCOP.

²⁶⁴ Relacionar con apartado 2.3., 2.4., 2.4.1. y 2.4.2. del Capítulo XIII de esta obra.

²⁶⁵ Segundo Informe Comisión de Obras Públicas del Senado (28.12.2007),

Coherente con esta modificación²⁶⁶, la ley eliminó el inciso 3º del artículo 19, que señalaba:

“Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36 de esta ley”.

10.5. COMPENSACIONES ECONÓMICAS

Para todas las compensaciones económicas que el MOP deba al concesionario en virtud de modificaciones al contrato de concesión, solicitadas por el MOP o acordadas con el concesionario y pactadas a través de convenios complementarios, o derivadas del hecho o acto del príncipe, la Ley N° 20.410 introdujo un criterio común, consistente en que dichas compensaciones deben ser in-

primer trámite constitucional, p. 40. Se expresa en su oportunidad por el Ejecutivo que esta “materia” ha sido objeto de “debates” por la expresión “causa sobreviniente”. Se agrega que con la modificación legal propuesta se pretenden garantizar “los beneficios de la actividad privada, los riesgos, la innovación y limitar al máximo los riesgos políticos y los que emanan del Estado, dejando que las bases de licitación consideren la posibilidad de que el Estado pueda asumir un riesgo comercial, como sucede cuando se establece una garantía de tráfico mínimo o se determine compartir un riesgo geológico”.

²⁶⁶ La unanimidad de los integrantes de la Comisión de Obras Públicas del Senado rechazó la siguiente indicación presentada por el senador Horvath, respecto a la imprevisión y el régimen contractual de la concesión de obra pública.

“En caso de imprecisión el concesionario podrá solicitar mediante presentación firmada las modificaciones al conjunto de concesión que considere necesarios para enfrentar las nuevas circunstancias. El Ministro de Obras Públicas, previo pronunciamiento del Consejo de Concesiones, se pronunciará dentro del plazo de 60 días sobre las modificaciones propuestas mediante resolución fundada, pudiendo hacer una nueva propuesta al concesionario. En caso de que en definitiva no exista acuerdo, el concesionario podrá solicitar que se resuelva la controversia conforme lo establecido por el artículo 36”.

demnizatorias, y no pueden provocar variaciones en la rentabilidad del proyecto adjudicado.

En efecto, según el criterio introducido por la Ley N° 20.410, las compensaciones deben determinarse de manera de no alterar las condiciones económicas del proyecto original, considerando como proyecto adicional el originado en las obras complementarias.

Así, el nuevo texto de la LCOP²⁶⁷ señala al respecto lo siguiente:

a) Las compensaciones económicas deben expresarse en uno o más de los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado; pagos voluntarios efectuados directamente al concesionario por terceros a quienes les interese el desarrollo de la obra; modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión; alteración del plazo de la concesión; modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado.

b) El cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados debe efectuarse de forma tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo. Se entiende por proyecto adicional el derivado directamente de la modificación de las características de las obras y servicios contratados.

c) La tasa de descuento aplicable debe ser calculada sobre la base de la tasa de interés promedio vigente para instrumentos de

²⁶⁷ La Ley N° 20.410, en su artículo 1° N° 7, modificó los artículos 19 y 20 de la LCOP, relacionados directamente con variaciones al proyecto, compensaciones por actos sobrevinientes y obras complementarias, entre otros.

deuda consistentes con el plazo de la inversión, ajustada por el riesgo relevante del proyecto adicional y por el que corresponda a los mecanismos de indemnización que se apliquen.

d) En caso de que exista discrepancia sobre la tasa de descuento aplicable, las partes podrán recurrir tanto al Panel Técnico, como a la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago.

10.6. JURISPRUDENCIA DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

A modo de ilustrar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la LGOP pueden analizarse recomendaciones del Panel Técnico de Concesiones quien obra como órgano dirimente al respecto.

Así, para efectos de solicitar eventuales compensaciones, las Sociedades Concesionarias acuden al Panel, como en el caso de la Discrepancia²⁶⁸ resuelta con fecha 30 de diciembre de 2016, por el Contrato de Concesión “autopista Concepción-Cabrero”, en donde la Sociedad Concesionaria solicita compensación de mayores costos por obras nuevas. Esta concesión, tiene como particularidad que nació de una Iniciativa Privada. Desde que fue declarada de interés público —el 20 de octubre de 2005— y se llamó a la apertura de las ofertas transcurrieron cinco años y dos meses aproximadamente. Luego, la adjudicación ocurrió el 7 de junio de 2011, el inicio de la concesión fue el 3 de septiembre de 2011 y su construcción inició el 22 de junio de 2012²⁶⁹.

En este caso, posterior al inicio de la concesión se entregan nuevos antecedentes relacionados a especificaciones técnicas, los

²⁶⁸ Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia N° D-10-2016-2, “Sociedad Concesionaria Valles del Bío Bío S.A./Ministerio de Obras Públicas”, de 30 de diciembre de 2016.

²⁶⁹ Discrepancia N° D-10-2016-2, punto 10.1, p. 45.

que llevan a la Sociedad Concesionaria (SC) a incorporar nuevos estándares y obras adicionales, que no se contemplaron en los Estudios Referenciales, ni en la Oferta Técnica presentada por la SC, ni dentro de las obligaciones del contrato de concesión. El Panel, ante esta situación, considera las modificaciones como parte del Proyecto de Ingeniería de Detalle, que deben ejecutarse conforme a las BALI o como nuevas inversiones exigidas por el Estado, lo que abre camino a considerar los supuestos del artículo 19 de la LCOP para que proceda la compensación económica.

El Panel se inclinó por la opción de analizar si se cumplen los requisitos copulativos para que proceda la compensación conforme a la ley. Esto bajo ciertos puntos sometidos al análisis:

a) En primer lugar, se hace mención de la Ley N° 20.422 de Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, la que tiene relación con este tipo de proyectos²⁷⁰. Esta disposición a juicio del Panel fue incorporada a la normativa aplicable con posterioridad al inicio de la concesión –en este caso el Manual de Carreteras señalado en las BALI. Con estos antecedentes se elevaron los estándares del proyecto posterior a la adjudicación del contrato, ordenando ciertas exigencias adicionales que cumplen con los supuestos que otorgarían una compensación a la SC.

b) En segundo lugar, se refiere a exigencia de la adecuación de

²⁷⁰ Para este caso, resulta relevante lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 28 que establece que *“Todo edificio de uso público y todo aquel que, sin importar su carga de ocupación, preste un servicio a la comunidad, así como toda nueva edificación colectiva, deberán ser accesibles y utilizables en forma autovalente y sin dificultad por personas con discapacidad, especialmente por aquellas con movilidad reducida. Asimismo, estarán sometidas a esta exigencia las obras que el Estado o los particulares ejecuten en el espacio público al interior de los límites urbanos, y los accesos a los medios de transporte público de pasajeros y a los bienes nacionales de uso público”*. En este caso se habla sobre pasarelas peatonales por lo que se integra dicha disposición de la forma que señala el Panel en su análisis.

puentes sobre cauces naturales de manera de cumplir con la norma en una versión excesivamente conservadora. En este punto el Panel se remite a fórmulas de cálculo que adopten los criterios dispuestos en las BALI, ya que la discrepancia tiene características técnicas que definen la procedencia de la compensación. Ahora, el Panel de Concesiones concluye que el uso de una fórmula menos conservadora que las exigencias de la Dirección de Obras Hidráulicas –autoridad que interviene en este punto– generó una diferencia de costos que debió haberse previsto al momento de preparar la Oferta, por lo que en esta petición no se configuró el supuesto del artículo 19 de la LCOP.

c) En tercer lugar, se discute la compensación por cambio en la normativa asociada a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, EFE. Dentro de las BALI se establece que “la estructura paso superior FFCC del Sector A”²⁷¹ debe cumplir con las normas vigentes y contar con la aprobación de EFE. En este caso, el Panel estimó que el estándar técnico obligado para el concesionario en virtud de las BALI es el considerado en los estudios de su Oferta Técnica, de manera que el requisito de aprobación por EFE significa en definitiva la ejecución de un estándar superior al tenido en cuenta por la SC en su Oferta Técnica. Lo similar en cuanto el cumplimiento de la normativa vigente que condiciona igualmente la aprobación. En este punto, el Manual de Diseño de EFE, requisito para contar con la aprobación de la empresa, fue emitido con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión, por lo que no le corresponde a la concesionaria asumir los costos adicionales de estas exigencias.

Conviene apuntar aquí otro caso sometido a conocimiento del Panel de Concesiones, respecto de la Discrepancia de fecha 26 de marzo de 2018²⁷², por el Contrato de Concesión para la ejecución,

²⁷¹ Discrepancia N° D-10-2016-2, punto 10.2.6.1, p. 69.

²⁷² Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia N° D-09-2017-16, “Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A./Ministerio de Obras Públicas”, de 26 de marzo

reparación, conservación y explotación de la Obra Pública Fiscal “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago”, que revisa la existencia de Obras Adicionales por Construcción de una Bodega. El Panel realiza un esquema de análisis conforme al caso que se resume en ciertos puntos que ilustran criterios generales para determinar eventuales compensaciones²⁷³:

- Alcance de las obligaciones de prestación de servicio de acuerdo con las BALI.

- Regulación de las Obras Adicionales en las BALI.

- Determinar el carácter de obra adicional y eventual compensación.

- Modalidad de Compensación.

Posteriormente, el Panel también analizó si la obligación de prestar servicios generaba, indirectamente, por la vía del cumplimiento de los estándares establecidos para la prestación de estos servicios, la obligación de construcciones adicionales, desestimando que este fuera el caso, pero que ilustra de igual forma que las obligaciones indirectas serán también parte del análisis.

Finalmente, dentro de la recomendación final²⁷⁴, el Panel propone mecanismos de pago para preservar lo establecido en las BALI, de modo de facilitar el cumplimiento de la recomendación, lo que también constituye una facultad del Panel a la hora de resolver controversias.

de 2018.

²⁷³ Discrepancia N° D-09-2017-16, punto 9, p. 35.

²⁷⁴ Discrepancia N° D-09-2017-16, punto 11, p. 42.

CAPÍTULO XI

DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS

Dentro de los objetivos de la Ley N° 20.410, estuvieron los de resguardar los derechos de los usuarios de las obras públicas concesionadas, así como de los contratistas y subcontratistas. Al respecto, el Mensaje presidencial, con el que se inició la tramitación de la ley destacó que “tanto los usuarios de las obras públicas como la ciudadanía en general, exigen una adecuada calidad del servicio que reciben, razón por la cual es indispensable contar con una institucionalidad que facilite o canalice dicha demanda y les asegure su exigibilidad y, por consiguiente, la calidad del servicio de la obra pública”.

De esta manera, se revela el hecho que, a través de la concesión de obras públicas, el Estado busca proveer a la comunidad un servicio, satisfaciendo de esa manera una necesidad pública. Por lo tanto, el Estado, en sus relaciones con el concesionario, busca primariamente que ese servicio se preste, justificando de esta manera ante la comunidad la decisión de concesionar la obra.

Esta visión estuvo presente desde la redacción del proyecto que desembocó en la Ley N° 20.410, puesto que el Ejecutivo presentó, meses después, un proyecto que creaba la Superintendencia de Obras Públicas, organismo público autónomo que tenía como objetivo velar por los niveles de servicio de las obras públicas durante su fase de explotación, y fiscalizar el respeto de los derechos

de los usuarios de dichas obras.

En este contexto, la ley antes citada introduce diversos conceptos en la ley, que están estrechamente relacionados con la visión antes señalada.

11.1. DERECHOS DE LOS USUARIOS

La ley entrega a los usuarios de las obras públicas concesionadas, distintos derechos que éstos pueden hacer efectivos.

11.1.1. Derecho de acceso al servicio

El derecho a ser admitido como usuario de un servicio público es consecuencia del principio de igualdad ante la ley contenido en nuestra Constitución. De ahí que es posible establecer requisitos generales o especiales de admisión, de carácter subjetivo u objetivo, a condición de que ellos no sean discriminatorios en función de la reglamentación de la actividad o servicio que se esté prestando²⁷⁵.

Sin embargo, este derecho de acceso no obsta a que el mismo se encuentre condicionado además por el cumplimiento de obligaciones por parte del usuario, como lo es, por ejemplo, el pago de una tarifa o peaje. Debemos recordar que tanto la regulación de las obligaciones del concesionario, como las de los usuarios, se encuentran dentro del ámbito de las relaciones normadas por el derecho público.

11.1.2. Derecho al funcionamiento del servicio

Consiste en el derecho a las prestaciones y al funcionamiento del servicio en un plano de igualdad y condiciones de continuidad.

²⁷⁵ RUFIÁN (2018), p. 14. Artículo 19 N° 14 CPR.

Las prestaciones a las que tenga derecho el usuario serán establecidas en el contrato, tanto en lo que se refiere al servicio esencial como a los servicios asociados.

Se plantea al respecto la cuestión de los recursos de que dispondría el usuario en el caso que existiese incumplimiento por parte del concesionario de la obligación de mantener en funcionamiento la obra pública.

a) El usuario tiene una acción directa en caso de incumplimiento del concesionario, para obtener la reparación de todos los perjuicios sufridos por causa de una acción culposa o dolosa. Cabe hacer presente a este respecto, que, si bien se ha señalado que esta acción debe interponerse ante el Juez Civil competente, y tramitarse según el procedimiento aplicable ante éste, es posible además considerar la aplicabilidad del procedimiento de la Ley Nº 19.496, de Protección al Consumidor, cuya acción se tramita ante el Juzgado de Policía Local respectivo. Asimismo, el usuario puede recurrir al MOP, o al servicio público que tiene la supervigilancia del servicio, a fin de que éste aplique las sanciones establecidas en el contrato de concesión, y disponga que se continúe prestando el servicio que ha sido interrumpido. Esto en virtud del derecho de petición consagrado en nuestra Constitución Política, y del deber del respectivo servicio público de velar por el adecuado cumplimiento de las obligaciones del concesionario.

Respecto de la continuidad en la operación del servicio, la reforma legal introdujo modificaciones con la finalidad de garantizarla.

11.1.2.1. Transferencias al acreedor prendario

La ley prevé que en el caso de transferencias a un acreedor prendario con motivo de la ejecución de obligaciones garantizadas con la prenda especial del artículo 43 de la ley, el MOP debe siempre acceder a ella. Sin embargo, si el acreedor prendario no

cumple las exigencias y requisitos establecidos en las bases para el concesionario original, deberá designar un operador calificado, en los términos y plazos que se señalen en las bases de licitación²⁷⁶. Lo anterior a fin de garantizar la continuidad del servicio.

11.1.2.2. Abandono de la obra o interrupción injustificada del servicio

La ley permitía que en caso de que el concesionario abandonase la obra o interrumpiese injustificadamente el servicio, y se designe por ello un interventor, pudiese reasumir sus funciones dentro del plazo de 90 días desde la designación del interventor.

La reforma legal, introducida por la Ley N° 20.410, termina con esta posibilidad, ya que con la designación del interventor se entenderá que existe incumplimiento grave de la concesión y, por ende, se procederá al término del respectivo contrato²⁷⁷. De esta manera se entrega suficiente protección a los usuarios y se garantiza la continuidad en la prestación de los servicios.

11.1.3. Obligación de mantener los niveles de servicio

La ley dispone²⁷⁸ que las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión. Según se señaló, los niveles de servicio son el conjunto de funcionalidades y prestaciones que una obra pública debe proveer durante su fase de explotación, de con-

²⁷⁶ Artículo 21 inciso final LCOP.

²⁷⁷ Artículo 37 inciso final LCOP.

²⁷⁸ Según se ha señalado en el Capítulo VII, las obligaciones del concesionario.

formidad a lo establecido en el contrato de concesión. De esta manera, se hace de cargo del concesionario, la adopción de todas las medidas necesarias para el funcionamiento del servicio en los términos comprometidos, con independencia de los estándares técnicos y diseño que hubiese definido el MOP para la respectiva concesión.

Este cambio de mirada en la forma de gestionar una obra pública representa una novedad en la ley. Tradicionalmente, la calidad del servicio prestado al usuario por la obra pública durante su explotación se entendía asegurada al garantizar la calidad de su construcción. No obstante, la experiencia acumulada en Chile y en el extranjero evidencia que, si bien los estándares técnicos de la obra constituyen un factor crucial respecto de su calidad, éstos no son suficientes para garantizarla. Por tanto, simultáneamente con asegurar la calidad de la construcción, es necesario profundizar en las exigencias sobre niveles de servicio, pues ambos elementos determinan finalmente la calidad de servicio que prestan las obras públicas.

Esta obligación ha sido confirmada por la Corte Suprema en diversos fallos, entre ellos aquel dictado el 26 de marzo de 2018²⁷⁹, que señala directamente a la concesionaria como la responsable de todo daño, “a menos que sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de haber suscrito el contrato”²⁸⁰. Asimismo, califica esta responsabilidad de extracontractual por las particularidades del caso que llevaron a concluir a la Corte que “la demandada no fue capaz de garantizar un tránsito expedito por la vía concesionada, produciéndose el ingreso del animal porcino a la vía de circulación, siendo ésta la causa principal del accidente y fuente del daño que experimentaron los

²⁷⁹ Corte Suprema, “Alex Llanquimán Cisterna con Ruta de Los Ríos Sociedad Concesionaria S.A. y otro”, sentencia rol N° 18287-2017, de 26 de marzo de 2018.

²⁸⁰ Considerando 16°, sentencia rol N° 18287-2017.

actores”²⁸¹. Adicionalmente y a pesar de que en este caso se configuraron los supuestos respecto de la responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales, la Corte concluye que la responsabilidad también emana de las normas aplicables, las BALI y el Reglamento del Servicio de la Obra del MOP, puesto que se le imponen exigencias de alto nivel a fin de asegurar la calidad del servicio, elevando con esto el deber de cuidado que debe ejercer la concesionaria en estos casos.

Siguiendo la misma línea, resulta relevante el fallo del 1 de junio de 2016²⁸² que versa sobre el caso de Andrea Urrejola Montenegro, quien falleció el 9 de marzo de 2012, producto de un accidente provocado por una pedrada lanzada al viaducto por el cual circulaba²⁸³ y cuya repercusión llevó a la dictación en 2014 de la Ley N° 20.753, sobre normas de seguridad mínimas de las pasarelas peatonales y los pasos desnivelados o puentes. La Corte estimó en este caso que el estándar de cuidado para configurar la responsabilidad extracontractual viene dado por el artículo 23 de la LCOP²⁸⁴ y el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Conce-

²⁸¹ Considerando 16°, sentencia rol N° 18287-2017.

²⁸² Corte Suprema, “Urrejola González, Eduardo José y otros con Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.”, sentencia rol N° 10649-2015, de 1 de junio de 2016.

²⁸³ “Corte Suprema condena a autopista a indemnizar a familia de fallecida en accidente provocado por pedrada” disponible en <https://aldiachile.microjuris.com/2016/06/03/corte-suprema-condena-a-autopista-a-indemnizar-a-familia-de-fallecida-en-accidente-provocado-por-pedrada/> (revisado el 5 de abril de 2019).

²⁸⁴ “Artículo 23°.- El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente:

1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y

2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a:

a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usua-

siones²⁸⁵ y que la jurisprudencia nacional considera que el concesionario “tiene el deber de otorgar seguridad a todos los usuarios que se sirvan del servicio ofrecido y, en ese contexto, responder por los daños causados”²⁸⁶. Igualmente, no admite como excusa que haya mediado falta de exigencia expresa por parte del MOP, argumento que esgrimía el concesionario para eximirse de responsabilidad. Por lo que, respecto a casos de responsabilidad extracontractual, existe un criterio establecido al momento de determinar el estándar de servicio bajo el cual debe operar el concesionario, más allá de las modificaciones legales posteriores que se han hecho.

rios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y

b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo 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 el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión”.

²⁸⁵ “Artículo 62º.- Daños a terceros.

1.- La sociedad concesionaria deberá adoptar, durante la concesión, todas las medidas para evitar daños a terceros y al personal que trabaja en la obra. Igualmente deberá tomar todas las precauciones para evitar daños a la propiedad de terceros y al medio ambiente durante la concesión de la obra.

2.- La sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros, al personal de la obra, a la propiedad de terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial”.

²⁸⁶ Considerando 3º, sentencia rol N° 10649-2015.

11.1.4. Derecho de información

El deber del concesionario señalado en el Reglamento²⁸⁷ de entregar información a los usuarios, supeditado a lo que dispongan las bases de licitación, fue complementado por la reforma a la ley, que entregó al MOP la posibilidad de requerir del concesionario la entrega de la información relativa a los sistemas de atención a usuarios. La ley delega en el Reglamento la fijación de las multas para la negativa o demora injustificada en la entrega de los antecedentes requeridos y la entrega de información manifiestamente inexacta o no fidedigna.

11.1.5. Derecho de presentar reclamaciones

El reglamento de la ley ordena que se dispongan procedimientos para atender consultas o reclamos de los que serán las bases de licitación las que señalen los usuarios, instancias de recepción de las consultas o reclamos, su forma y plazo de presentación, la forma, plazo y modo de respuesta de la concesionaria y las sanciones en caso de incumplimiento. Las sanciones podrán corresponder a pagos o compensaciones a favor de los afectados.

11.2. SANCIONES VINCULADAS CON EL NO PAGO DE PEAJES Y TARIFAS

Particular mención requiere la regulación del cobro de peajes y tarifas contenido en la Ley N° 20.410, relativo al derecho a cobro judicial por parte del concesionario, siendo competente para conocer de la respectiva reclamación el Juez de Policía Local, quien conocerá del asunto según el procedimiento establecido en la Ley N° 18.287.

Esta normativa, contenida fundamentalmente en el artículo 42

²⁸⁷ Artículo 98 del Reglamento de la LCOP.

de la ley, establece en la ley original (DS N° 900) que el juez, al ordenar el pago de las sumas adeudadas, debía imponer al condenado una indemnización compensatoria de un valor equivalente a cuarenta veces el pago incumplido, más el reajuste y las costas procesales y personales.

Esta indemnización se encontraba establecida a favor del concesionario, y había sido objeto de numerosas críticas, por la elevada proporción establecida para calcularla. La indemnización compensatoria señalada era inédita en nuestro sistema jurídico, y tenía por objeto dar sustento al sistema electrónico de cobros de peajes²⁸⁸, y reducir el riesgo del concesionario por el no pago del mismo. Sin embargo, su elevado monto, sumado al recargo que sufrían los Jueces de Policía Local con competencia en el territorio en el cual se encontraban las vías concesionadas con sistema electrónico de cobro, provocaron que la tasa de tramitación de los juicios de cobro en los respectivos juzgados fuese muy baja²⁸⁹.

Con el fin de equilibrar los intereses del concesionario y de los usuarios, la Ley N° 20.410 introdujo modificaciones al sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas, a objeto de fortalecer el funcionamiento práctico de este sistema por medio del establecimiento de procedimientos eficaces y sanciones

²⁸⁸ Televía o TAG es el nombre que el Ministerio de Obras Públicas (MOP) otorgó al dispositivo que permite el funcionamiento del sistema de autopistas urbanas de Santiago a través de la tecnología *free flow* o peaje en movimiento. El TAG contiene toda la información necesaria para identificar al dueño de un automóvil y su vehículo, permitiendo realizar la transacción del peaje en forma electrónica mediante una comunicación directa entre el dispositivo TAG y los pódicos de telepeaje de cada autopista. Esta tecnología permite que se pueda viajar más rápido, sin necesidad de detenerse a pagar cada peaje, con un servicio más cómodo y moderno para los usuarios.

²⁸⁹ En las sesiones de Comisión en primer y segundo trámite constitucional de formación de la Ley N° 20.410 se tuvo en consideración las presentaciones de la Asociación de Juzgados de Policía Local.

proporcionales a los hechos infraccionales. De esta manera, se introdujeron mejoras al sistema, manteniendo el espíritu original de la ley en orden a asegurar la sustentabilidad y consistencia del sistema de obras públicas concesionadas, desincentivando el no pago de las tarifas.

En el caso de usuarios morosos del sistema, se reemplazó la indemnización compensatoria a favor de la concesionaria, por una multa gradual, de acuerdo con la cantidad de documentos de crédito impagos acumulados. Dicha multa ascenderá a cinco veces el monto de lo condenado, en caso de la primera deuda, y a quince veces, tratándose de una reincidencia. Para los efectos de la reincidencia, se consideran solamente las sentencias ejecutoriadas de condena dictadas en el período de dos años anteriores a la fecha de inicio del respectivo proceso. La multa se distribuirá en un cincuenta por ciento al Fondo Común Municipal, y el cincuenta por ciento restantes a beneficio de la Municipalidad donde tenga asiento el Juzgado de Policía Local que aplicó la infracción, como incentivo para llevar adelante los procedimientos de cobro.

Adicionalmente, la modificación estableció que el deudor puede poner término al procedimiento de cobro, mediante el pago de lo efectivamente adeudado más intereses y costas. Dicho pago puede realizarse hasta antes que los autos queden para fallo.

Tratándose de los usuarios infractores, y advirtiéndose que los Juzgados de Policía Local que conocen de las infracciones al sistema de cobro se encuentran recargados por la gran cantidad de casos denunciados, se entregó para ello competencia al juez de policía local del territorio del domicilio del usuario; para estos efectos, se considera usuario a la persona a cuyo nombre esté inscrito. El cobro se podrá entablar tanto en el domicilio del usuario anotado en el Registro de Vehículos Motorizados, como aquel que haya registrado en el contrato de utilización del sistema electróni-

co de cobro²⁹⁰.

11.3. DERECHOS DE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS

La ley, como hemos visto previamente, establece que en lo que se refiere a los derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado. Sin perjuicio de lo anterior, problemas prácticos surgidos entre los concesionarios, contratistas y subcontratistas, plantearon la necesidad de regular sus relaciones, de manera que las dificultades surgidas entre las partes no afectarán el normal desarrollo y construcción de las obras concesionadas. En efecto, en la discusión de la Ley N° 20.410 se argumentó que en la concesión de las cárceles se presentaron diversas dificultades entre concesionarios, contratistas y subcontratistas.

Por lo anterior, se resolvió establecer en la ley algunas obligaciones que buscaban perfeccionar las normas relativas a las relaciones entre los concesionarios y sus contratistas, y entre éstos y sus subcontratistas²⁹¹.

11.3.1. *Obligación de informar*

La Ley N° 20.410 dispone que los concesionarios deben, mensualmente, presentar al Ministerio de Obras Públicas información sobre los pagos realizados a los contratistas. La misma obligación

²⁹⁰ Sobre antecedentes y propuestas de estas modificaciones, véanse Moción N° 4.840-09, de la senadora Soledad Alvear; Moción N° 4.838-09, de senadores Eduardo Frei y Jaime Naranjo; Moción N° 4.826-07, de senadores José Antonio Gómez y Antonio Horvath y primer informe Comisión de Obras Públicas del Senado. Véanse antecedentes y argumentaciones H. Cámara de Diputados. 1° y 2° informes y Sesiones Sala, pp. 714 y ss. Historia de la Ley N° 20.410, Biblioteca del Congreso Nacional, 2010.

²⁹¹ Véase análisis en capítulo IX de esta obra.

pesa sobre los contratistas respecto a los subcontratistas²⁹². Esta información deberá ser publicada en el sitio electrónico del Ministerio de Obras Públicas, y actualizada mensualmente.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad del MOP de pedir al concesionario, bajo apercibimiento de multa, la entrega de la información de los subcontratos que haya celebrado para la ejecución de la obra²⁹³.

11.3.2. Obligación de formalizar

La ley prevé que tanto los contratistas como sus subcontratistas deben formalizar sus respectivos contratos para iniciar obras²⁹⁴. De esta forma se garantiza que las relaciones entre los mismos sean reguladas a través de un documento escrito, que permita posteriormente verificar las condiciones de contratación, y resolver los conflictos que se presenten entre las partes.

Dichos contratos deberán ser registrados por el concesionario en el MOP, entregando para ello una copia de estos, permitiendo así que esta información se encuentre disponible para el caso que surjan conflictos.

11.4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL USUARIO Y EL CONCESIONARIO

En este punto de análisis, es esencial determinar si la relación entre el usuario y el concesionario se basa en el régimen jurídico público o privado a fin de aplicar la regulación que corresponda a

²⁹² Artículo 21 de la LCOP.

²⁹³ Artículo 30 bis inciso 1º de la LCOP.

²⁹⁴ Artículo 22 de la LCOP.

las consecuencias que deriven de la interacción de ambos²⁹⁵.

Quienes se inclinan por la relación de naturaleza privada se fundamentan en que los actos del concesionario se encuentran desprovistos de autoridad, por lo que no se encontrarían sujetos al régimen público del Derecho Administrativo. Por el contrario, aquellos que lo consideran parte del régimen público estiman que esa área del Derecho rige la actividad de servicios públicos y que la relación entre concesionario y usuario no deriva de un contrato sino de una regulación jurídica previa.

Una tercera postura, posee una visión ecléctica o relativista de la relación, que se asemeja a la relación entre el concesionario y la Administración, la que puede considerarse mixta, en el que encontramos regulación sujeta al régimen público y aquellos ámbitos que “pueden y deben resolverse, si desde su naturaleza no se deduce lo contrario, mediante la aplicación de criterios contractualistas”²⁹⁶, es decir aplicando el régimen privado, creando una aplicación combinada de ambos.

De esta manera, el Orden Público Económico vinculado al sistema concesional debe distinguir según la materia del caso en particular para precisar la naturaleza jurídica de la relación.

Habrà que tener a la vista que los Derechos y Obligaciones propios del servicio que se otorga, en cuanto de interés público, asume los parámetros de la hermenéutica propia del Derecho Público.

Por otra parte, podrán identificarse relaciones de naturaleza contractual regida por el Derecho Privado, en aspectos contractuales entre el concesionario y el usuario.

²⁹⁵ Para más detalle, RUFÍAN (2018), pp. 155 y ss.

²⁹⁶ RUFÍAN (2018), p. 156.

CAPÍTULO XII

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En su Capítulo X, Indemnizaciones, la ley regula el mecanismo de resolución de controversias entre el MOP y el concesionario, estatuto que experimenta importantes transformaciones luego de la modificación incorporada por la Ley N° 20.410.

La modificación legal buscó perfeccionar el sistema de resoluciones jurisdiccionales en materia concesional²⁹⁷.

Destaca la creación por parte de la Ley N° 20.410 de un órgano consultivo de carácter técnico y permanente, denominado “Panel Técnico”, encargado de pronunciarse sobre aspectos técnicos y económicos. Por otra, se institucionaliza una Comisión Arbitral con facultades jurisdiccionales, cuyos miembros deberán pertenecer a dos nóminas estables de profesionales, cuyo nombramiento se hará por sorteo en caso de no existir acuerdo entre las partes. Si bien se mantiene el régimen de ausencia de recursos ordinarios y extraordinarios en contra de la sentencia que dicte la Comisión, se modifica la forma en que ésta debe fallar, estableciéndose que apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

²⁹⁷ En “informe de auditoría de programas horizontal de fiscalización de Obras Públicas Concesionadas a nivel nacional”, 17 de febrero de 2000, CGR. Como hemos visto, la Contraloría General de la República efectuó observaciones al procedimiento de conciliación.

Veremos a continuación en detalle el fundamento de estas entidades de conformidad con la Ley N° 20.410.

12.1. PANEL TÉCNICO

El artículo 36 de la ley crea el Panel Técnico, una nueva entidad que interviene en la resolución de conflictos entre el MOP y el concesionario. Se trata de un órgano consultor permanente, desprovisto de facultades jurisdiccionales, llamado a resolver las discrepancias de carácter técnico o económico que las partes estimen conveniente someter a su conocimiento durante la ejecución del contrato de concesión.

Se estimó en la tramitación de la Ley N° 20.410 que la creación de un Panel Técnico con jurisdicción significaría instaurar un nuevo sistema arbitral de carácter permanente, lo que no se justificaba atendido el número de conflictos existentes en el mecanismo concesional. No obstante, la obligación de las partes de someter al Panel Técnico los aspectos técnicos o económicos de una controversia, para poder recurrir luego a la Comisión Arbitral, le reconoce una indudable relevancia en el mecanismo general de resolución de controversias, constituyendo un elemento sustentador de conciliaciones en el sistema concesional.

12.1.1. Integración

El Panel se integra por cinco profesionales, dos de ellos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Sus integrantes se encuentran afectos a diversas inhabilidades, para ingresar y hasta un año después de haber terminado su período, con el objeto de asegurar su independencia frente a las partes que someterán sus discrepancias al Panel.

La designación de los miembros del Panel Técnico es efectuada

por el Consejo de Alta Dirección Pública, creado por la Ley N° 19.882, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas y transparentes. Para su nombramiento se requiere el acuerdo de al menos cuatro quintos de los integrantes del Consejo de Alta Dirección Pública. Este mecanismo elegido y el quórum exigido al interior del Consejo buscan reforzar el carácter técnico e independiente de este organismo, fundamental para otorgar a sus recomendaciones la autoridad necesaria para resolver los conflictos entre las partes, o servir de insumo para las decisiones de la Comisión Arbitral y la Corte de Apelaciones. Este carácter es fortalecido por el hecho que los integrantes del Panel Técnico permanecen 6 años en sus cargos, no pudiendo ser designados para períodos sucesivos.

Los gastos de funcionamiento del Panel Técnico, salvo los honorarios de sus integrantes, son pagados por el MOP. Los honorarios, en cambio, son distribuidos por mitades, entre el MOP y los concesionarios a los cuales obliga la modificación de ley, según la prorrata definida en el reglamento.

12.1.2. Competencia

Según dispone la ley, pueden someterse a la consideración del Panel Técnico las discrepancias que se produzcan en relación con:

1) La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión, debe recordarse a este respecto que las controversias a que dé lugar el término del contrato de concesión por incumplimiento grave o por el artículo 28 ter, pueden ser sometidas al conocimiento del Panel Técnico.

2) La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal

desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.

3) La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter de la ley, esto es, los límites sobre los cuales las inversiones adicionales que debe realizar el concesionario requieran licitación, o el límite a las inversiones adicionales que se precisan para adecuar las obras de la concesión.

4) La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales, esto debe vincularse con el principio expresado en los artículos 19 y 20 de la ley, en orden a que el valor presente neto de los proyectos adicionales que provengan de la modificación de las características de las obras y los servicios contratados debe ser igual a cero.

5) La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.

Cualquiera de las partes del contrato puede solicitar un pronunciamiento del Panel Técnico respecto de las materias señaladas, pero debe tenerse presente que, posteriormente, las partes no pueden someter una controversia a la Comisión Arbitral si no se ha solicitado previamente dicho parecer.

Además de las materias señaladas, el Panel puede conocer de otras discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato; para estos efectos la ley señala que las partes deben encontrarse de común acuerdo para someter esta

discrepancia al conocimiento del Panel.

12.1.3. Funcionamiento

El Panel debe sesionar y adoptar decisiones con un quórum mínimo de tres integrantes, donde a lo menos dos de ellos no deberán ser abogados si se trata de discrepancias generadas durante el periodo de construcción, por el carácter técnico requerido para su pronunciamiento.

El Panel Técnico debe designar un presidente quien durará 3 años en el cargo, cuyo voto decidirá cuando exista empate. Asimismo, deberá dictar las normas que regulen su propio funcionamiento, las que deberán respetar el plazo fijado por la ley para pronunciarse sobre la discrepancia, que es de 30 días corridos desde la presentación de esta. Este límite concuerda con el principio de pronta resolución de las controversias que surjan entre las partes del contrato de concesión y el requerimiento de que exista certeza en las relaciones entre ambas, considerando las necesidades públicas que pueden encontrarse involucradas.

La recomendación que emite el Panel –dado que no ejerce jurisdicción– no es vinculante para las partes. Podrá ser acogida por éstas, caso en el cual se pondrá término al conflicto. Para emitir este pronunciamiento, el Panel requiere un quórum de mayoría simple de los miembros presentes.

Sin embargo, la existencia de un pronunciamiento por parte del Panel no obstante derecho de las partes a recurrir a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis o a la Corte de Apelaciones de Santiago. En este caso, la ley dispone que la recomendación del Panel Técnico podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia; esta disposición entrega el valor de informe de perito a la recomendación del Panel, lo que resulta coherente con la naturaleza y la especialidad de dicho órgano.

12.1.4. Criterios de resolución de discrepancias

Respecto del criterio y la forma en que resuelve el panel, se observan algunas de las discrepancias sometidas a su conocimiento con el fin de vislumbrar el criterio de dicho órgano para emitir sus recomendaciones.

La primera de ellas es la discrepancia del 30 de julio de 2018²⁹⁸, en donde se discuten múltiples aspectos del proyecto en cuestión, uno es el alcance de las condiciones establecidas en el contrato, a fin de determinar compensación por costos adicionales y la existencia de eventuales atrasos por parte del MOP en las entregas correspondientes. Respecto a las condiciones contractuales, el panel se remite a los Antecedentes Referenciales, que a su juicio contienen los estándares técnicos mínimos del proyecto y que obligan a la Concesionaria a ejecutar sus obras conforme a dichos parámetros, asumiendo los mayores costos que puedan derivarse sin que corresponda compensación, lo que tiene armonía con lo dispuesto en el artículo 22 N° 2 de la LCOP. En este punto, el Panel señala que el Contrato de Concesión está regulado por normas de Derecho Público, entonces tanto su cumplimiento como formalidades deben sujetarse estrictamente a lo estipulado en él. Consecuentemente se señala que la entrega de un documento con fecha posterior, no invalida lo señalado en un documento previo de no mediar instrucción expresa de aquello debido a la sujeción al Derecho Público mencionada.

Finalmente, dentro de la recomendación, se señala que, si se desea modificar el Contrato de Concesión para incorporar los cambios propuestos por el Inspector Fiscal, es necesario cumplir con las formalidades previstas en la Ley de Concesiones, y que se incluirán compensaciones económicas y reprogramación de los

²⁹⁸ Panel Técnico de Concesiones, “S. C. Vespucio Oriente S.A./Ministerio de Obras Públicas”, Discrepancia N° D-03-2018-10, de 30 de julio de 2018.

plazos de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 19 ó 20 de la LCOP y las normas de las BALI que lo reproducen²⁹⁹.

Continúa el Panel determinando que mientras no se formalice la modificación, el concesionario no está obligado a acatar la instrucción de la inspección fiscal, ya que ello importaría vulnerar las normas de Derecho público.

En segundo lugar, se analiza la discrepancia del 16 de diciembre de 2016³⁰⁰ por el contrato “Alternativas de Acceso a Iquique”, que solicita compensación de costos adicionales por cambio normativo, en este caso el Plan Regulador de Iquique.

En este punto, de acuerdo con las BALI, la concesionaria se obligaba a incorporar los instrumentos territoriales vigentes al momento del desarrollo del proyecto, señalando explícitamente que la Sociedad Concesionaria está obligada a cumplir con “todas aquellas normas que se dicten durante su vigencia”³⁰¹ contemplando además los instrumentos de planificación territorial vigentes.

En este caso, la modificación al Plan Regulador de Iquique se encontraba publicada antes de que fuera entregado el Plan de Ingeniería de Detalle, el cual en opinión del Panel cobra relevancia al momento de evaluar retrasos y modificaciones a la normativa vigente. En este sentido, la concesionaria solicitó compensación por costos indirectos por la aplicación tardía al Plan Regulador, lo que es rechazado por no incorporar oportunamente la modificación señalada.

²⁹⁹ Discrepancia N° D-03-2018-10, punto 11, recomendación, N° 10.

³⁰⁰ Panel Técnico de Concesiones, “Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A./Ministerio de Obras Públicas”, Discrepancia N° D-07-2016-3, de 16 de diciembre de 2016.

³⁰¹ Discrepancia N° D-07-2016-3. punto 10.1, normativa aplicable en el desarrollo del Proyecto de Ingeniería de Detalle PID.

Ahora esto no significó, a juicio del Panel que debía descartarse la compensación conforme al artículo 19 inciso 1° de la LCOP, por lo que se revisan dichos supuestos, atendido a que el Plan Regulador de Iquique es un acto que proviene de una autoridad con potestad pública. Sin embargo, otra condición a considerar es aquella que indica que “no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación”, en donde se observa si la Concesionaria hubiese podido estimar como probable al tiempo de adjudicación del contrato aquella modificación reglamentaria. Esto con la finalidad de que dicha probabilidad razonable pudiera incorporarse al valor de la oferta en el proceso de licitación, atendiendo al avance del proyecto modificadorio. Para esto, el Panel analizó la previsibilidad y se basó en determinados instrumentos estadísticos dentro de su análisis resolutorio. Finalmente, en este caso en opinión del Panel existía una probabilidad relativamente alta de que la nueva norma estuviera vigente al realizar los proyectos de ingeniería, por lo que descartó la concurrencia de este requisito legal para la procedencia de la compensación. Asimismo, estimó de acuerdo con los cálculos presentados, que no se alteraba significativamente el equilibrio económico del contrato. En consecuencia, no se cumplieron los requisitos copulativos del artículo 19 inciso 1° LCOP para que proceda una compensación por cambio normativo, siendo rechazada dicha petición.

Por último, en la Recomendación de fecha 12 de octubre de 2018 del Panel de Concesiones³⁰² sobre el contrato “Relicitación Concesión Túnel El Melón” destaca que el objeto de la discrepancia versa sobre determinar si las obras requeridas para evitar la intervención de las especies vegetales legalmente protegidas corresponden a un ajuste o a una modificación del Contrato de Concesión, a fin de que procedan eventuales compensaciones.

³⁰² Panel de Concesiones, “S. C. Túnel el Melón II S.A./Ministerio de Obras Públicas”, de 12 de octubre de 2018.

Para esto, el Panel procede a analizar la obligatoriedad de los documentos mencionados en el Contrato de concesión, atendido a que en determinados casos se distinguen entre documentos obligatorios y documentos referenciales, los que sólo son indicativos y que el Concesionario asume el costo de desarrollar el proyecto conforme a los estándares técnicos establecidos en dichos documentos.

Siguiendo esa línea, el Panel analizó la naturaleza del documento referido a su obligatoriedad, lo que en su opinión si lo fuese ya que de acuerdo con el contenido de éste se identifica el área de influencia para el proyecto conforme al Estudio de Impacto Ambiental asociado, lo que se relaciona con la normativa aplicable, que también indica aquellas especies vegetales protegidas. Adicionalmente, el Panel establece que los cambios requeridos para ejecutar el proyecto en consecuencia corresponden a una modificación de las obras y/o servicios contratados en virtud de Contrato de Concesión por razones de interés público, por lo que deben ser compensados.

12.2. COMISIÓN ARBITRAL

El sistema de concesiones posee un mecanismo de resolución de controversias independiente del Poder Judicial, considerando que, atendida la especialidad de la materia, el Legislador adoptó la política de sustraer, en lo posible, estas materias del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia. Por este motivo, los conflictos o reclamaciones que se produjesen con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión, o a que diese lugar su ejecución, son conocidos, conforme al DS N° 900 –previo a la reforma de la Ley N° 20.410– por una Comisión Conciliadora, integrada por un profesional universitario designado por el MOP, otro designado por el concesionario y un tercero nombrado de común acuerdo por las partes; a falta de acuerdo, la designación era efectuada por el presidente de la Corte de Apelaciones. Si no se produce acuerdo entre las partes dentro del plazo de 30 días, el

concesionario puede solicitar a la Comisión Conciliadora que se constituya como Comisión Arbitral, o solicitar la intervención de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Si solicita la constitución de la Comisión Arbitral, ésta conoce la controversia de acuerdo con las normas fijadas para los árbitros arbitradores, esto es, por los principios de equidad³⁰³ según han señalado los Tribunales Superiores de Justicia³⁰⁴.

Se planteó en el proceso de formación de la Ley N° 20.410 –aprobándose en primer y segundo trámite constitucional– que el mecanismo existente debía ser perfeccionado, en cuanto a su designación, nombramiento de sus integrantes y remuneración de los

³⁰³ Según señala el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales: “El arbitrador fallará obedeciendo lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”.

³⁰⁴ La Corte de Apelaciones de Santiago señaló: “el árbitro arbitrador está llamado a fallar conforme a la prudencia y equidad, pudiendo incluso fallar en contra de la ley expresa, la errada calificación jurídica de un plazo, si existiere, no es suficiente para acoger un recurso de queja en contra de la sentencia dictada por un juez árbitro arbitrador. Para que ello ocurra es menester que la sentencia sea inmoral, dolosa, manifiestamente inicua, absurda, contradictoria, ininteligible, o imposible de cumplir” (sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de agosto de 1997, en causa “Portales Coya, Mónica”, publicada en *Revista Derecho y Jurisprudencia*, tomo 94, 2ª parte, sección 2ª, pp. 94 y ss., considerando 8º). Por su parte, la Corte Suprema ha indicado que el árbitro arbitrador debe “dictar su fallo obedeciendo a lo que la prudencia y equidad le aconsejen, y como tal premisa impide numerar factores para ello porque puede ser una enumeración incompleta, pero en todo caso no puede olvidar el arbitrador como guía los principios que informan la ley positiva, ni tampoco los principios éticos como el enriquecimiento sin causa, el evitar el abuso del derecho, el aprovechamiento de la mala fe, el evitar contratos leoninos” (sentencia dictada por la Corte Suprema, de 20 de julio de 1989, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 86, año 1989, sección 2ª, mayo-agosto, pp. 85 y ss., considerando 48º).

árbitros. Asimismo, se estimó conveniente establecer que aun cuando el procedimiento fuese arbitral, el árbitro debía fallar en derecho, garantizando de mejor manera a las partes el respeto del contrato y la ley.

12.2.1. Integración

El inciso 2º del artículo 36 bis introduce la Comisión Arbitral, reemplazante de la Comisión Conciliadora conforme a la Ley N° 20.410, que al igual que ésta, se designa para cada concesión, al inicio de ésta. Sin embargo, su integración tiene diferencias importantes en relación con su antecesora:

- Se integrará por tres profesionales universitarios: dos de ellos deben ser abogados y el tercero un profesional de otra disciplina.

Podrán integrar la Comisión Arbitral quienes pertenezcan a una de las dos nóminas de expertos confeccionadas al efecto: la primera nómina será compuesta por veinte abogados, designados por la Corte Suprema; la segunda nómina será integrada por 10 profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción, seleccionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- Para la confección de las nóminas señaladas precedentemente, tanto la Corte Suprema como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán realizar concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

- Con el fin de velar por la independencia de la Comisión Arbitral se exige que sus integrantes deben tener una destacada actividad profesional o académica, y con 10 años a lo menos de ejercicio profesional, y no podrán estar relacionados con las empresas concesionarias ni ser dependientes del MOP ni de ninguna institución pública relacionada directa o indirectamente con la actividad

de concesiones, ni haberlo estado en los 12 meses previos a su nombramiento.

- Las dos nóminas de expertos se renuevan parcialmente cada cinco años, mediante nuevo concurso público de antecedentes, no pudiendo figurar ninguno de los profesionales más de 15 años en ellas.

- Los integrantes de la Comisión Arbitral son nombrados de común acuerdo por las partes, a partir de las nóminas de expertos indicadas, en caso de no existir acuerdo en uno o más integrantes, su nombramiento será efectuado por sorteo ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- Los miembros de cada Comisión Arbitral permanecen en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato, pudiendo ser reemplazados cuando exista el acuerdo entre las partes, sin embargo, este reemplazo puede efectuarse por una sola vez, y siempre que hubiesen transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento, y que la Comisión no estuviese conociendo de una reclamación.

- Las modificaciones descritas tuvieron por objeto garantizar la independencia de la Comisión Arbitral, y la permanencia de sus miembros por un período prolongado de tiempo, de manera de favorecer la previsibilidad de sus decisiones y la independencia de presiones oportunistas por alguna de las partes en conflicto.

12.2.2. Funcionamiento

La Comisión Arbitral –conforme la Ley N° 20.410– tiene facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, por lo que, una vez que se constituya, deberá determinar el modo en el que se le formularán las reclamaciones, el mecanismo de notificación que empleará y las demás normas de procedimiento que estime convenientes. Se mantiene, por lo tanto, la flexibilidad que le

entregaba la ley a la Comisión Conciliadora, al transformarse en Comisión Arbitral, para regirse por las normas que rigen los asuntos conocidos por los árbitros arbitradores; no sucede lo mismo, sin embargo, con la forma es la que la nueva Comisión Arbitral deberá dictar su fallo.

La reforma introducida por la Ley N° 20.410 significa que para los contratos que se encuentran a su alero no se aplica la etapa de conciliación obligatoria que consagra el DS N° 900; sin embargo, la Ley N° 20.410 permite a la Comisión Arbitral llamar de oficio a conciliación a las partes, pudiendo para ello proponer bases de arreglo, fijando un plazo máximo de 30 días desde la resolución que llamó a conciliación.

12.2.3. Sentencia y recursos

La Ley N° 20.410 fija a la Comisión Arbitral un plazo de 60 días hábiles para dictar sentencia definitiva, contados desde que cite a las partes a oír sentencia. A diferencia de la sentencia dictada conforme al DS N° 900 por la Comisión Conciliadora, en su rol de Comisión Arbitral, la nueva instancia jurisdiccional deberá dictar sentencia definitiva –como hemos visto– conforme a derecho.

En efecto, la ley reformada preceptúa que la Comisión Arbitral será un tribunal arbitral mixto, pues estará compuesto por árbitros de derecho, con facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, pero que deberá apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y fallar conforme a derecho, con obligación de fundar la sentencia con consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas. Se recoge así la tendencia de nuestro ordenamiento jurídico para apreciar la prueba conforme la sana crítica³⁰⁵.

³⁰⁵ Por ejemplo, podemos citar los asuntos de conocimiento de los nuevos tribunales de familia (Ley N° 19.968, artículo 32); el nuevo proceso penal (Código Procesal Penal, artículo 297); medio ambiente (Ley N° 19.300, artículo 62); protección de los derechos de los consumidores (Ley N° 19.496, artículo 50 B); copro-

Existen diversos pronunciamientos de nuestros tribunales sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, se ha sostenido que la sana crítica es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. Otros han señalado que, en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la recta intención.

Al respecto cabe citar dos artículos que se refieren a la sana crítica como forma para apreciar la prueba rendida en juicio. El artículo 32 de la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, se refiere a ella en los siguientes términos:

“Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo con las reglas la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Similar redacción tiene el artículo 297 del nuevo Código Procesal Penal.

“En lo que no innova la reforma legal es en la ausencia de recursos sobre el fallo dictado por la Comisión Arbitral. Así, se mantiene la regla que la sentencia definitiva no será susceptible de fallo alguno,

piedad inmobiliaria (Ley N° 19.537, artículo 33); protección de los derechos de propiedad industrial (Ley N° 19.039, artículos 16 y 111); defensa de la libre competencia (DL N° 211, artículo 22 inciso final); recurso de protección (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación de dicho recurso, N° 5).

asegurando de esta manera una rápida resolución del conflicto. Persiste solamente, y en forma residual, el recurso de queja, en caso de que se hayan cometido faltas o abusos graves en la dictación del fallo, recurso que deberá ser conocido por la corte de Apelaciones (artículo 36 bis, artículo 545 código Orgánico de tribunales). Al respecto podemos mencionar jurisprudencia en que la Corte de Apelaciones de Santiago anula el fallo arbitral ‘Camino el Alerce’, esgrimiendo ‘Que corolario de todo lo expuesto, es que el recurso de queja debe ser acogido, porque efectivamente los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, al acoger una infundada demanda, ordenando un pago desmesurado, dando por establecidos un incumplimiento contractual y la existencia de daños que en verdad no constituyen jurídicamente perjuicio’” (considerando 29º).

La Sociedad Concesionaria Los Lagos S.A. interpuso un recurso de queja³⁰⁶ en contra de los ministros de la C.A., que como hemos citado anulan el fallo arbitral. La Excma. Corte Suprema desecha el recurso interpuesto, estimando: “Que el examen de los antecedentes permite arribar a la conclusión de que este tribunal no puede sino coincidir en lo sustancial con las motivaciones esgrimidas por los jueces recurridos” (considerando 10º).

12.2.4. Criterio de la Comisión Arbitral para resolver

Dentro de las sentencias de la comisión Arbitral se pueden observar algunas consideraciones que dan a entender la interpretación que siguen al analizar los casos sometidos a su conocimiento, los que no necesariamente se relacionan con un caso en concreto. Así en la sentencia de la Comisión Arbitral del 14 de noviembre de 2017³⁰⁷, se observa en su considerando 38º que establece que “si bien los contratos de concesión con el MOP se

³⁰⁶ Sentencia rol N° 3463-2009, Corte Suprema.

³⁰⁷ Comisión Arbitral “Plaza de la Ciudadanía Etapa I/Ministerio de Obras Públicas”, de 14 de noviembre de 2017.

rigen por las estipulaciones de su mismo texto y por normas propias del Derecho Público, no es menos cierto que también le son aplicables los principios generales del derecho, plasmados en el código Civil”, en especial aquellos que indican que los contratos deben ejecutarse de buena fe o que los contratos obligan a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, entre otros. También aclara que la Comisión Arbitral actúa en la calidad de árbitro arbitrador, lo que significa que “la Comisión puede no solo decidir apartándose de lo que dice la Ley, para lo cual debe recurrir a las normas de interpretación de los contratos, a los principios generales del derecho, a la legislación comparada y a la equidad”.

En este caso la concesionaria demandó al MOP por los perjuicios sufridos por pérdidas de ingreso con motivo de la implementación de cortes en calles que impidieron el acceso y salida del estacionamiento. En este punto la Comisión reconoce su competencia al respecto señalando que es competente para pronunciarse sobre toda controversia o reclamación que se produzca con motivo de la interpretación o aplicación del Contrato de Concesión o a que dé lugar su ejecución.

En particular con la implementación del Programa Legado Bicentenario, el MOP en su oportunidad, ordenó cierre de calles en el área de Concesión y ordenó desvíos de tránsito en calles aledañas. Estos cierres afectaron el derecho de explotación de los estacionamientos, que es el derecho principal de la Sociedad Concesionaria en el marco del Contrato de Concesión a juicio del panel. Luego, se determinó que el MOP debía compensar a la sociedad concesionaria por mayores gastos futuros de conservación, pero no mediante un mecanismo de subsidio fijo, ya que ello dependerá de los reales mayores costos que incurra cada año, apelando en este caso a acuerdos entre las partes y que, en caso de desacuerdo, deberán recurrir a la Comisión Arbitral nuevamente para que se determine el mayor costo a pagar por el MOP.

Otro caso es aquel relacionado con el contrato de Concesión Denominado “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo Tres S.A.” con Ministerio de obras Públicas, del 28 de agosto de 2015³⁰⁸. Esta demanda está basada en la solicitud de compensación por parte de la concesionaria por concepto de mayores costos, como consecuencia del quebrantamiento del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión durante la etapa de la explotación de la obra pública, por hechos ajenos a ella. Alega que, si a futuro se mantienen las actuales condiciones, las pérdidas serán tan abultadas que harían derechamente inviable la continuidad de la concesión. Lo anterior debido a la decisión de la Autoridad Competente de mantener la sobrepoblación en el Establecimiento Penitenciario Santiago 1, lo que finalmente hacía muy onerosa la ejecución del proyecto, considerando que se apartaba de la capacidad establecida inicialmente. Esto resulta relevante ya que se refiere a compensación que procede en la etapa de ejecución del proyecto, en donde fue finalmente acogida por la Comisión Arbitral, ordenando que se compensaran aquellos mayores costos que afectaban el equilibrio económico del contrato.

12.3. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

La modificación de la ley dejó vigente la posibilidad de las partes de recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conocerá del asunto aplicando las normas establecidas en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

Las principales características del procedimiento ante la Corte de Apelaciones de Santiago son las siguientes:

³⁰⁸ Comisión Arbitral “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo Tres S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, de 28 de agosto de 2015.

– La Corte de Apelaciones conocerá en Sala el recurso, y podrá declararlo inadmisibile.

– Si la Corte de Apelaciones admite a tramitación el reclamo, debe dar traslado de él por diez días hábiles a la contraparte; en caso de que sea el concesionario quien haya solicitado la intervención de la Corte, el traslado se dará al Director General de Obras Públicas.

– Evacuado el traslado por la contraparte, o acusada la rebeldía, la Corte podrá ordenar la apertura de un término de prueba, que no podrá exceder de quince días hábiles.

– Para dictar sentencia, la Corte puede ordenar la vista de la causa, o puede fallar en cuenta, debe hacerlo en un plazo de 30 días.

Por último, las partes pueden apelar de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, para que de dicho recurso conozca la Corte Suprema, lo que distingue esta vía de la Comisión Arbitral, puesto que, como lo señalamos, contra la sentencia de esta última no proceden recursos³⁰⁹.

12.4. PARALIZACIÓN DE LAS OBRAS

Una de las motivaciones que se encontraban detrás de las modificaciones introducidas a la ley, fue el poner un límite al tiempo de paralización de una obra que pueden decretar los jueces árbitros. Esta iniciativa deriva de un caso concreto, en el cual la Co-

³⁰⁹ Atendido a que el artículo 36 bis de la LCOP se remite al procedimiento establecido entre los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central– en el caso se recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la posibilidad de segunda instancia se sujeta a dichas normas. Sin embargo, en el caso de recurrir ante la Comisión Arbitral, el mismo artículo 36 bis de la LCOP señala explícitamente que en ese caso “La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno”.

misión Arbitral paralizó durante 13 meses la construcción de las cárceles de Antofagasta y Concepción, no obstante, la insistencia del MOP en relación con los problemas sociales que significaba dicha orden de no innovar.

Con el fin de prever situaciones similares, se introdujo un nuevo artículo 36 ter, cuyo inciso 1º señala que:

“el concesionario podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado, sólo ante la Comisión Arbitral constituida en conformidad con el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso”.

La suspensión del acto administrativo debe tramitarse con audiencia del MOP y deben existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Cabe recordar a este respecto que, en cuanto a las discrepancias sometidas al conocimiento del Panel Técnico, éstas no pueden dar origen a una suspensión, puesto que el Panel Técnico, al no ejercer jurisdicción, carece de poderes para decretarla.

En una concesión, cuya naturaleza es prestar un servicio público a la comunidad, resulta de elevada relevancia para el bien común la paralización de la obra. Por esta razón, la ley dispone también que la Comisión Arbitral no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días, sea que dicha paralización haya sido ordenada directamente o como consecuencia de la suspensión de los efectos de un acto del MOP. Esta regla tiene sólo como excepción la existencia de un acuerdo de las partes por el cual autoricen a ampliar el período de paralización por un término superior al señalado³¹⁰.

³¹⁰ Artículo 36 ter LCOP.

12.5. PLAZOS PARA RECLAMAR

Conforme al DS N° 900 en su texto no reformado por la Ley N° 20.410, no existen normas especiales que establecieren plazos para el ejercicio de las acciones emanadas del contrato de concesión, por lo que, dependiendo de la naturaleza del reclamo, había que aplicar en cada caso particular las normas de derecho común respecto a la prescripción de las acciones.

La reforma legal innova en este tema, ya que, atendida la naturaleza de los conflictos que pueden surgir entre el MOP y el concesionario, introduce plazos para que las partes puedan interponer sus reclamos, con el objeto de contribuir a la certeza entre las relaciones de las partes del contrato.

En efecto, en cuanto a los reclamos que se formulen a la Comisión Arbitral, la ley señala en su artículo 36 bis, que las partes deben formularlos dentro de los siguientes plazos:

- Tratándose de hechos o actos que hubiesen ocurrido durante la etapa de construcción de la obra, el plazo para reclamar es de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra.

- En caso de que se trate de un hecho o acto acaecido durante la etapa de explotación de la obra, el plazo es de dos años contados desde la ocurrencia del hecho; en caso de que no se hubiese tenido noticia de éste, y esta falta de conocimiento fuese acreditada, el plazo correrá desde que la parte hubiere tenido noticia del mismo.

En lo referente a los reclamos en contra de resoluciones del MOP, la ley fija las siguientes reglas:

- El término máximo para reclamar en contra de resoluciones del MOP será de un año.

– Este plazo se reducirá a 120 días tratándose de resoluciones del MOP que impongan multas.

– Estos plazos se interrumpirán por la interposición de los recursos de reposición y jerárquicos ante el mismo funcionario que adoptó la decisión, o su superior jerárquico, según el caso.

– Los plazos fijados al concesionario en los artículos 28 y 28 ter, respecto del término del contrato de concesión, priman por sobre los plazos señalados precedentemente, los citados artículos señalan plazos menores para que el concesionario pueda reclamar del monto de los pagos que deba efectuar el MOP en virtud del término del contrato³¹¹.

³¹¹ Artículo 36 bis LCOP.

CAPÍTULO XIII

VIGENCIA DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY

La Ley N° 20.410 no consideró normas de vacancia legal, por lo que con su publicación comenzó a ser obligatoria. Sin embargo, y atendidas las sustanciales reformas que introdujo a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, resulta relevante la cuestión de su alcance a los contratos de concesión que se encuentran previamente celebrados, a las modificaciones que sufran dichos contratos y a las licitaciones de concesiones de obras públicas que se hallen en curso.

Al respecto, la modificación consideró reglas explícitas sobre su aplicación, las que pasaremos a analizar.

13.1. CONTRATOS DE CONCESIÓN VIGENTES

La modificación a la ley indica en su artículo primero transitorio que sus modificaciones no son aplicables respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hubieren presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma legal. De esta manera se encuentran plenamente resguardados los derechos de concesionarios anteriores a la modificación legal, a quienes no vinculan las obligaciones que introduce la modificación legal, ni los límites y procedimientos que ésta establece.

La norma transitoria es concordante con lo indicado en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone que se incorporen a los contratos las leyes vigentes al momento de su celebración. Esto considerando que el contrato de concesión es un acto jurídico administrativo de derecho público complejo, cuya celebración se compone de diversos actos preparatorios (aprobación de bases de licitación, presentación de oferta, adjudicación, etc.). Así, ley que ha sido tenida en cuenta por el concesionario para la estimación de sus condiciones y costos ha sido la vigente al momento de formulación de su oferta, no existiendo luego la opción que la modifique para adaptarse a las condiciones de la nueva ley.

Sin embargo, la misma modificación de la ley permite a los concesionarios que quisieren acogerse a la nueva normativa, hacerlo dentro del plazo de 3 meses siguientes a la fecha de entrada en vigor de la ley. De esta manera los concesionarios que deseen hacer uso de esta posibilidad podrán utilizar mecanismos como los del Panel Técnico y solicitar la resolución de sus conflictos a través del fallo en derecho de la Comisión Arbitral, obteniendo mayor certeza en sus relaciones con el MOP. Para ello, y atendida la obligación que incorpora la nueva ley en orden a cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos, el concesionario y el MOP deberán suscribir un convenio complementario que fije dichos niveles y estándares, para que luego puedan ser fiscalizados.

Adicionalmente, los concesionarios que no se encuentren obligados por la modificación a la ley, pueden optar por la aplicación de las normas contenidas en los artículos 36 y 36 bis de la ley, esto es, el Panel Técnico y la nueva Comisión Arbitral. Esta opción también deben formularla dentro del plazo de 3 meses de la entrada en vigencia de la ley, y no es posible optar sólo a uno de los mecanismos señalados. Ahora, existen algunas materias en las cuales la modificación de la ley alcanzará incluso a los concesionarios anteriores a la misma, por disposición explícita de la misma ley, y por aplicación de los principios generales de derecho públi-

co sobre el efecto de las leyes en el tiempo, como señalaremos más adelante.

En la práctica, la aplicación del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes también ha sido discutido frente a casos en que la normativa considerada como parte de los contratos de concesiones sufren modificaciones de forma posterior a la suscripción de éstos. Así, la sentencia de la Corte Suprema de 25 de junio de 2015³¹² formula una distinción al respecto:

En el caso particular, el recurrente argumentó que el antiguo artículo 41 del DFL N° 850 —sobre construcción y conservación de caminos, que indicaba que el traslado de instalaciones sería efectuado por cuenta exclusiva del interesado—, sería la norma aplicable en dicho caso, conforme la aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. El artículo 41 mencionado sufre una modificación legal que ahora disponía que dicho traslado sería hecho por cuenta del “propietario” o conforme se hubiera fijado en el contrato de concesión respectivo, modificación que no aplicaba de acuerdo con lo señalado en su demanda puesto que dicha modificación se hizo con fecha posterior a la firma del contrato de concesión.

Dicho argumento fue rechazado por la Corte, ya que sostuvo que el imperativo de aplicación del artículo 41 del DFL N° 850 era la *necesidad* de hacer el traslado de las instalaciones y no se relacionaba con la celebración del contrato; por lo que sería intrascendente que el contrato se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia³¹³, aplicando en este caso el artículo 9°³¹⁴

³¹² Corte Suprema, “Fisco de Chile con Telmex S.A.”, recurso de casación, de 25 de junio de 2015.

³¹³ Considerando 8°, “Fisco de Chile con Telmex S.A.”.

³¹⁴ Artículo 9° del Código Civil: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar

del Código Civil y no el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, puesto que la disposición aludida no se refiere al otorgamiento de la concesión o la suscripción del contrato, sino que a una situación de hecho regulada por ley, por lo que no puede entenderse como incorporada al contrato al momento de su celebración, agregando que la modificación legal sólo define al llamado de asumir con los costos de traslado en la situación en particular.

13.2. LICITACIONES EN CURSO

En lo que respecta a las licitaciones que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigor de la modificación de la ley, debemos distinguir entre aquellas en las cuales no se han presentado aún ofertas y las licitaciones en las cuales ya se han recibido, como se señaló anteriormente. Así, a los contratos que nazcan de las licitaciones que se encuentren en la primera de las situaciones, les alcanzarán todas las nuevas normas de la ley, sin límite alguno; los contratos que provengan de las segundas, en cambio, se regirán por la normativa anterior. En consecuencia, será posible que existan contratos de concesión que, aun habiéndose celebrado con posterioridad a la entrada en vigencia de la modificación legal, se rijan por las normas de la antigua ley.

No obstante lo indicado, existirán algunas obligaciones establecidas en la nueva normativa que no alcanzarán a las licitaciones cuyas bases ya se encuentren aprobadas por acto administrativo, como por ejemplo, la añadida en el artículo 29, que obliga a las bases de licitación a indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones.

el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

13.3. EXCEPCIONES

El principio de que las modificaciones a la ley sólo comprenden a los contratos de concesión cuyas ofertas hayan sido presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de las mismas, tiene ciertas excepciones, vinculadas con la naturaleza de las reformas realizadas.

13.4. NORMAS SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El artículo primero transitorio, en su letra b) ordena que las normas contenidas en el inciso 9º del artículo 36 bis y en el artículo 36 ter de la ley, son vinculantes también para los concesionarios a los cuales no obligue la modificación legal introducida. En ambos casos se trata, según veremos, de normas concordantes con lo señalado en el artículo 22 N° 1 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes:

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúense de esta disposición: 1ro las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos”.

13.4.1. Artículo 36 bis inciso 9º

El inciso 9º de este artículo señala que las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia de éste si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación.

En consecuencia, los antiguos concesionarios deberán respetar el plazo de caducidad señalado, para los efectos de plantear sus

reclamaciones a la Comisión Conciliadora.

Sin embargo, la caducidad sólo rige respecto de los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, de manera de no dar un efecto retroactivo a esta limitación, evitando así perjudicar los derechos de los concesionarios que no hubieren hecho valer bajo la antigua normativa, en la cual se aplicaban los plazos de prescripción de derecho común.

13.4.2. Artículo 36 ter

Este artículo dispone que el concesionario puede exclusivamente solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la Comisión Arbitral, para lo cual deberán existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Además, dispone que la Comisión Arbitral no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a 60 días, a menos que existiere acuerdo entre las partes.

De esta manera, se regula de manera general, y para todos los concesionarios, la forma en la cual se puede solicitar la suspensión de los actos del MOP y los requisitos y límites de dicha suspensión, lo que resulta natural tratándose de una norma de procedimiento.

No obstante lo indicado, el artículo 36 ter será aplicable únicamente respecto de aquellas solicitudes o reclamaciones sometidas al conocimiento de la Comisión Arbitral con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

13.5. CONVENIOS COMPLEMENTARIOS

Una excepción al artículo primero transitorio de la modifica-

ción legal son los convenios complementarios que, perteneciendo a un contrato de concesión no regido por ésta, se suscriban entre el concesionario y el MOP con posterioridad a su entrada en vigencia y en los términos previstos por el legislador. Así, la letra e) del artículo primero transitorio señala que en caso de suscribirse convenios complementarios que impliquen un incremento de los niveles de servicio, estos convenios deberán contener explícitamente los nuevos niveles de servicio, estándares técnicos, o ambos.

Señala además la letra c) que, en el caso de hallarse en la hipótesis citada, los convenios transitorios deben señalar las sanciones correspondientes en caso de no cumplimiento de los niveles de servicio o de los estándares técnicos. Por lo tanto, estos convenios deberán considerar además indicadores que permitan medir los niveles de servicio comprometidos, para que sea posible posteriormente verificar el cumplimiento de derechos y obligaciones de las partes.

Por lo tanto, el alcance de la modificación legal en relación con los convenios complementarios posee las siguientes características:

- Alcanzará a los convenios complementarios celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley.

- Debe tratarse de convenios complementarios que impliquen un incremento en los niveles de servicio. Tal como se ha mencionado, los niveles de servicio son las funcionalidades y prestaciones que entrega la obra pública, las que deben aumentar, unas u otras, a consecuencia de la suscripción de un convenio complementario.

- Sólo conlleva la obligación de contener explícitamente los nuevos niveles de servicio y estándares técnicos, o ambos, las contraprestaciones y sanciones para el caso de incumplimiento.

Por lo tanto, la modificación legal no incluye dentro de su vigencia otros aspectos diversos de la inclusión de niveles de servicio y estándares técnicos, la obligación de las partes de cumplir con estos; esta situación resulta coherente, por lo demás, con el deber general de acatar las disposiciones contractuales.

En las restantes materias, tales como mecanismo de resolución de conflicto, determinación de la compensación económica, etc. —como hemos visto—, los convenios complementarios de contratos de concesión a los cuales no alcanza la reforma legal se regirán por la antigua normativa, prevista en el DS N° 900, previo a la reforma introducida por la Ley N° 20.410.

13.6. MODIFICACIONES DEL MECANISMO DEL COBRO DEL TAG

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, las concesiones a las cuales no afecta la modificación introducida por la Ley N° 20.410, regirán las modificaciones a la Ley N° 18.290, de Tránsito a la Ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, a la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y al Decreto N° 307, del Ministerio de Justicia, de 1978, que fija el texto de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local, según dispone la letra a) del artículo primero transitorio.

Por lo tanto, la modificación legal introducida por la Ley N° 20.410 es de aplicación general a todas las concesiones, en lo referente a:

- Las normas relativas al no pago de una tarifa o peaje por parte del usuario de una obra dada en concesión, su procedimiento de cobro, las sanciones asociadas y el destino de las multas. Entre las modificaciones que rigen “*in actum*” se encuentra la normativa que dispuso el reemplazo de la indemnización compensatoria existente, por una multa ascendente a 5 veces el monto de lo condenado, y de 15 veces en caso de reincidencia, con un tope de 20

UTM. Esta multa va en beneficio, en un 50% al Fondo Común Municipal, y en el 50% restante a la municipalidad donde tiene asiento el Juzgado de Policía Local que impuso la multa.

– Las sanciones por el no uso del dispositivo electrónico en los caminos públicos en que opere un sistema electrónico de cobro de tarifas o peajes, su procedimiento de cobro, y el destino de las multas, entre otras modificaciones, se reemplazó la sanción anterior por una multa de 1 UTM, y se asimiló la infracción a infracción grave, además de introducirse un procedimiento de cobro administrativo previo.

13.7. FINANCIAMIENTO PANEL TÉCNICO

Considerando que los honorarios del Panel Técnico deben ser financiados por mitades entre el MOP y los concesionarios que se encuentren obligados por la ley, durante los dos primeros años de vigencia de esta ley será solamente el Ministerio quien soporte la totalidad de dichos costos; este parte se reducirá a dos tercios de los honorarios durante el tercer año de vigencia de la ley. Al cuarto año de vigencia de la normativa legal, el financiamiento contemplado por ésta entrará en régimen.

El motivo de esta norma se encuentra en que los primeros años serán muy pocos los concesionarios que se registrarán por la modificación legal, siendo oneroso para ellos el pago de la mitad de los honorarios del Panel. En la medida que pasan los años, incrementan los concesionarios, por lo que a partir del cuarto año se estima procedente financiar el porcentaje fijado en la norma legal.

13.8. MODIFICACIONES LEGALES POSTERIORES A LA LEY N° 20.410

13.8.1. De la creación del Ministerio de Desarrollo Social

En 1990 fue creado el Ministerio de Planificación y Coopera-

ción (Mideplan), originado de la Oficina de Planificación Nacional, organismo encargado de colaborar con el Presidente de la República “en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas del desarrollo nacional, de colaborar con los Intendentes Regionales en el diseño de políticas, planes y programas de desarrollo regional, de proponer las metas de inversión pública y evaluar los proyectos de inversión financiados por el Estado, de armonizar y coordinar las diferentes iniciativas del sector público encaminados a erradicar la pobreza y de orientar la cooperación internacional que el país reciba y otorgue”³¹⁵, con el fin de orientar las políticas públicas en beneficio de los sectores más vulnerables del país.

Conforme crece el desarrollo del país, se amplían las facultades del Mideplan, coordinando su trabajo con otras carteras de Gobierno, a fin de evaluar políticas sociales y aquellos proyectos que involucren financiamiento público. Posteriormente y con el fin de institucionalizar este aumento de facultades, el año 2011³¹⁶ se crea el Ministerio de Desarrollo Social, fortaleciendo sus anteriores atribuciones, con la iniciativa de “perfeccionar la evaluación previa de la rentabilidad social de los proyectos de inversión que soliciten financiamiento del Estado”³¹⁷, relacionado con la implementación de políticas públicas asociadas a proyectos de infraestructura. Dicha ley en su artículo 1º inciso 5º establece que “Corresponderá también a este Ministerio evaluar las iniciativas de inversión que solicitan financiamiento del Estado, para determinar

³¹⁵ Artículo 1º del texto original de la Ley Nº 18.989 que crea el Ministerio de Planificación y Cooperación, de 19 de julio de 1990.

³¹⁶ Ley Nº 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica, de 13 de octubre de 2011.

³¹⁷ Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Ministerio de Desarrollo Social y modifica los cuerpos legales que indica, de 18 de agosto de 2010.

su rentabilidad social, velando por la eficacia y eficiencia del uso de los fondos públicos, de manera que respondan a las estrategias y políticas de crecimiento y desarrollo económico y social que se determinen para el país”.

En consecuencia, esta ley modifica la LCOP en su artículo 2º, en donde se establece la exigencia de incorporar un informe del Ministerio de Desarrollo Social, que cuente con una evaluación técnica económica que analice la rentabilidad social del proyecto a concesionar, ya que corresponderá a dicho Ministerio evaluar aquellas iniciativas de inversión pública conforme a sus atribuciones³¹⁸.

13.8.2. De la exención del pago de peaje para vehículos de emergencia

Frente a la repercusión pública que tuvo la dificultad que enfrentaban los vehículos de emergencia que utilizaban vías concesionadas, al tener que pagar peaje, debido a que se obstaculizaba su tránsito ante situaciones críticas de urgencia, el año 2011 se firmó un protocolo con la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública para eximirlos de este pago.

Para extender el alcance de este convenio –bajo la premisa de que la naturaleza del contrato de concesión de obra pública involucra la primacía del interés público–, se gestiona la modificación para que los vehículos de emergencia se encuentren eximidos por ley del pago de dicho peaje. A juicio del legislador dicha premisa se apega al aseguramiento del interés público, sin implicar un mayor costo para la concesionaria. Se entiende que su aplicación será para todas aquellas vías concesionadas por igual, indistinta-

³¹⁸ Documento: Historia Ministerio de Desarrollo Social, disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/historia> (revisado el 12 de abril de 2019).

mente del Estado de desarrollo en que se encuentren (atendido, como vimos, el interés público que dicha modificación apareja y que igualmente no conlleva un gasto por parte de las concesionarias)³¹⁹.

La Ley N° 20.908 del 20 de abril de 2016 introduce, por ende, una serie de modificaciones. En primer lugar, la incorporación en el artículo 11 de la LCOP, sobre la exención del pago de peaje, de cualquier formato (manual, automático o telepeaje) de los vehículos definidos de emergencia por la Ley de Tránsito, incorporando a las brigadas forestales de la Corporación Nacional Forestal (cuando se encuentren en situación de emergencia) y a los vehículos de Fuerzas Armadas, en caso de la declaración de Estado de excepción constitucional de catástrofe, mientras dicha declaración se encuentre vigente.

Luego, se agrega en el artículo 42 de la LCOP la imposición de una multa por incumplimiento a las concesionarias (de 1 a 50 U.T.M.) cada vez que se transgrede la norma.

Finalmente, esta ley otorgó la atribución al MOP de modificar los contratos de concesión de Obras Públicas vigentes, incorporando las condiciones, que podrán asimismo ser incluida en los contratos futuros.

³¹⁹ Moción Parlamentaria de los señores diputados Fernando Meza Moncada, Germán Verdugo Soto, Javier Ignacio Macaya Danus, María Loreto Carvajal Ambiado, Pedro Pablo Browne Urrejola, René Manuel García García, Leopoldo Pérez Lahsen, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Germán Becker Alvear, Gustavo Hasbún Selume, Jorge Evaldo Rathgeb Schifferli, Karla Rubilar Barahona, Iván Norambuena Farías, Javier Hernández Hernández, Diego Alfredo Paulsen Kehr, Joaquín José Lavín León, Joaquín Tuma Zedán, Joaquín Godoy Ibáñez y Celso René Morales Muñoz, de 16 de abril de 2014.

13.8.3. De las modificaciones introducidas por la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas

Debido al nuevo procedimiento destinado a gestionar los casos de insolvencia de las empresas, mediante la Ley N° 20.720 del 9 de enero de 2014, Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas, el sistema general introduce modificaciones. En consecuencia, con su publicación, se reformaron diversas normas que aludían al antiguo procedimiento de quiebras en diferentes casos. Respecto a la modificación en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el artículo 379 de la Ley N° 20.720 reemplaza el artículo 38 de la LCOP adecuándose a la nueva institucionalidad:

“Reemplázanse, en el inciso primero, la frase inicial ‘En caso de quiebra del concesionario’ por ‘En caso de que se declare el inicio del procedimiento concursal de liquidación del concesionario’; la palabra ‘síndico’ por ‘liquidador’, y la expresión ‘continuación efectiva del giro’, por ‘continuación definitiva de actividades económicas’.

a) Sustitúyense, en el inciso cuarto, la frase ‘continuación efectiva del giro’ por ‘continuación definitiva de actividades económicas’, y la oración final ‘En lo demás, se regulará por lo previsto en los artículos 112 y siguientes de la Ley N° 18.175.’, por ‘En lo demás, se regulará por lo previsto en la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas respecto de la continuación definitiva de actividades económicas’.

b) Reemplázanse, en el inciso quinto, las palabras iniciales ‘En caso de quiebra’ por ‘En caso de declararse el inicio de un procedimiento concursal de liquidación’, y el vocablo ‘síndico’ por ‘liquidador’”.

Es importante observar este cambio en la normativa ya que el nuevo sistema introduce nuevas instancias para enfrentar la insolvencia, situación de interés para la Autoridad al momento de considerar a los oferentes y adjudicar los proyectos; por lo tanto, dicha modificación se ha incorporado recurrentemente en las BALI

y contratos. Se adoptan los nuevos procedimientos en sus disposiciones, debido a que la situación de insolvencia en las empresas es un factor que revisa el MOP al momento de adjudicar las concesiones, y eventualmente para cobrar garantías o dar por terminado los contratos.

13.8.4. Sobre normas de seguridad mínimas de las pasarelas peatonales y los pasos desnivelados o puentes

Tras los lamentables accidentes provocados por lanzamientos de piedras u otros proyectiles a los automovilistas que circulaban por vías concesionadas, el año 2012 se tramitó la moción parlamentaria que buscaba regular las medidas de seguridad en pasarelas, pasos sobre nivel y puentes que las cruzan³²⁰, con la finalidad de aumentar las medidas de seguridad. Se buscó con esta ley que el MOP dictase un reglamento para regular la forma en que se debían cumplir dichas medidas de protección. El 9 de junio de 2014 se publicó la Ley N° 20.753, sobre normas de seguridad mínimas de las pasarelas peatonales y los desnivelados o puentes, introduciendo modificaciones al DFL N° 850 del MOP de 1998 e incorporando en su artículo 84 que las BALI deberán contemplar niveles de servicio acordes con la ley, así como sanciones y multas agravadas para el incumplimiento de dichos niveles de servicio.

Adicionalmente, incorpora reglas para su implementación, estableciendo que “si el valor de su incorporación excediera el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cien mil unidades de fomento, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el Re-

³²⁰ Moción Parlamentaria de los señores senadores Gonzalo Uriarte Herrera, Hernán Larraín Fernández, Alejandro García Huidobro Sanfuentes, Víctor Pérez Varela y Jaime Orpis Bouchon, de 14 de marzo de 2012.

glamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional a título de costos de administración del contrato, que será determinado en las respectivas bases de licitación”.

Finalmente, se agrega un artículo transitorio que excluye a aquellos contratos resultantes de procesos de licitación, en donde las ofertas ya fueron presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de tales incisos, salvo aquellos concesionarios que opten por la aplicación de esas normas a sus respectivos contratos.

CAPÍTULO XIV

CAMBIOS EN LA INSTITUCIONALIDAD

Posterior a la modificación de la Ley N° 20.410 del año 2010 surgieron cambios en la institucionalidad del sistema de Obras Públicas con el fin de robustecer el marco vigente en ese momento:

14.1. LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES

Conforme a las proyecciones y políticas públicas en infraestructuras públicas, el 2014 se anunció la “Agenda Infraestructura, desarrollo e inclusión, Chile 30.30” haciendo patente la necesidad de contar con una institucionalidad robustecida y que favoreciera la gestión de los proyectos.

Dentro de los esfuerzos por potenciar la institucionalidad existente surgió la propuesta de crear una Superintendencia de Concesiones con el fin de atribuir a este servicio las labores de fiscalización del MOP como de los Concesionarios. Sin embargo, dicha iniciativa no prosperó, dando paso a una modificación que otorgó mayores funciones a un único servicio para asegurar el cumplimiento en todas las etapas de los proyectos concesionados³²¹.

³²¹ RUIFÁN (2018), p. 42.

El 12 de junio de 2015 se envía el mensaje presidencial con que inicia el proyecto de ley que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, en donde se da cuenta de la importancia que ha significado para el país la introducción de las concesiones en materia de obras públicas y que de acuerdo con las políticas públicas relacionadas se busca que el Estado enfoque sus recursos en proyectos con mayor rentabilidad social y que van en beneficio de sectores generalmente postergados. El objetivo finalmente será delegar las grandes obras de infraestructura a la asociación público-privada.

Para esto era necesario “regular los aspectos orgánicos relativos al marco institucional del servicio encargado de desarrollar el sistema de concesiones”³²² por lo que el proyecto de ley se estructuró bajo cuatro ejes fundamentales:

1. Institucionalidad Orgánica, que considera la creación del servicio.
2. Funciones y atribuciones de la DGCOP.
3. Régimen del personal, que lo adscribe a la Ley N° 18.834.
4. Adecuaciones de la Ley de Concesiones, que recogía la recomendación de regular respecto a “conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción en materias de concesiones”.

Ahora, el proyecto de Ley Primitivo también modificaba la competencia del Panel Técnico, ampliándola y permitiendo que tuviera también competencia para conocer de las consultas que le formularan las partes. Sin embargo, dicha iniciativa no prosperó, puesto que se optó por modificar las atribuciones del Consejo de Concesiones en este sentido.

³²² Mensaje N° 369-363.

Con la publicación de la Ley N° 21.044 del año 2017, se crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (DGCOP), un servicio centralizado dependiente del MOP, que vino a reemplazar a la antigua Coordinación de Concesiones de Obras Públicas y en donde el nombramiento de sus autoridades se encuentra afecto al Sistema de Alta Dirección Pública, en especial para nombrar a su director, sin perjuicio de que en el artículo segundo de sus disposiciones transitorias facultaba al Presidente de la República a nombrar al primer Director General de Concesiones de Obras Públicas, quien asumió por el plazo de un año máximo mientras se efectuaba la selección mediante el Sistema de Alta Dirección Pública.

Esta ley otorgó funciones a la DGCOP a fin de que esté involucrada durante todo el proceso de la concesión de obra pública, evaluación, construcción y ejecución de los proyectos.

Por otra parte, a esta Dirección se le impone la obligación de realizar una cuenta pública anual de su gestión y realizar un informe de monitoreo y evaluación sobre la fiscalización de las obras concesionadas existentes.

La Ley N° 21.044 establece en su artículo 1° las modificaciones a la Ley Orgánica del MOP que crea la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas y que dispondrá en su Artículo 22 bis “que tendrá como objeto la ejecución, reparación, mantención, conservación y explotación de obras públicas fiscales(...) como también la fiscalización del debido cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables a los contratos de concesión, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes”.

14.1.1. El Director General de Concesiones

El artículo 1° de la Ley N° 21.044 señala al Director General como la persona a cargo del servicio quien estará bajo la depen-

dencia del ministro de Obras Públicas y que poseerá las siguientes funciones y atribuciones conforme al artículo 22 ter de la Ley Orgánica del MOP:

a) Someter a la aprobación del ministro de Obras Públicas la propuesta de ejecución, reparación, mantención, conservación o explotación de obras públicas fiscales por la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

b) Dirigir y coordinar la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas y de sus divisiones y la organización interna de ésta.

c) Representar para todos los efectos legales a la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

d) Contratar estudios, proyectos, ejecución de obras y asesorías en la forma que determine la ley. Asimismo, podrá celebrar los actos y contratos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones que le correspondan.

e) Velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su reglamento, el contrato de concesión, las bases de licitación y los actos administrativos que conforman el contrato de concesión, como también en las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables.

f) Fomentar, promover y difundir ante inversionistas públicos o privados, nacionales o extranjeros, la asociación público-privada en materia de infraestructura, en coordinación con las demás instituciones competentes en esta materia.

g) Presentar al Ministro de Obras Públicas, para su aprobación, dentro del primer trimestre de cada año, el plan de concesiones, con una proyección de cinco años de plazo. Este plan deberá ser

previamente sometido a la consulta del Consejo de Concesiones y posteriormente enviado al Congreso Nacional para su conocimiento. Dicho plan contendrá una visión territorial, para lo cual sus proyectos contemplarán infraestructura en diferentes zonas del país, procurando un desarrollo armónico entre ellas.

h) Presentar al Ministro de Obras Públicas, dentro del primer trimestre de cada año, un informe de monitoreo y evaluación de la labor fiscalizadora en las etapas de ejecución, reparación, mantenimiento, conservación o explotación de obras públicas, con su correspondiente plan de fortalecimiento.

i) Estudiar, analizar y proponer al Ministro de Obras Públicas proyectos que puedan ser promovidos y ejecutados por el ministerio mediante el sistema de concesiones regulado por el artículo 87, sean éstos de iniciativa propia, de otros ministerios u organismos de la administración pública o de iniciativas privadas presentadas ante el Ministerio de Obras Públicas, de conformidad a la ley.

j) Evaluar, analizar y estructurar financieramente los proyectos en desarrollo, y contratar la asesoría de expertos en estructuración financiera, contractual y de garantías para las obras concesionadas.

k) Proponer al Ministro de Obras Públicas las expropiaciones necesarias para la ejecución de las obras públicas fiscales y no fiscales por el sistema regulado a través del artículo 87.

l) Destinar, comisionar y encomendar cometidos al personal de la Dirección General a su cargo, cuando deban llevarse a cabo en servicios distintos de aquel en que se encuentra nombrado el funcionario.

m) Aplicar las multas que procedan en conformidad con la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su reglamento, al contrato de concesión, y a las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables.

n) Delegar en funcionarios de su dependencia, previa aprobación del Ministro de Obras Públicas, atribuciones específicas para una o más regiones o localidades, cuando circunstancias calificadas, tanto de operación como de proyectos en estudio y en etapa de construcción, lo hagan necesario, pudiendo poner término a la delegación en cualquier momento.

ñ) Todas las demás funciones y atribuciones que le encomienden las leyes.

14.2. EL CONSEJO DE CONCESIONES

Con la modificación de la Ley N° 20.410 del año 2010, se creó este órgano de carácter consultivo llamado el Consejo de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, encargado de informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará, de los proyectos y modalidades del régimen concesional. Para esto deben tener a la vista aquellos instrumentos territoriales y evaluación social de los proyectos al momento de realizar sus informes.

Este Consejo se enmarca dentro la estructura orgánica del MOP, sin embargo, a partir de la modificación de la Ley N° 21.044 en el nombramiento de sus integrantes también posee injerencia el Ministerio de Hacienda, buscando la acción coordinada de ambas carteras.

Ahora, el artículo 3° de la Ley N° 21.044 viene a modificar el nombramiento de los miembros del Consejo de Concesiones, dejando el artículo 1° bis de la LCOP de la siguiente forma:

“Habrá un Consejo de Concesiones, de carácter consultivo, integrado por:

1.- Un consejero de libre designación y remoción conjunta por parte de los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda, quien lo presidirá.

2.- Dos consejeros designados por el Ministro de Hacienda. El primero será un académico perteneciente a una facultad de Economía o de Economía y Administración, y el segundo pertenecerá a una facultad de Ciencias Jurídicas o de Ciencias Jurídicas y/o Sociales. Uno de ellos deberá pertenecer a una universidad con sede principal en una región distinta de la Región Metropolitana.

3.- Dos consejeros designados por el Ministro de Obras Públicas. El primero será un académico perteneciente a una facultad de Ingeniería Civil, y el segundo pertenecerá a una facultad de arquitectura. Uno de ellos deberá pertenecer a una universidad con sede principal en una región distinta de la Región Metropolitana.

4.- El Ministro de Obras Públicas”.

Una consecuencia de la función consultiva de este Consejo es que le corresponderá oír a los Ministerios mandantes de las obras entregadas en concesión, pudiendo también solicitar la opinión de otros Ministros en caso de ser necesario; lo que sumado a lo dispuesto por la ley en relación con tener a la vista instrumentos de desarrollo territorial y evaluación social de los proyectos le permitirá tener una visión global de los proyectos sujetos al régimen concesional y permitirá ejercer su función consultiva en forma coordinada con todos los aspectos relacionados con la obra, más allá del aspecto especializado.

Así, se le impone el deber al Ministerio de Obras Públicas, en los casos descritos por ley, de requerir un informe previo del Consejo de Concesiones. En un principio, con la Ley N° 20.410 de 2010 dicho requerimiento surgía en aquellos casos que se declaraba interés público a los proyectos de iniciativa privada y en caso de determinar que debía ser ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones conforme a lo estipulado en estos casos en el artículo 2° LCOP, también determinar la excepción al mandato de realizar por medio de relicitación pública aquellas obras adicionales que surjan en la ejecución de proyectos concesionados, en caso de que proceda y excepcionalmente en la etapa de construcción

con motivos de interés público, sea necesario el rediseño o complementación.

Dicho informe también es requerido al analizar proyectos de iniciativa pública en que se considerara ejecutar mediante el sistema de concesión y las modalidades del régimen concesional de los proyectos que se someterán a licitación pública, debiendo considerar la evaluación social aprobada por el organismo de planificación competente.

Luego, con la modificación de la Ley N° 21.044 se incorporaron nuevos casos que tienen estrecha relación con elevar los estándares de servicio de las obras concesionadas, así como observar el principio de interés público de los proyectos:

f) Modificar las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, mediante la suscripción de un convenio complementario al contrato de concesión, cuando, separada o conjuntamente, dichas modificaciones superen el 10% del presupuesto oficial de la obra, ya sea durante la etapa de construcción o de explotación.

g) Establecer la política de peajes aplicables a todas las rutas y carreteras cuya explotación se regule al amparo de esta ley.

Luego, el MOP facultativamente puede solicitar informe al Consejo de Concesiones respecto a las siguientes circunstancias:

a) Cumplido el plazo de una concesión, analizar la procedencia de su nueva licitación;

b) Modificar las características de las obras y servicios contratados por actos de autoridad sobreviniente que impliquen la construcción de obras adicionales y mayores costos asociados, conforme el artículo 19 LCOP.

c) Modificar las características de las obras y servicios contratados de acuerdo con el artículo 20, en cuyo caso el informe del Consejo de Concesiones deberá referirse al costo de las ampliaciones y su compensación;

d) Declarado un incumplimiento grave por la Comisión Arbitral y conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la LCOP, analizar la conveniencia de realizar una nueva licitación y sus condiciones, por el período que le reste o si continúa como obra pública fiscal;

e) Poner término anticipado a la concesión conforme al artículo 28 ter, cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, atendiendo a motivos de interés público.

Asimismo, la ley fija las características de los informes que debe realizar el Consejo de Concesiones en el sentido que deben ser fundados, públicos y evacuados en un plazo no superior a 60 días conforme a lo que determine el Ministro de Obras Públicas.

14.3. EL FONDO DE INFRAESTRUCTURA

El aporte de la Alianza Público-Privada ha traído beneficios indiscutidos en el desarrollo de la Infraestructura pública en nuestro país. El sistema de Concesiones de Obras Públicas posee apoyo transversal de los distintos sectores políticos, por lo que los esfuerzos a mediano y largo plazo se orientan al fortalecimiento de dicha alianza, junto con la implementación de una institucionalidad que favorezca la inversión y participación del sector privado.

Frente a esta proyección, se publica en el año 2018 la Ley N° 21.082, que crea la Sociedad Anónima del Estado denominada

“Fondo de Infraestructura S.A.” con el objetivo de optimizar el manejo de las inversiones en materia de Obras Públicas.

Tomando en cuenta que el mecanismo de concesiones se ha perfeccionado en las últimas décadas, comienzan a surgir nuevos desafíos tales como la finalización de concesiones adjudicadas años atrás, que tienen como consecuencia el ingreso de nuevos activos al Estado que eventualmente incorporarán recursos importantes a las arcas fiscales³²³.

La necesidad de manejar y asignar eficientemente dichos activos se complementa con enfocar esfuerzos en desarrollar proyectos de mayor rentabilidad social y económica, lo que llevó a que la propuesta finalmente publicada contemplase la creación de una Sociedad Anónima del Estado, incorporando una visión empresarial al momento de manejar los recursos disponibles en materia de Infraestructura Pública.

Ahora, el objeto del Fondo de Infraestructura (FDI) es la “construcción, ampliación, reparación, conservación, explotación, desarrollo, financiamiento o inversión referidas a proyectos de infraestructura, incluidos servicios anexos a éstos”³²⁴. Para este caso la participación en la sociedad contempla el aporte del 99% por parte del Fisco y el 1% de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), y en representación del Fisco concurrirán a la Junta de Accionistas los Ministros de Hacienda y de Obras Públicas; por parte de CORFO será quien designe el Consejo Directivo del Sistema de Empresas Públicas (SEP).

Dentro del mensaje se consideraron una serie de principios que

³²³ Mensaje presidencial, Boletín N° 10.647-09 del Proyecto de Ley que crea la Sociedad Anónima del Estado denominada “Fondo de Infraestructura S.A.”, de 3 de mayo de 2016.

³²⁴ Mensaje presidencial, Boletín N° 10.647-09, p. 4.

inspiraron el proyecto:

1) *Compatibilización de los principios de responsabilidad fiscal y de gobernanza del desarrollo de infraestructura por parte de la sociedad anónima.* Para esto es necesario que la sociedad sea solvente, es decir, ser sostenible financieramente y producir utilidades anuales. Adicionalmente, se establece la obligación de que el Directorio del FDI³²⁵ elabore un Plan de negocios Quinquenal que sea puesto en conocimiento del MOP antes del 31 de marzo del año que corresponda.

2) *Incorporación de las recomendaciones de la OCDE para el gobierno corporativo de las empresas del Estado.* Estas recomendaciones, como parte de la incorporación de Chile a dicha organización implican una serie de acciones, prácticas y normativa que se consideran adecuadas para aquellas empresas en que el Estado participa, teniendo en cuenta altos estándares de gobierno corporativo observando los principios de derecho público: eficiencia, eficacia, probidad y transparencia.

3) *Respetar el Principio de Igualdad ante la Ley.* Siguiendo el artículo 19 N° 21 de la CPR, esta ley considera ciertas medidas para asegurar la neutralidad competitiva de las empresas del Estado y sujetarse a las exigencias que rigen a las sociedades anónimas, procurando mantener los altos estándares de funcionamiento conforme a las proyecciones públicas en materia de infraestructura pública, siguiendo el mandato Constitucional vigente.

La Ley que crea el Fondo de Infraestructura contempla los siguientes puntos a lo largo de su articulado:

En primer lugar, se autoriza en su artículo 1° al Estado a desarrollar a través de una Sociedad Anónima, las actividades empresariales de financiamiento e inversión relacionada con proyectos

³²⁵ Artículo 25 Ley N° 21.082.

de infraestructura, así como el desarrollo de servicios anexos a los mismos, incluyendo su construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación, lo que puede contemplar la participación de terceros no relacionados.

En segundo lugar, las atribuciones del Fondo de Infraestructura son otorgadas en el párrafo 2º de la ley, que lo faculta a realizar actividades empresariales, directamente emitir instrumentos financieros de deuda o garantías, constituir sociedades anónimas filiales o coligadas, previa autorización de la junta de accionistas, realizar gastos o inversiones para nuevos proyectos y demás actividades establecidas expresamente por ley.

Por otra parte, directamente o a través de terceros tendrá las atribuciones de financiar, invertir en proyectos de infraestructura, así como laborar y realizar los estudios necesarios para tales proyectos. Y solamente a través de terceros no relacionados podrá construir, ampliar, reparar, conservar, explotar y desarrollar proyectos de infraestructura. Esto puede hacerlo únicamente por medio del otorgamiento de concesiones de acuerdo con las reglas establecidas en la LCOP u otras modalidades contractuales, definidas por licitación pública que garanticen condiciones de competencia e igualdad entre los oferentes, siguiendo los principios de transparencia y publicidad que rigen los actos públicos.

Al constituirse como Sociedad Anónima la ley señala que los contratos señalados que suscriba en ejercicio de sus atribuciones no comprometerán de manera directa ni indirecta el crédito y la responsabilidad financiera del Estado.

En tercer lugar, el Título II de la ley señala que el funcionamiento del Fondo de Infraestructura estará sujeto en lo pertinente a las normas sobre administración de sociedades anónimas y que su administración será ejercida por un Directorio compuesto por cinco miembros nombrados por el Presidente de la República:

a) Dos nombrados de una nómina de cinco candidatos propuesta por el Ministro de Obras Públicas, uno de ellos será designado Presidente del Directorio por el Presidente de la República y durarán cuatro años en el cargo;

b) Tres directores elegidos entre personas de reconocido prestigio profesional o académico a partir de una terna propuesta por el Consejo de Alta Dirección Pública ejerciendo su cargo por cinco años.

Los miembros del directorio podrán ser designados por nuevos períodos y serán renovados por parcialidades. Adicionalmente, los directores tendrán la calidad de independientes a fin de evitar la generación de potenciales conflictos de interés asegurando “el estándar que se les exige al resto de las sociedades anónimas abiertas.

Lo anterior es complementado con un amplio catálogo de inhabilidades y el establecimiento de estrictos requisitos para desempeñarse como director, a fin de garantizar una buena gestión del Fondo”³²⁶.

Finalmente, se obliga al Directorio a elaborar un Plan de Negocios Quinquenal, que será puesto en conocimiento del MOP a más tardar el 31 de marzo de cada año y debe considerar aspectos de objetivos, metas de rentabilidad de la S.A., planes de inversión, desarrollo, políticas de endeudamiento, requerimientos de transferencias fiscales si fueren necesarias y el cronograma de los llamados a licitación para el otorgamiento de nuevas concesiones.

³²⁶ Mensaje presidencial, Boletín N° 10.647-09, p. 8.

CAPÍTULO XV

DE LA INFRAESTRUCTURA ESPECIALIZADA

15.1. REGULACIÓN Y ÁMBITOS ESPECÍFICOS

La regulación del sistema concesional obedece principalmente al interés público, adecuándose a las necesidades sociales que se presenten en diferentes ámbitos. Más allá de la relación con otros ámbitos del derecho común, los cuales se acoplan dentro de la regulación concesional en función de la intervención de privados dentro del sistema, es necesario observar la estrecha relación con normativa sectorial específica la que finalmente cumple su objetivo a través de la constitución de concesiones.

En este capítulo revisaremos algunos casos en que la normativa específica debe interactuar estrechamente con la regulación concesional en atención a la naturaleza de los proyectos.

15.2. DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y DESALACIÓN

La gestión del agua desde sus inicios se ha radicado al ámbito público. Si bien el sistema actual considera para su aprovechamiento la constitución de títulos concesionales que permiten a los privados disponer del recurso hídrico, la escasez más frecuente y el establecimiento de políticas públicas orientadas al manejo sustentable, han expandido el campo de acción, enfocándose en que las autoridades busquen medios para manejar de forma más efi-

ciente su disponibilidad y de esta forma democratizar su acceso a todos los sectores de la población.

Así, es clave la necesidad de contar con infraestructura adecuada que permita la gestión eficiente del agua, para lo cual el sistema concesional de obras públicas puede constituir un instrumento capaz de asegurar la eficacia de las políticas públicas implementadas para tal efecto.

En tal sentido, el artículo 1º de la Ley Orgánica del MOP³²⁷, prescribe que el MOP será la secretaría encargada “*del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los artículos 2º y 3º de esta Ley*”. Lo expresado implica que la función del MOP se encuentra dirigida a ser el ente público a cargo de las obras públicas fiscales³²⁸ en todas sus fases, independiente del objeto del proyecto.

Las normas descritas, en su conjunto, determinan que el MOP es el ente público competente para llevar a cabo la construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales, en este caso el Proyecto. El legislador faculta

³²⁷ DFL N° 850 de 1998, Ley Orgánica del MOP, publicada el 25 de febrero de 1998.

³²⁸ La doctrina nacional ha definido “obra pública” como “aquellas obras realizadas por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público –dominio público– o incorporación al dominio privado del Estado” (SILVA CIMMA, Enrique. *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1995), mientras que la Administración del Estado la ha singularizado como aquellos inmuebles construidos por el Estado con finalidad pública, implicando la finalidad pública asociada, que la obra propende a la satisfacción inmediata y directa de la colectividad, o bien que preste utilidad general (Ord. N° 38.839 de 7.06.1976 del MOP, citado en Ord. N° 6.695/313 de la Dirección del Trabajo).

expresamente al MOP a desarrollar esta misión mediante el sistema de concesión, el cual se encuentra regulado en detalle en la Ley de Concesiones³²⁹.

15.2.1. Normativa contenida en la Ley de Concesiones y en su Reglamento³³⁰

El ámbito de aplicación del sistema de concesiones contempla La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, junto con las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados.

Del texto de la norma aludida es posible advertir que ésta habilita al MOP, para concesionar a un privado el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan. El otorgamiento de la concesión se encuentra asociado a la obligación que pesa sobre el concesionario de cumplir durante toda su vigencia los niveles de servicio y estándares técnicos que al efecto se establezcan por parte de la Administración en las bases de licitación, no dejando en ningún momento de pertenecer al Estado las obras públicas fiscales y los bienes objeto de concesión.

El artículo 39 de la LCOP consagra que el MOP podrá otorgar en concesión las obras públicas, su equipamiento o la prestación de servicios asociados, en virtud de lo cual, este organismo de la administración del Estado es, por regla general, el ente compe-

³²⁹ DS N° 900 de 1996, LCOP.

³³⁰ DS MOP N° 956 de 2007.

tente para llevar adelante las licitaciones públicas nacionales o internacionales destinadas a adjudicar los contratos de concesión para la construcción y explotación de obra pública.

Por tanto, en el evento de constatar que la ejecución, reparación, conservación o explotación de la obra pública fiscal cuya concesión se pretende otorgar, se encuentra entregada a la competencia exclusiva de otro organismo integrante de la administración del Estado, el MOP podrá entregar en concesión las obras públicas fiscales, celebrando previamente el correspondiente convenio de mandato según lo dispone el artículo 39³³¹.

Lo dispuesto en este sentido, es complementado por el Reglamento de la Ley de Concesiones, el cual en su artículo 96 referido a “Concesiones Otorgadas a Solicitud de Otros Organismos del Estado”, junto con refrendar lo señalado en la LCOP con respecto a las obras públicas, indica que se requerirá asimismo convenio de mandato para otorgar en concesión bienes cuya competencia se encuentre radicada en otro organismo integrante de la administración del Estado. Dicho precepto reglamentario agrega que la entidad pública mandante deberá aprobar las bases de licitación, materializándose el convenio de mandato de forma previa al llamado a licitación.

15.2.2. Competencia del MOP para ejecutar iniciativas especializadas a través del sistema de concesión de obra pública

Una vez descrito sucintamente el marco jurídico que rige el estatuto competencial del MOP para efectos de ejecutar obras públicas fiscales mediante el sistema de concesiones de obra pública establecido en la LCOP, cabe dilucidar si éste se encuentra habili-

³³¹ En tal sentido se estatuye que “En estos casos, dichos entes públicos podrán delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, la entrega en concesión de tales obras bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por esta ley...” (artículo 39 inciso 2°).

tado para implementar la iniciativa en cuanto a su construcción y operación.

Al respecto, es preciso recalcar que –sin perjuicio de la posibilidad de suscribir el convenio de mandato correspondiente–, por ley, el MOP “*es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales*” como lo establece el artículo 1º de la Ley Orgánica del MOP, contando con unidades especializadas para el desarrollo de obras públicas fiscales específicas como puertos (Dirección de Obras Portuarias), aeropuertos (Dirección de Aeropuertos), carreteras y puentes (Dirección de Vialidad), embalses (Dirección de Riego, actual Dirección de Obras Hidráulicas), entre otros.

En este sentido, dentro de las modificaciones efectuadas a la Ley de Concesiones, introducida por la Ley N° 20.410, debe resaltarse la indicación del Ejecutivo por la cual se incorporó, ahora expresamente, en el texto del artículo 1º la palabra “explotación”.

Al respecto, en la discusión particular del proyecto en la Comisión de Hacienda, primer trámite constitucional del Senado, el Ejecutivo enfatizó “lo que la indicación hace, en su inciso 1º, es incluir la explotación de obras públicas fiscales y la provisión de equipamiento y *prestación de servicios* asociados dentro del concepto de concesión. Esto apunta a las denominadas ‘concesiones de tercera generación’”³³². La indicación fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión de Hacienda y se mantuvo el texto en las etapas posteriores, quedando como texto definitivo.

15.2.3. Proyectos de infraestructura de desalación

³³² Boleín de Indicaciones N° 5.172-09 de 14.12.2007, Historia de la Ley N° 20.410 que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica, p. 433.

dentro del sistema de concesiones

Precisamente, una de las formas de buscar la gestión eficiente del recurso hídrico es mediante el sistema de desalación multi-propósito. La desalación permite asegurar el acceso sustentable al agua, de forma que se mantenga un suministro apto para el consumo humano por medio de un proceso que permita aprovechar el agua del mar.

Frente a la demanda de agua en diferentes zonas de nuestro país que sufren de sequía frecuente, el desarrollo de proyectos de desalación viene a satisfacer una necesidad pública que por temas de asignación de recursos y desarrollo tecnológico puede complementarse con la acción de privados por medio del establecimiento de concesiones de Obra Pública.

Ahora, por la naturaleza de este tipo de proyectos se desprende que su ejecución dentro del Sistema de concesiones no se enmarcará, específicamente, dentro de las especialidades de aquellas Direcciones del MOP consagradas por su Ley Orgánica, no obstante lo cual, el MOP se encontraría habilitado a desarrollarla, dado que el artículo 14 letra j) del tantas veces citado DFL, faculta al Director General de Obras Públicas a *“ordenar a cualquiera de las Direcciones la ejecución de obras que no sean de su respectiva especialidad, cuando razones de interés público calificadas por el Ministerio de Obras Públicas, así lo aconsejen”*.

En este sentido, la Dirección de Obras Hidráulicas es la entidad cuya especialidad son las obras de riego, obras que por sus características –tratamiento de aguas– se acerca en mayor medida a la ejecución de las obras necesarias para el desarrollo de la iniciativa propuesta. Al respecto, el artículo 17 de la Ley Orgánica del MOP establece que *“A la Dirección de Riego corresponderá: a) El estudio, proyección, construcción, reparación y explotación de obras de riego que se realicen con fondos fiscales, de acuerdo con las disposiciones del DFL N° 1.123, de Justicia, de 1981”*.

Con base en lo expresado en los articulados expuestos, resulta indubitado que el MOP se encuentra habilitado legalmente para construir y explotar mediante sus direcciones de obras públicas fiscales, la iniciativa. Cabe señalar, más allá de lo expresamente estatuido por el legislador para cada una de las reparticiones del MOP, el Director General de Obras Públicas puede ordenar a cualquiera de ellas la ejecución de obras que no sean de su especialidad, por ejemplo, en este caso, a la Dirección de Obras Hidráulicas la construcción y explotación de obras de desalinización. A mayor abundamiento, la experiencia demuestra que la competencia del MOP para ejecutar obras públicas, abarca las facultades necesarias para construir y explotar. Ejemplo de lo indicado es el Proyecto Concesión Conectividad de Cruce Canal de Chacao, en el cual el MOP plantea la construcción de la obra y la explotación de los servicios, autorizando al concesionario a cobrar una tarifa a los usuarios por el uso del medio de transporte³³³.

15.2.4. Excepciones a la competencia residual del MOP para la ejecución de Obras Públicas

Como se indicó en el acápite anterior, por regla general, el MOP es competente para otorgar en concesión la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, ya sea que se trate de explotación de obras o servicios, el uso y goce de bienes nacionales de uso público para el desarrollo de áreas de servicio, o bien de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados³³⁴.

Esta atribución, encuentra sus límites en lo prescrito en dos disposiciones, una de rango legal y otra de carácter reglamentario.

³³³ Bases de Licitación, Proyecto de Concesión, Conectividad Cruce Canal de Chacao. MOP, 2009, p. 78.

³³⁴ Artículo 1º Ley Orgánica del MOP y artículo 1º LCOP.

La primera de ellas se encuentra contenida en el artículo 39 de la LCOP, la cual indica que la facultad del MOP para otorgar la concesión de las obras públicas fiscales directamente, es residual, ya que, en caso de que la ejecución de las obras esté entregada a la competencia exclusiva de otro ministerio, servicio público, municipio, empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado, será necesario celebrar un convenio de mandato por medio del cual se le delegue al MOP esta atribución. Seguidamente, el artículo 96 del reglamento de concesiones de obra pública, prescribe que el MOP será competente para otorgar la concesión de toda obra pública o bien, salvo que las obras o los bienes sean de competencia exclusiva de otro organismo integrante de la administración estatal, en cuyo caso requerirá suscribir convenio de mandato que le delegue dicha facultad.

Aun cuando ambas normas presentan grandes similitudes, se especifica expresamente en una de ellas que se incluye, no sólo a las obras públicas fiscales que serán objeto de la concesión, sino que, asimismo, hace referencia a los bienes cuyo uso y goce se entreguen en concesión para el desarrollo de los servicios que la misma pueda contemplar. Dado que el Proyecto implica considerar el uso y goce de bienes nacionales de uso público para la construcción de las obras públicas fiscales –que en definitiva serán objeto de concesión para la prestación de un servicio– es necesario analizar los posibles mandantes en cuanto a la obra (fase de construcción u operación) y los bienes que el Proyecto requeriría para su implementación.

A continuación, se analizan las competencias de la Superintendencia de Servicios Sanitarios a fin de determinar si se requiere mandato de este organismo para la ejecución de una iniciativa de esta naturaleza.

15.2.5. Competencia de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)

Conforme lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.802 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, a este organismo corresponde “la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios”.

En este mismo sentido la Ley General de Servicios Sanitarios estatuye que servicios sanitarios son los servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas. Al respecto, establece que la SISS es el organismo encargado de fiscalizar el cumplimiento del régimen de explotación, régimen de concesión y normas relativas a la prestación de los servicios sanitarios, así como regular las relaciones entre los concesionarios sanitarios con el Estado y los usuarios (artículo 1° de la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382, de 1989, del MOP).

De acuerdo con lo anterior, cabe dilucidar qué actividades comprenden los servicios sanitarios y su concesión en relación con las obras para sistemas de desalinización en general. En este sentido, podemos encontrar la definición y alcance de los servicios sanitarios, en el artículo 3° de la comentada ley, el cual prescribe “*Se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas. Se entiende por distribución de agua potable, la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario. Se entiende por recolección de aguas servidas, la conducción de éstas desde el inmueble del usuario, hasta la entrega para su disposición. Se entiende por disposición de aguas servidas, la evacuación de éstas en cuerpos receptores, en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas, o en sistemas de tratamiento*”.

Consecuentemente, de las normas citadas se desprende que los servicios sanitarios incluyen 1) la captación y tratamiento de agua cruda para la producción de agua potable, 2) su distribución y 3) el tratamiento de las aguas servidas. Al respecto cabe concluir que, dentro de las competencias entregadas a la SISS, no se contempla la concesión y fiscalización de obras de desalinización que consideren captación y tratamiento de agua salada de mar para la producción de agua cruda para el propósito que corresponda: consumo humano, agricultura, minería e industria, entre otros. De lo anterior, se advierte que el MOP no requiere un convenio mandato de la Superintendencia de Servicios Sanitarios para la construcción y explotación de las obras necesarias para el sistema de desalinización que propone la iniciativa.

Ahora debemos analizar la naturaleza jurídica del agua de mar y la competencia de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa, a fin de dilucidar si es necesario un mandato de dicho organismo para la ejecución de la iniciativa por parte del MOP.

15.2.6. Naturaleza jurídica del agua de mar

Puesto que el sistema de desalinización involucra, a grandes rasgos, la captación y tratamiento de agua de mar en el borde costero de la zona en que se implemente, a fin de abastecer la demanda de agua para los propósitos de consumo humano, agricultura, minería e industria, involucrará el uso y goce de un bien nacional de uso público, el agua de mar. De acuerdo con lo anterior es importante detenerse en la naturaleza jurídica y regulación de este BNUP.

La regulación del mar se compone de normas internas de rango constitucional, legal y reglamentario, y por tratados internacionales destinados a regular la utilización del mar y la explotación de los recursos, como se sintetiza a continuación.

15.2.6.1. *Tratados Internacionales*

Chile suscribió la Convención del Mar de las Naciones Unidas, que según su preámbulo busca *“establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos”*³³⁵.

15.2.6.2. *Regulación constitucional y legal (propiedad de las aguas)*

El artículo 19 N° 23 de la CPR, establece como bienes del Estado, aquellos que deben pertenecer a la nación y son declarados en ese rango por ley. Los bienes estatales están excluidos del comercio humano, sólo admiten su uso y goce por medio de autorizaciones, permisos o concesiones temporales administrativas.

El artículo 585 del Código Civil contempla “la alta mar” como una de aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, disponiendo que no es susceptible de dominio, que ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela, y que su uso y goce es determinado entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional. Luego, el artículo 593 del Código Civil dispone que el “mar adyacente”, hasta la distancia de 12 millas marinas, es mar territorial y de dominio nacional, y que forman parte de las aguas interiores del Estado. El artículo 595 del Código Civil dispone que todas las aguas, entre las

³³⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar –Convemar. Entró en vigencia el 16 de noviembre de 1994, siendo adherida por Chile el 25 de agosto de 1997.

que se incluyen las marítimas, son bienes nacionales de uso público. Seguidamente, el artículo 598 del Código Civil establece que generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, incluyendo el mar y sus playas, el uso y goce estarán sujetos a las disposiciones del mismo Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen. Finalmente, el artículo 599 del Código Civil señala que nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional.

15.2.7. Competencia de la Secretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nacional

La utilización de los bienes nacionales de uso público relacionados con el mar, se regulan en el DFL N° 340 sobre Concesiones Marítimas del año 1960 y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 2, publicado el 20 de abril de 2006 del Ministerio de Defensa Nacional.

15.2.7.1. Explotación del Mar

Uno de los usos privados de espacios de mar tiene lugar mediante las Concesiones Marítimas, las que otorgan derechos para que un particular, mediante un acto administrativo denominado Concesión, pueda ocupar de manera privativa de este bien nacional de uso público.

El artículo 2° del DFL sobre Concesiones Marítimas dispone que la entrega de las concesiones es una facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría Marina.

Luego, las Concesiones Marítimas pueden tener cualquier destino, siendo irrelevante ello para su calificación. Además, al tratarse de un derecho creado por un acto administrativo, se encuen-

tran sujetos a un plazo máximo de 50 años (artículos 3º y 5º del Reglamento de Concesiones Marítimas) y a un régimen de caducidad por incumplimiento de algunas de las obligaciones que se imponen al momento de otorgarse la concesión respectiva.

De acuerdo con lo señalado, las Concesiones Marítimas en comento dicen relación con la ocupación de superficies costeras, fondos de mar y porciones de agua dentro y fuera de las bahías, superficies que se requerirán para instalar las obras necesarias para el sistema de desalación propuesto. A pesar de lo anterior, el uso y goce del agua de mar para su captación y tratamiento, producción de agua cruda y posterior comercialización, no es parte de las Concesiones Marítimas indicadas.

15.2.8. Conclusiones

Finalmente, de acuerdo con la normativa tratada y específicamente debido a la naturaleza de BNUP del agua de mar, se concluye que el único órgano de la administración del Estado competente para construir y explotar un sistema de desalinización es el MOP, por medio de una de sus direcciones especializadas, particularmente la Dirección de Obras Hidráulicas, por medio de una orden del Director General de Obras Públicas, órgano administrativo facultado legalmente para concesionar Bienes Nacionales de Uso Público como el agua de mar.

Seguidamente, para la ocupación del borde costero y fondo de mar necesario para la instalación de las obras del sistema de desalación que propone la iniciativa, se requerirá una Concesión Marítima por parte de Ministerio de Defensa, Subsecretaría de Marina.

Sin perjuicio de la normativa atingente en materia de plantas desalinizadoras por medio de iniciativas privadas, cabe destacar que actualmente existe un proyecto de ley que busca facultar al Estado para llevar a cabo actividades empresariales con el objeto

de fomentar y desarrollar la creación de plantas desalinizadoras³³⁶.

15.3. DE LA INFRAESTRUCTURA HOSPITALARIA, Y ALIANZA CON UNIVERSIDADES

Del mandato constitucional que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que la salud pública ha sido una de las prioridades del Estado.

La incapacidad de satisfacer efectivamente la demanda en este ámbito hace que el sistema público de redes asistenciales sea fuertemente criticado en función a su falta de disponibilidad y la incapacidad de responder adecuadamente frente a casos de urgencia por deficiencias en materia de especialización, personal, asignación de recursos e infraestructura disponible. Por esto que la alianza público-privada en este caso surge como una alternativa viable en función de aminorar las crisis dentro de la salud pública³³⁷.

En este caso, la intervención de privados atiende a la necesidad de desarrollo de la infraestructura necesaria para garantizar calidad y oportunidad en el servicio, por lo que asumen en este caso un rol que se encontrará fuertemente regulado por el sector especializado a lo largo de la explotación de la concesión.

La operación de infraestructura hospitalaria estará sujeta a políticas en materia de salud pública, buscando la cobertura a sectores vulnerables de la población y como claramente no será suficiente con la implementación de la infraestructura, pueden coordinarse

³³⁶ Proyecto de Ley, Boletín N° 9.862-33, actualmente en el segundo trámite constitucional, discusión en el Senado.

³³⁷ COPSA. *Hospitales Públicos en Asociación Público-Privada (APP)*. Santiago: Departamento de Estudios, Copsa Chile, 2014. Documento disponible en <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/32950-2.pdf> (revisado el 18 de abril de 2019).

con diversos organismos o instituciones que favorezcan la operación de centros de salud concesionados. Así, la APP va más allá de la relación con el MOP en materia de la construcción, ejecución y explotación de proyectos de infraestructura, generándose eventualmente una alianza estratégica con universidades públicas que posean conocimientos técnicos y específicos en temas de salud.

La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado considera a las universidades estatales dentro de los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa³³⁸, lo cual ha sido refrendado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³³⁹, como por la Contraloría General de la República³⁴⁰.

15.3.1. Competencia, Funciones y Atribuciones especiales de las universidades

Entre las funciones que se pueden apreciar corresponden a las universidades públicas, se encuentran entre otras: promover la

³³⁸ Esto queda refrendado en el texto del artículo 32 referido a la organización interna de los servicios públicos, el cual en su inciso 2º señala que “*Las instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización Facultades, Escuelas, Institutos, Centro de Estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos*”. En el mismo sentido el inciso 2º del artículo 40 de la LGBAE indica que “*Los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las instituciones de Educación Superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República (...)*”.

³³⁹ Sentencia rol Nº 352 y rol Nº 1892. Esta última sentencia expresó que “*no procede sino afirmar esa premisa que representa el punto de partida aceptado por la jurisprudencia constitucional, cual es que la Universidad de Chile, al igual que las otras universidades estatales, se perfila con todos los rasgos particulares y distintivos que caracterizan a los servicios públicos de la Administración del Estado*” (considerando 5º).

³⁴⁰ Dictámenes Nº 16.950 de 1983, Nº 19.448 de 1984 y Nº 26.819 de 1984.

investigación, creación, preservación y transmisión del saber universal y el cultivo de las artes y de las letras; contribuir a la formación integral del hombre y al desarrollo social, económico; científico y cultural del país; y en general, realizar las funciones de docencia y extensión que son propias de la tarea universitaria³⁴¹.

En virtud de su autonomía establecida como cuerpos intermedios, las universidades públicas cuentan con la potestad de regirse por sí mismas en todo lo concerniente al cumplimiento de sus fines. En consecuencia, podrán determinar la forma en que realizarán sus funciones de docencia, investigación y extensión, la fijación de sus planes y programas de estudio, la administración y distribución de sus recursos, así como la organización de sus diferentes estructuras y dependencias académicas y administrativas³⁴².

Un ejemplo de las diversas modalidades en que las universidades estatales pueden cumplir las funciones que les son propias, especialmente aquellas vinculadas a docencia e investigación en el campo de la medicina, la contribución al desarrollo social y la extensión hacia la comunidad nacional, es el Hospital Clínico Universidad de Chile, el cual ha realizado grandes aportes a la salud del país.

15.3.2. Factibilidad de Ejecución y Explotación de Recintos Hospitalarios de las universidades y la APP

De acuerdo con las consideraciones planteadas, las universidades estatales se encuentran habilitadas a impulsar el desarrollo de establecimientos asistenciales para la realización o la contribución

³⁴¹ Estas atribuciones pueden apreciarse en el artículo 3° del estatuto orgánico de la Universidad de Santiago de Chile, DFL N° 149 de 1982, del Ministerio de Educación.

³⁴² Artículos 4° y 5° DFL N° 149 de 1982.

a la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas, para, de este modo, cumplir sus funciones de docencia, investigación y extensión, así como de contribuir a la formación integral del hombre y al desarrollo social, económico, científico y cultural del país. Sin perjuicio de aquello, una iniciativa de esta índole requerirá contar con las autorizaciones sanitarias correspondientes por parte de la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Salud, de acuerdo con los preceptos del Código Sanitario, independiente de su estatus de organismo público.

Dentro de las modalidades bajo las cuales se puede llevar a efecto la Alianza público-privada en este caso, es por medio de la ejecución de este tipo de obras, por una parte, ya que se encuentra la posibilidad de otorgar en concesión tanto la obra misma como la provisión de su equipamiento o la prestación de servicios asociados, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Concesiones de Obra Pública. Esta normativa habilita a los Ministerios, servicios públicos, municipios, empresas públicas y en general a los organismos integrantes de la administración del Estado, a contratar la construcción, reparación o conservación de obras públicas fiscales entregadas a su competencia, a cambio de la concesión temporal de su explotación, la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados. Si bien la mentada normativa indica que el Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, en caso de que éstas estén entregadas a otro organismo integrante de la administración del Estado, dichos organismos podrán delegar mediante convenio de mandato la entrega en concesión de tales obras.

La Ley de Concesiones resulta aplicable a la Ejecución, Reparación, Conservación o Explotación de Obras Públicas Fiskales, el uso y goce de bienes nacionales de uso público o fiskal y la provisión de equipamiento y prestación de servicios asociados. Se destina a las obras encomendadas al Ministerio de Obras Públicas (MOP), así como a aquellas encomendadas a la competencia de

otro ministerio, servicio público, y en general a todo organismo de la administración del Estado que haya delegar al MOP la entrega de su concesión³⁴³, por lo que en este caso la unión estratégica entre el sector público y privado puede extenderse a involucrar a aquellos actores especializados que pueden brindar el conocimiento técnico adquirido por medio de las labores de docencia e investigación de las universidades.

15.3.3. Objeciones actuales y conclusiones

Ahora, en relación con la intervención de privados en aspectos de salud pública, no existe un apoyo uniforme en el sector político. En julio de 2017 fue presentado un proyecto de ley que buscaba modificar la Ley de Concesiones de obras públicas para excluir la construcción de recintos hospitalarios, así como la prestación de servicios afines³⁴⁴ del sistema, argumentando que los actuales proyectos de infraestructura hospitalaria pública de las comunas de Maipú y La Florida presentaban una carga financiera para el Estado, que restaba eficiencia a la explotación de dichos recintos bajo esa modalidad. Por lo mismo, dicho proyecto, que actualmente no ha presentado mayores avances en su tramitación, recoge las inquietudes que surgen respecto del diseño del modelo específico en infraestructura para recintos hospitalarios en rela-

³⁴³ Las concesiones que se otorguen contemplarán la obligación del concesionario de cumplir durante la vigencia del contrato de concesión niveles de servicio y estándares técnicos (conjunto de funcionalidades y prestaciones que la obra pública debe proveer), establecidos en las bases de licitación respectivas (BALI).

En el plazo de 10 días, el MOP comunica al postulante si los antecedentes acompañados se ajustan a la normativa. En caso de estar incompletos, el postulante deberá entregar antecedentes faltantes dentro de 5 días, o en caso contrario se tendrá como no realizada la presentación.

³⁴⁴ Proyecto en moción de las diputadas señoras Cariola, Fernández, Girardi y Vallejo, y de los diputados señores Boric, Castro, Jackson, Letelier, Robles y Torres, que “Modifica la legislación sobre concesión de obras públicas Fiscales para excluir de dicho mecanismo la construcción de infraestructura y la prestación de servicios hospitalarios” (Boletín N° 11.323-09).

ción con la administración de los recursos financieros del Estado y la garantía de que esta modalidad sea el medio idóneo para asegurar el derecho a la salud de las personas.

Sin embargo, dichas inquietudes no han repercutido en la elaboración de la agenda en infraestructura a nivel del Gobierno central, puesto que no ha existido mayor reserva al respecto, manteniéndose en los hechos la utilización del sistema concesional para aumentar la capacidad de la infraestructura hospitalaria en función de la alianza público-privada. Un ejemplo de esto es la proyección observada en la “Agenda de Concesiones 2018-2023” de la DGCOP, que contempla la licitación de 7 redes hospitalarias entre los años 2019-2021³⁴⁵.

15.4. DE LA INFRAESTRUCTURA EN TRANSPORTE PÚBLICO

En tercer lugar, es interesante también analizar la relación entre el sistema de concesiones de obras públicas y el sistema de transporte público, por el dinamismo que este último presenta frente a las necesidades sociales que van surgiendo y las diferentes aristas a considerar. Conforme aumenta la densidad de las ciudades, se hace patente no sólo mejorar el sistema de transporte público conforme la eficiencia de su funcionamiento, sino que también intentando evitar las externalidades negativas que pudiese ocasionar, tales como congestión vehicular, ruidos molestos y contaminación. Por lo mismo, la tendencia va encaminada a diseñar planes de transporte públicos sustentables y amigables con los usuarios y el entorno.

Los principios de finalidad del Estado, subsidiariedad activa y pasiva, así como el derecho de los particulares a desarrollar acti-

³⁴⁵ Información otorgada por la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas, por medio de su página institucional: http://www.concesiones.cl/proyectos/paginas/agendaConcesiones2018_2022.aspx (revisado el 24 de abril de 2019).

vidades económicas y el deber del Estado de asegurar el bien común, son las normas de principio básicas para interpretar el Sistema de Concesionas de Obras Públicas regulado en la Ley de Concesiones, que en su conjunto conforman el estatuto jurídico que es posible de aplicar también al sistema de transportes.

Consecuentemente, la asociación público-privada supone el derecho al libre emprendimiento de los particulares, en armonía jurídico-económica con el deber del Estado de asegurar el bien común y, en particular, la creación de las condiciones que permitan el mejor desarrollo material posible y la integración armónica de todos los sectores de la población.

15.4.1. Normativa sectorial aplicable

a) Respecto a proyectos de transporte público en APP, resulta atractivo para la intervención de privados la *Ley N° 20.378 que Crea un Subsidio Nacional para el Transporte Público Remunerado de Pasajeros*. Esta ley tiene por finalidad mejorar y fomentar el transporte público de pasajeros a lo largo de todo el país, introduciendo un mecanismo de subsidio a la tarifa del transporte público remunerado de pasajeros.

La ley también contiene una definición amplia y extensiva de los medios de transportes considerados transporte público. Al respecto cabe tener presente el artículo 2° inciso 3° de la normativa que dispone: “*Para los efectos de esta ley, se entenderá por transporte público mayor el que se efectúa mediante buses, minibuses, trolebuses y taxi-buses, o a través de otros modos terrestres, ferroviarios, marítimos o aéreos...*”.

b) El DL N° 2.186 de 1978 del Ministerio de Justicia, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, resulta relevante para los proyectos de esta índole. De acuerdo con la CPR y al artículo 15 de la Ley de Concesiones, en caso de ser necesaria la expropiación de bienes y derechos para la cons-

trucción de la obra, se requerirá la declaración de utilidad pública y se aplicará el procedimiento expropiatorio establecido en el DL N° 2.186. Conforme lo anterior, para la ejecución de un Proyecto de Iniciativa privada en materia de sistemas de transporte público en el marco del Sistema de Concesiones de Obras Públicas del MOP, se debe considerar –para el evento de afectar inmuebles de particulares– el procedimiento regulado en la señalada normativa. En este sentido, el artículo 1° de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (DL N° 2.186) señala que *“Toda expropiación por causa de utilidad pública o de interés social o nacional, cualquiera que sea la ley que la autorice o la institución que la decreta, se sujetará al procedimiento establecido en el presente texto”*.

c) La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el Decreto N° 40, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, aprueba el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Una iniciativa de transporte público puede enmarcarse en la enumeración de aquellos proyectos que, conforme a los artículos 10 y 11 de la Ley N° 19.300, deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Atendida la magnitud de la Iniciativa, sus características, efectos y circunstancias, corresponde que ésta se someta a un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Entre los proyectos enumerados en el artículo 10 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, se destaca la letra e) que establece *“Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas”*; y la letra p) que dispone *“Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita”*. Caracterización que será relevante en el

caso que el proyecto genere impacto en las zonas descritas.

Por su parte, de la enumeración señalada en el artículo 11 de la normativa, que establece los efectos, características o circunstancias que se pueden generar o presentar en un proyecto de esta especie y que determinan la obligatoriedad de presentar un EIA, se destacan los siguientes: letra d) *“Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”*; letra e) *“Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona”*, y letra f) *“Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural”*.

Conforme lo señalado, resulta aplicable la normativa ambiental indicada, debiendo analizarse en detalle los puntos atingentes y su profundidad para la preparación del EIA y su tramitación ante el SEIA.

d) La Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que inicia indicando (artículo 1°) que los bienes municipales y nacionales de uso público que se encuentren en territorio de cada comuna se encuentran sujetos a la administración del respectivo municipio. Consecuentemente, dado que un proyecto de transporte público contempla la ocupación, eventual, de bienes municipales y nacionales de uso público que se encuentran en las comunas correspondientes resulta aplicable la normativa indicada.

e) La Ley N° 8.946, Leyes de Pavimentación Comunal, recopila la ocupación de bienes nacionales de uso público que se encuentren bajo la dirección y fiscalización del Serviu. Resultaría aplicable la Ley N° 8.946 en su artículo 75 bis, dependiendo del proyecto, al disponer que la facultad de utilizar gratuitamente

bienes nacionales de uso público para construir o instalar las infraestructuras necesarias para producir y/o distribuir servicios de utilidad pública por parte de empresas concesionarias, no se extiende a las obras de remoción, rotura o reposición de pavimentos.

La construcción o instalación de los servicios a que se refiere el inciso anterior se hará bajo la dirección y fiscalización de los Servicios de Vivienda y Urbanización, dando cumplimiento a las demás disposiciones legales.

f) El DL N° 327 de 25 de marzo de 1980, que fija la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales. Teniendo presente que puede proceder eventualmente la ocupación de bienes nacionales de uso público o fiscales que se encuentran bajo la dirección del Ministerio de Bienes Nacionales, órgano público regulado en el DL N° 327, aparece con claridad su aplicación (artículo 1° DL N° 327).

15.4.2. La opción del tranvía o metro ligero como un medio de transporte sustentable

Dentro de las modalidades disponibles para desarrollar proyectos de infraestructura en materia de transporte público es destacable considerar el funcionamiento de los tranvías o metro ligero. Este sistema, que no está mayormente desarrollado en Chile, es una opción sustentable que posee grandes ventajas en su funcionamiento y que ha sido adoptado en otros países con consecuencias positivas. Debido a su naturaleza, es una alternativa no contaminante, que no genera ruidos, no requiere de mayores intervenciones en su trazado (como la construcción de túneles) y ayuda considerablemente a disminuir los tiempos de viajes de los pasajeros.

El tranvía o metro ligero, atendidas sus características propias, corresponde a un modo de transporte ferroviario distinto del ferrocarril. Consecuentemente, interpretando de manera finalista la

normativa sectorial específica que regula al ferrocarril de carga y pasajeros podemos sostener que su reglamentación si bien no es vinculante, debe aplicarse referencialmente para efectos del tranvía.

El tranvía o metro ligero resulta jurídicamente factible en su implementación como medio de transporte público de pasajeros, como se indicó, y para estos efectos, se debe considerar de manera referencial la normativa sectorial aplicable a otros medios de transporte ferroviarios a la hora de establecer sus niveles de servicio y estándares técnicos, sin que ésta revista carácter vinculante. Lo anterior, debe relacionarse con la LCOP, ya citada, la cual, tras su reforma de 2010, colocó expresamente como parámetro de exigibilidad de la infraestructura los niveles de servicio y estándares técnicos. A su vez, la implementación de un Proyecto de esta naturaleza debe considerar estos niveles y estándares conforme la experiencia internacional comparada, que otorga una referencia aceptable en este caso.

A continuación, se procede a exponer un análisis de la normativa referencial aplicable al caso del sistema de tranvías o metro ligero:

a) *Decreto N° 1.157, de 1931, Ministerio de Fomento (actual Ministerio de Economía, Fomento y Turismo). Ley general de ferrocarriles.* Si bien la Ley General de Ferrocarriles regula un modo de transporte ferroviario diverso al tranvía, se debe tener presente como normativa referencial al Proyecto a la hora de analizar su estatuto jurídico aplicable. En este sentido el artículo 1° de la señalada normativa prescribe “*La presente ley se refiere a las vías férreas de toda naturaleza existentes a la fecha de su dictación, a las que se establezcan en el futuro y a sus relaciones con las demás vías de transportes, terrestres, aéreas y por agua*”.

De acuerdo con lo indicado, si bien la normativa regulada en la Ley de General de Ferrocarriles no es aplicable directamente a un

sistema de tranvías o metro ligero, debe considerarse como normativa sectorial de referencia en su aplicación, con especial consideración *–mutatis mutandi–* a las normas de seguridad y restricciones de infraestructura que ésta contempla, adecuándose a la tecnología del tranvía.

b) El Decreto N° 206, de 1960, Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de las disposiciones legales sobre construcción, conservación y financiamiento de caminos. La Ley sobre Construcción, Conservación y Financiamiento de Caminos, no regula directamente un proyecto de este tipo. Sin embargo, sus disposiciones deben considerarse referenciales y adecuarse a las características propias del tranvía o metro ligero, pudiendo tomar como referencia las normas que se establecen en relación con los cruces ferroviarios por caminos públicos y las prohibiciones, entre otros.

A modo ejemplar, se puede indicar el artículo 8° inciso 2° del indicado cuerpo legal que establece las diferencias de nivel y costos que deben considerarse referencialmente en caso de que la obra implique cruzamientos con caminos nacionales. Adicionalmente, se puede hacer referencia al artículo 14 que dispone la prohibición de “*ocupar, cerrar, obstruir o desviar los caminos públicos*”, que guarda relación con la intervención en los caminos que implica la implementación de un tranvía o metro ligero.

c) Decreto N° 212 de 1992 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Reglamento de los servicios nacionales de transporte público de pasajeros. El Decreto N° 212 regula las atribuciones y procedimiento del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) para la licitación de los servicios de transporte público de pasajeros. Normativa que referencialmente debe ser considerada en el análisis de la normativa aplicable.

En este sentido, el artículo 1° del indicado decreto dispone su aplicación a “*los servicios de transporte nacional de pasajeros,*

colectivo o individual, público y remunerado, que se efectúe con vehículos motorizados por calles, caminos y demás vías públicas, rurales o urbanas, caminos vecinales o particulares destinados al uso público de todo el territorio de la República". Si bien el artículo 1º, en cuanto al ámbito de aplicación, se refiere al servicio de transporte de pasajeros efectuado con vehículos motorizados, la normativa se aplica referencialmente al tranvía o metro ligero por tratarse de un transporte público de pasajeros efectuado en vías, sin perjuicio que no se mencione expresamente en la norma.

d) *Ley N° 18.290 de Tránsito*. La Ley del tránsito somete expresamente la operación de los servicios de locomoción colectiva de pasajeros, referida a buses y taxi, a las normas que el MTT determine. Sin perjuicio de que esta normativa no hace mención expresa a medios de transporte como el tranvía o metro ligero, debe tenerse presente de manera referencial para el estudio de la normativa aplicable a proyectos de esta naturaleza. En este sentido el artículo 85º de la Ley del Tránsito dispone: *"Los servicios de locomoción colectiva de pasajeros y de taxis, deberán ajustarse en su operación a las normas que para los efectos determine el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones"*.

e) *Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad y su reglamento Decreto N° 142, de 2011, Ministerio de Planificación (actual Ministerio de Desarrollo Social)*. Atendido el carácter de transporte público que tendrá un tranvía o metro ligero, le es aplicable referencialmente la Ley N° 20.422, que específicamente regula el acceso de personas con discapacidad a los medios de transporte público, estableciendo las adecuaciones que requieren dichos medios y la infraestructura de apoyo respectiva.

Al respecto, el artículo 30 de la Ley hace extensible sus disposiciones a todos los medios de transporte público señalando que *"deberán contar con la señalización, asientos y espacios suficientes, de fácil acceso, cuyas características, dependiendo de cada*

medio de transporte” se establecerán en el reglamento respectivo.

15.5. DE LA INFRAESTRUCTURA EN TECNOLOGÍA

El avance de las telecomunicaciones ha permitido democratizar el acceso a nuevas tecnologías, junto con facilitar la modernización de los sistemas en plazos mucho menores a los que usualmente estábamos acostumbrados. Su importancia ha ido en aumento como herramienta imprescindible para el progreso del conocimiento y las comunicaciones. Las tradicionales actividades –educación-salud-trabajo, entre otras– serán impactadas con tal magnitud que van transformando las concepciones regulatorias, dejando en muchos casos obsoletas las estructuras que se encontraban vigentes.

Las infraestructuras que se generan son interdependientes de los avances tecnológicos, pues logran una estrecha conexión entre las obras que precisan para sus instalaciones como las obras que por su intermedio es posible diseñar, construir y explotar. De esta manera, la infraestructura que requieren estas nuevas tecnologías va de la mano de las diversas obras públicas. Así, por ejemplo, las conexiones para fibra óptica requieren de obras y trabajos que influyen en las características de las nuevas obras públicas que se construyan.

Pensemos por un momento en las nuevas carreteras, autopistas urbanas e interurbanas, metros, trenes, tranvías, centros cívicos, hospitales, etc.; serán obras públicas que deberán contemplar desde el inicio de su concepción los elementos necesarios para las instalaciones tecnológicas. No sólo se servirán de estas infraestructuras tecnológicas para mejorar y potenciar sus fines, sino que construirán verdaderos nexos o puentes en la necesaria carretera digital y/o de las telecomunicaciones.

La interdependencia que logran las obras públicas con la infraestructura de las tecnologías en comunicaciones permite entender

que las personas que se trasladen diariamente en medios de transporte público, por ejemplo, viajen conectadas a la información o el entretenimiento. A su vez, estas mismas tecnologías permiten una calidad progresivamente superior en los medios de transporte, en niveles de seguridad, servicio y estándares técnicos.

La calidad de vida, la salud de las personas, formas de trabajo, la educación de calidad y con acceso universal, son parte de los nuevos logros de la infraestructura de las comunicaciones tecnológicas. Estos cambios denotan las características propias de una revolución tecnológica-comunicacional de las infraestructuras que impacta progresivamente en el modelo de desarrollo humano.

En consecuencia, el *Indirizzo* (dirección) política –que explica Raúl Canosa, siguiendo a Lucas Verdú³⁴⁶– y que la doctrina prevé con acierto en la actuación del regulador, debe estar consciente de esta nueva fenomenología. Sin perjuicio de lo anterior, el marco regulatorio actual no contempla el mandato de integración entre obras públicas y conectividad digital. La normativa sustantiva y las políticas públicas no tienen actualmente dentro de sus preceptos priorizada-asegurada esta necesidad. Concretamente, se ha focalizado en protección de datos, ciberseguridad, garantizar el acceso particular a los usuarios y a regular la velocidad de las conexiones a internet, entre otros. Sin embargo, no está robustecido y plasmado un estatuto jurídico para la implementación de infraestructuras tecnológicas en obras públicas para comunicaciones.

Reafirmar en este contexto, que las obras públicas requieren de infraestructuras tecnológicas que puedan dar respuesta adecuada a niveles de servicio y estándares técnicos en su proyección en el tiempo. A su vez, las “carreteras tecnológicas” y los espacios territoriales precisan de los emplazamientos de las obras públicas.

³⁴⁶ CANOSA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Dentro de las bondades recíprocas y las denominadas “sinergias” que se logran, estará la de aumentar la rentabilidad social de este tipo de proyectos.

15.5.1. Medios de traspaso de información

Tradicionalmente se considera la utilización de cableado para la transmisión de datos a nivel masivo por las empresas de tecnología. Aunque la tendencia entre los usuarios finales sea la conexión a través de canales inalámbricos, lo cierto es que para transportar grandes cantidades de información se recurre a la utilización de cables contruidos de materiales que agilicen la transmisión y aseguren la fidelidad y continuidad de su flujo. A nivel macro, resulta fundamental la construcción de canales que contengan cableado tanto de forma terrestre como submarina; esta última ha permitido, como sabemos, la conectividad entre los continentes desde hace décadas.

Frente a la necesidad de contar con elementos que hagan fiables las telecomunicaciones, la utilización de fibra óptica para la composición del cableado es actualmente el más utilizado. La fibra óptica, comprendida de manera general como *un medio de transmisión de datos, que consiste en un cable especial hecho de vidrio o polímeros plásticos con un firme y flexible revestimiento externo, por el cual viaja la información a través de luz, sin necesitar impulsos eléctricos*³⁴⁷. La masificación de la fibra óptica ha permitido aumentar la rapidez de las telecomunicaciones y asegurar la fidelidad de ésta.

La importancia de contar con infraestructura que permita la masificación de la fibra óptica resulta fundamental, como hemos

³⁴⁷ TELSUR, *¿Qué es la fibra óptica?* Disponible en <https://www.telsur.cl/internet/fibra-optica/que-es-la-fibra-optica> (revisado el 21 de junio de 2018).

visto, para el progreso sostenible del país. La OECD³⁴⁸ ha declarado que la liberalización del acceso a la tecnología ha contribuido considerablemente con el desarrollo de los países, globalizando la competencia.

La alianza público-privada se manifiesta en este tipo de infraestructura en los impulsos o iniciativas que les dan origen, a la iniciativa privada se suma –para mejorar el acceso a la población– la acción del Estado para generar infraestructura en tecnología hacia aquellos sectores que se encuentran en situación desigual. Un ejemplo lo constituye el llamado a licitación hecho en 2016 por el Gobierno de Chile, para encargar la instalación de fibra óptica en las zonas australes del país³⁴⁹. Lo anterior, con el fin de promover el acceso a internet de aquellas personas que habitan regiones extremas.

15.5.2. Avances y nuevas generaciones

A nivel de proveedores y empresas de telecomunicaciones, la utilización de fibra óptica es lo habitual. Visualizamos la preferencia de las personas por la autonomía y el acceso libre. El avance de la tecnología se orienta en la transmisión de datos de forma inalámbrica para los usuarios, lo que permite finalmente contar con un servicio que asegure rapidez, constancia y fidelidad.

Dentro de las tecnologías existentes, el avance desde fines del siglo XX ha permitido fomentar la transmisión inalámbrica de

³⁴⁸ OECD. *Internet Access for Development, The Development Dimension*. París: OECD Publishing, 2009. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264056312-en> (revisado el 26 de junio de 2019).

³⁴⁹ DIARIO FINANCIERO. *Fracasa licitación de fibra óptica austral*. Chile, 27 de octubre de 2016. Disponible en <https://www.df.cl/noticias/empresas/telecom-tecnologia/fracasa-licitacion-de-fibra-optica-austral/2016-10-26/210427.html> (revisado el 26 de junio de 2019).

datos a los usuarios finales. Su evolución se cristaliza en el envío de mensajes de texto, videos, imágenes y música en alta definición cada vez a mayor velocidad.

Lo anterior da paso a la quinta generación de comunicación inalámbrica, 5G. Significa el aumento de la velocidad de transferencia de datos, así como permitir la visualización de contenido en alta definición, con acceso a videos en 3D.

En el ámbito institucional esta tecnología inalámbrica, la utilización de bandas de transmisión, radica –en Chile– en la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL)³⁵⁰. La entidad se encarga de licitar las bandas por las que operan las distintas generaciones de tecnología en el espectro radioeléctrico. Como sabemos, este último consiste en un medio conformado por diferentes frecuencias de ondas electromagnéticas a través de las cuales se facilitan los diversos tipos de telecomunicaciones, tales como radio, televisión, telefonía móvil, internet, entre otros.

El espectro radioeléctrico es un concepto dinámico, ya que las diferentes frecuencias que lo conforman son empleadas en mayor medida conforme los avances tecnológicos que permiten su utilización.

15.5.3. Coordinación entre Obras Públicas y Telecomunicaciones

Las concesiones en materia de telecomunicaciones se encuentran a cargo de la ya citada SUBTEL, dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Por otra parte, como ya hemos analizado con latitud, la institu-

³⁵⁰ CNN CHILE. *Que es la red 5G: Claves para entender cómo funciona y su real impacto en Chile*. Chile, 1 de marzo de 2019. Disponible en https://www.cnnchile.com/tecnologias/que-es-la-red-5g-claves-para-entender-como-funciona-y-su-real-impacto-en-chile_20190301/ (revisado el 26 de junio de 2019).

cionalidad relativa a infraestructura en obras públicas concesionadas se encuentra a cargo del MOP a través de la DGCOP, su constitución, ejecución y operación. Como se ha planteado, y lo que nos interesa resaltar ahora, estos proyectos de infraestructura son un instrumento útil para implementar y masificar el acceso a la tecnología actual.

Será entonces necesario incorporar dentro de las bases de licitación de obras públicas concesionadas, aspectos que involucren la implementación de infraestructura en telecomunicaciones. Esto en concordancia con las normativas aplicables en cada caso.

En este sentido, como también hemos revisado, la competencia del Ministerio de Obras Públicas para ejecutar proyectos mediante el sistema de concesiones de obra pública regulado en la LCOP, en primer término, deriva de las disposiciones contenidas en su ley orgánica, el DFL N° 850 de 1997, del MOP.

15.5.3.1. Competencia del Ministerio de Obras Públicas

Dentro de las modalidades que el MOP puede emplear para ejecutar las obras públicas fiscales –y que reiteramos sintéticamente aquí para dar un sentido coherente al capítulo y facilitar la comprensión del lector– el inciso primero del artículo 87³⁵¹ de la Ley Orgánica del MOP, señala que éstas podrán llevarse a cabo mediante la adjudicación de contratos de concesión, derivados de un procedimiento previo de licitación pública nacional o internacional. El inciso segundo del artículo en comento señala que no sólo la ejecución de las obras públicas fiscales podrá ser objeto de concesión, sino que asimismo su reparación y mantención podrán

³⁵¹ Dicho artículo indica que “Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan...”.

efectuarse bajo dicha modalidad.

Por su parte, el inciso tercero del artículo señalado, indica que “podrán otorgarse concesiones para la explotación, que incluyan reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, según corresponda, de obras ya existentes, o de terrenos u obras comprendidos en las fajas de los caminos públicos, con la finalidad de obtener fondos para la construcción de otras obras nuevas que se convengan, respecto de las cuales no exista interés privado para realizarlas conforme a las normas relativas al sistema de concesiones, regulado por el DFL N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas”.

El ámbito de aplicación del sistema de concesiones establecido en la LCOP es definido por su artículo 1°, tal como hemos señalado anteriormente. Del texto de la norma aludida es posible advertir que ésta habilita al MOP, para concesionar a un privado: a) la ejecución y explotación de obras y servicios; b) el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan; y c) la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados. El otorgamiento de la concesión se encuentra asociado a la obligación que pesa sobre el concesionario de cumplir durante toda su vigencia los niveles de servicio y estándares técnicos que al efecto se establezcan por parte de la Administración en las bases de licitación, no dejando en ningún momento de pertenecer al Estado las obras públicas fiscales y los bienes objeto de concesión.

Dentro del articulado de la LCOP, se define expresamente el alcance que el término obra pública fiscal tiene para efectos de esta ley. En tal sentido, el inciso primero del ya citado artículo 39 indica que “Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a

la prestación de servicios asociados”.

El mismo artículo 39 de la LCOP, a su vez faculta expresamente al MOP a desarrollar esta misión mediante el sistema de concesión, ya sea directamente o en virtud del convenio de mandato indicado, lo cual se encuentra regulado en detalle en la LCOP y su reglamento.

Las normas descritas, en su conjunto, determinan que el MOP tiene la potestad para concesionar –previo mandato del órgano de la administración con competencia sobre las obras y bienes correspondientes– la construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales.

15.5.3.2. Competencia del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

El DL N° 1.762 que crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones establece en su artículo 1° que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) “la tuición y la dirección técnica superiores de las Telecomunicaciones del país, tanto nacionales como Internacionales”. Seguidamente la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones (LGT), en su artículo 2° señala que el espectro radioeléctrico es un “bien nacional, cuyo dominio pertenece a la Nación toda”, lo que tiene como consecuencia el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones a todos los habitantes de la República y la posibilidad de que cualquier persona pueda optar a una concesión o permiso en la forma que lo establezca la ley. Adicionalmente en su artículo 7° indica que le corresponderá al MTT “controlar y supervigilar el funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones y la protección de los derechos del usuario”.

Por otra parte, el DL antes citado –que crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones– dispone en su artículo 6° que son atribuciones de este servicio: “a) *proponer políticas de telecomunicacio-*

nes”, “f) administrar y controlar el espectro radioeléctrico”; y letra “i) informar y pronunciarse, según corresponda, acerca de las solicitudes de concesión y permisos de telecomunicaciones, su otorgamiento, denegación, suspensión, caducidad y término con arreglo a la ley”.

El uso y goce del espectro radioeléctrico se hará por medio de Concesiones y Permisos. El Título II de la mencionada LGT establece entre sus artículos 8º y 23 los requisitos de obtención y la forma en que operan las concesiones y permisos necesarios para utilizar dicho bien público.

Dependiendo del tipo de servicio que busca utilizar el espectro radioeléctrico, la LGT determinará el tipo de autorización que debe solicitarse ante la Subtel, ya sea una *concesión* para aquellos servicios públicos, servicios intermedios de telecomunicaciones y servicios de libre recepción o de radio difusión; un *permiso* para los servicios limitados o aficionados a las radiocomunicaciones o una *licencia* para aquellos servicios de banda local³⁵².

De acuerdo con la LGT, la concesión será otorgada por medio de un Decreto Supremo firmado por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, el que se entenderá otorgado desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial durante “30 años para los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, renovable por períodos iguales, a solicitud de parte interesada; y 25 años para las concesiones de radiodifusión respecto de las cuales la concesionaria gozará de derecho preferente para su renovación” tal como señala el artículo 8º de la LGT.

Dentro del Título II también se indica la forma de tramitación

³⁵² SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. *Manual de Trámites de Autorizaciones*. Santiago, junio de 2019. Disponible en https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2019/06/Manual_Tramites_Autorizaciones_Concesiones.pdf (revisado el 1 de julio de 2019).

para la obtención de una concesión en telecomunicaciones, señalando en su artículo 13 que para el caso de servicios de libre recepción o radiodifusión la concesión se otorgará por concurso público iniciado a través del llamado hecho por el MTT bajo los términos señalados en la LGT. A su vez, el artículo 15 establece que las solicitudes de concesión de servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones serán presentadas directamente ante el Ministerio sin necesidad de concurso público.

Dentro de la discusión pública, la Agenda Digital 2020 de 2015, en cuanto a los objetivos de lograr el desarrollo y conectividad digital del país, encargó en su oportunidad a la Subtel “elaborar un marco institucional, técnico y regulatorio que fomente el despliegue de la infraestructura de telecomunicaciones”. En este mismo sentido, la Política Nacional de Ciberseguridad de 2017 reafirmó la responsabilidad del MTT en orden a desarrollar un estudio sobre resiliencia de las redes de telecomunicaciones en Chile, lo que busca avanzar de forma integral en la gestión de las telecomunicaciones dentro del país.

15.5.3.3. Marco jurídico de las telecomunicaciones frente a situaciones críticas

Adicionalmente –debido al papel trascendental que han adquirido las telecomunicaciones en situaciones de emergencia–, la Ley N° 20.478 de 2011, sobre recuperación y continuidad en condiciones críticas y de emergencia del sistema público de telecomunicaciones, que modificó la Ley LGT, en su artículo 39, señala que la Subsecretaría de Telecomunicaciones desarrollará un plan de resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones del país, con el objeto de asegurar la continuidad de las comunicaciones en situaciones de emergencia resultantes de fenómenos de la naturaleza, fallas eléctricas generalizadas u otras situaciones de catástrofe. Asimismo, se establecen nuevas competencias a la Subsecretaría para efectos de ejecutar el señalado plan y el establecimiento de un reglamento con las definiciones, procedimientos, medidas y

requisitos para que la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dentro de la esfera de su competencia, implemente el plan de resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones del país.

La Ley N° 20.981, referente a la Ley de Presupuesto del año 2017 en la partida 19 del Presupuesto para el año 2017 correspondiente al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Telecomunicaciones, Glosa 08 indicó: “La Subsecretaría de Telecomunicaciones en uso de sus facultades de administración de la Banda de 700 Mega Hertz, dispondrá la reserva de 20 Mega Hertz para uso e interoperabilidad de los organismos del Estado, que tengan por finalidad la de abordar situaciones de alteración del orden público, emergencia o catástrofe. Se informará a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, dentro del año 2017, acerca de los avances en el uso de esta banda reservada”. La intención de mantener una banda reservada a disposición de los organismos del Estado se mantuvo considerada en la Ley de Presupuesto³⁵³.

Conforme a esta normativa citada se puede concluir, primeramente, que la competencia/deber de promover, administrar y controlar las telecomunicaciones y el uso del espacio radioeléctrico en general –bien nacional de uso público– se encuentra entregada al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT). Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el mandato legal contenido en la Glosa 08 de Ley de Presupuesto del año 2017 en la partida 19 del Presupuesto para el año 2017, y según ha informado el MTT,

³⁵³ En lo que respecta a la Ley N° 21.125, Ley de Presupuesto del año 2019, partida 19, Capítulo 02, programa 1, Subsecretaría de Telecomunicaciones, señala en la Glosa 02: “La Subsecretaría de Telecomunicaciones en uso de sus facultades definirá la banda de espectro radioeléctrico disponible para uso de interoperatividad de los organismos del Estado, que tengan por finalidad la de abordar situaciones de alteración del orden público, emergencia o catástrofe. Se informará a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, dentro del año 2019, acerca de los avances en el uso de esta banda reservada”.

la administración de la reserva de 20 Mega Hertz de la Banda de 700 Mega Hertz corresponde al organismo del Estado, que tiene por finalidad abordar situaciones de alteración del orden público, emergencia o catástrofe, es decir, la ONEMI, organismo público dependiente del Ministerio del Interior.

Cabe hacer presente que la entrega de competencias al MTT, la Subsecretaría y la ONEMI para llevar adelante un plan para la provisión de infraestructura crítica que permita asegurar la continuidad de las telecomunicaciones en situaciones de emergencia, especialmente, el mandato legal, establecido en la Ley de Presupuesto para la implementación y uso de la reserva de 20 Mega Hertz para uso e interoperatividad de la ONEMI para abordar situaciones de alteración del orden público, emergencia o catástrofe, consiste en un poder/deber de los organismos del Estado.

Como sabemos, conforme la Constitución Política de la República (artículo 7º) los órganos del Estado se encuentran mandataados para conducirse en los ámbitos de su competencia con la debida diligencia y probidad, asumiendo que la probidad implica tanto la prohibición de cometer ilícitos, como actuar de manera oportuna, ágil, eficiente y eficaz, para la consecución del bien común.

En este mismo sentido, los tribunales superiores de justicia han establecido que el incumplimiento del deber de velar por la seguridad pública de las personas en situaciones de emergencia constituye una falta de servicio de la administración del Estado. Es así que la Corte Suprema, en fallo de 7 de junio de 2016, refiriéndose a este tema y particularmente a la falta de servicio ha indicado que “(...) habrá de resaltarse que la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquello si se trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ello” y “a fin

de dilucidar si existió falta de servicio por parte de los órganos cuestionados, corresponde revisar las funciones que se las han asignado”³⁵⁴.

De esta manera, vemos como el legislador regula mecanismos tendientes a dotar de infraestructura pública necesaria para implementar un sistema de telecomunicaciones que aborde situaciones de alteración del orden público, emergencia o catástrofe, así como el uso del espectro radioeléctrico reservado por la Ley de Presupuestos. Lo anterior bajo las facultades legales del MTT y de la ONEMI, que se mantienen inalterables.

Ocupar el marco legal MOP/Concesiones de obras públicas establecido en la LCOP y su Reglamento (DS MOP N° 956/2007), según se explicó anteriormente, para dotar de esta infraestructura pública al sistema es procedente en derecho, siempre regulada por el MTT, como se ha realizado con éxito –*mutatis mutandi*– en casos como aeropuertos, sin afectar las facultades legales de la DGAC.

Por tanto, es procedente que el MTT, en uso de sus facultades legales, manifieste su interés al MOP para la realización de estudios de factibilidad de proyectos que se pudieren realizar a través del sistema de concesiones de obras públicas, a fin de determinar en qué forma se puede implementar el mandato legal necesario para contar con un tipo de infraestructura de telecomunicaciones que responda, en particular en los casos indicados. Posteriormente, conforme al resultado de los estudios, puede mandar al indicado Ministerio para la concesión del Proyecto de infraestructura pública que el propio MTT estime y que tenga por objeto la implementación y operación de un sistema integral de reducción de riesgos y gestión de emergencias que dé utilidad a la porción del espectro radioeléctrico que pueda estar reservado –en este caso–

³⁵⁴ Considerandos 6° y 7°, Corte Suprema, “Alba Rosa Oñate Sanhueza con Fisco de Chile”, sentencia rol N° 32262-2015, de 7 de junio de 2016.

por la Ley de Presupuesto.

El MOP resulta facultado para desarrollar, especialmente, la fase de estudios (Etapa de Proposición) de un Proyecto de esta clase –con la debida manifestación de interés por parte de los organismos consultados, en este caso del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones– y para su declaración de interés público de ser necesario y dar inicio a la realización de los estudios de prefactibilidad y anteproyecto, a fin de viabilizar la infraestructura pública necesaria para la utilización de la porción del espectro reservada para un determinado y especialísimo uso, casos de emergencia y catástrofe. Lo anterior manteniendo el MTT inalterable sus facultades legales.

15.5.4. Obras públicas con sistemas tecnológicos: Rentabilidad social

De acuerdo con lo señalado, el Ministerio de Obras Públicas es el organismo competente para intervenir como mandatario en el desarrollo del Proyecto de infraestructura pública en el marco del sistema de concesiones de obras públicas, medio jurídicamente viable, y en especial concordante con las políticas, planes y estatuto jurídico vigente para el estudio y ejecución de un plan consistente en una red e infraestructura en materia de telecomunicaciones.

Dentro de los proyectos de infraestructura de obra pública se contemplan diferentes aristas a fin de satisfacer el interés público. Teniendo en cuenta la creciente necesidad de masificar y mejorar el acceso a internet y de las telecomunicaciones en general, paulatinamente se ha tomado en cuenta con la implementación de sistemas que lo faciliten. Esto se ha visto reflejado en los medios de transporte público, en donde progresivamente se prevé la instalación de dispositivos que permiten el acceso a internet. La tendencia es a la conexión universal a internet, por lo que es imprescindible considerar este estándar dentro de futuros proyectos de con-

cesiones de obras públicas.

Asimismo, la rentabilidad social es un aspecto clave en la evaluación previa de los proyectos, tanto en aquellos de origen público como los que provienen de la alianza público-privada. El masificar el acceso a internet y consolidar su priorización, incrementará la rentabilidad social de los proyectos de infraestructura de obras públicas, toda vez que se encuentre contemplado como uno de los factores fundamentales en el desarrollo del país.

CAPÍTULO XVI

DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INSERCIÓN TERRITORIAL Y SOCIAL

Involucrar a las personas respecto a los problemas que afectan su modo de vida y su país es un componente clave de una sociedad democrática fuerte, en que los ciudadanos y el Estado trabajan unidos para construir una sociedad que garantice la libertad y la justicia para todos los individuos.

Con la evolución en el reconocimiento de los derechos fundamentales, la participación ciudadana ha tomado la importancia de ser considerada como un principio y un derecho humano, lo que tiene como consecuencia que comienza a ser deber de los Estados asegurar su respeto y generar las condiciones para que dicha participación sea efectiva y vinculante.

De igual forma, dar a conocer y sensibilizar a la comunidad, tanto a nivel nacional, regional, como local, acerca de los distintos estudios y proyectos que se desarrollan dentro del territorio en que se desenvuelven, para entregar las soluciones a estos problemas, será clave para lograr un desarrollo equilibrado y sostenible.

16.1. NORMATIVA APLICABLE

Lo anterior se ve reconocido de manera temprana y general en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la consagración Consti-

tucional, de los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho a Reunión, artículo 19 N° 13 CPR,
- Derecho a Petición, artículo 19 N° 14 CPR,
- Derecho a Asociación, artículo 19 N° 15 CPR,
- Derecho a Vivir en un Medio Ambiente Libre de Contaminación, artículo 19 N° 8 CPR.

Más tarde, con un enfoque más específico, el involucramiento ciudadano en los asuntos públicos fue desarrollado con respecto a la temática medio ambiental, en diversos artículos de la Ley N° 19.300 de 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), en que el artículo 4° inciso 1° dispone que “Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinada a la protección ambiental”.

Dentro del procedimiento de participación en el Sistema de Evaluación Ambiental hay disposiciones que otorgan derechos a los ciudadanos, tales como el artículo 26 de la LBGMA, Información y Publicidad. “Cualquier persona podrá imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados” y el artículo 30 bis, inciso final de la misma ley, relativo a la Participación en procedimiento de evaluación. “La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico y electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas”.

El fundamento de la normativa anterior se encuentra en instrumentos internacionales que sirvieron de inspiración para la creación de la Ley N° 19.300. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 dispone dentro del Principio 10 que: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que

corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.

Además, Chile ha recogido los principios y disposiciones de diversos instrumentos e instancias internacionales en materia de Participación Pública, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y, más recientemente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ya citada.

Por otra parte, y de forma más reciente, la Ley N° 20.500 de 2011, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, establece el derecho de las personas a participar en los distintos espacios de la gestión pública, acercando a los gobiernos locales y la administración central a la ciudadanía.

Asimismo, la participación de todas las personas en la gestión pública como forma de profundizar la democracia se hace presente en los lineamientos de organismos Intergubernamentales como la OCDE, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Finalmente, el Instructivo Presidencial N° 7, de fecha 6 de agosto de 2014, sobre Participación Ciudadana en la Gestión Pública, definió la misma como “un proceso de cooperación mediante el cual el Estado y la ciudadanía identifican y deliberan conjuntamente acerca de problemas públicos y sus soluciones, con metodologías y herramientas que fomentan la creación de espacios de reflexión y diálogo colectivos, encaminados a la incorporación

activa de la ciudadanía en el diseño y elaboración de las decisiones públicas” y estableció una serie de objetivos estratégicos a seguir para la ampliación y profundización de la democracia, mediante la integración transversal y efectiva del enfoque de participación transversal en toda política pública sectorial de los órganos de la Administración del Estado.

16.2. RELACIÓN CON EL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Siguiendo este mandato, el Ministerio de Obras Públicas (MOP), a través de la Resolución N° 315, de fecha 6 de febrero de 2015, dictó la Norma General de Participación Ciudadana para regular las modalidades formales y específicas en que la personas pueden participar e incidir en el desarrollo de todo el ciclo de provisión, de obras y de los recursos hídricos en el Ministerio.

El año 2015, junto con la creación de las Normas de Participación Ciudadana, que buscó dar aplicación sectorial a la Ley N° 20.500, se crea la División de Participación, Territorio y Medio Ambiente, institucionalizando el sistema de colaboración dentro de la DGCOP. Adicionalmente, se tuvo como objetivo establecer una metodología de participación coordinada entre los actores relevantes, por lo que se han publicado guías institucionales para la gestión participativa de obras concesionadas³⁵⁵.

El MOP define la participación ciudadana como “un proceso de cooperación mediante el cual el Ministerio y la ciudadanía identifican y deliberan conjuntamente acerca de la provisión y gestión de obras y servicios de infraestructura para la conectividad, la

³⁵⁵ Una de estas publicaciones es la Guía para la Gestión de Participación Ciudadana del Ministerio de Obras Públicas, publicada en diciembre de 2017 y disponible en https://www.mop.cl/participacion_ciudadana/Documents/Guia_para_la_gestion_de_Participacion_Ciudadana_MOP_2018.pdf (revisado el 24 de abril de 2019).

protección del territorio y las personas, la edificación pública y el aprovechamiento óptimo de los recursos hídricos y sus soluciones, con metodologías y herramientas que fomentan la creación de espacios de reflexión y diálogo colectivos, encaminados a la incorporación activa de la ciudadanía”³⁵⁶.

Asimismo, se establecen objetivos en materia de participación ciudadana en el artículo 6º de la normativa: revisar y perfeccionar el diseño de mecanismos de participación, integrar dicho enfoque a la gestión de obras del MOP, fortalecer la participación política y ciudadana asegurando el derecho a incidir en las decisiones tomadas y promover que esta se lleve adelante de forma transversal sin ningún tipo de discriminación arbitraria.

La normativa considera como mecanismos de participación ciudadana diversos instrumentos:

- Procesos de Participación Ciudadana en las Políticas, Planes, Programas y Proyectos,
- Sistemas de Acceso a Información Relevante,
- Cuenta Pública Participativa,
- Consultas Ciudadanas,
- Consejos de la Sociedad Civil.

³⁵⁶ Artículo 2º Decreto N° 315, de 6 de febrero de 2015, MOP, Normas de Participación Ciudadana.

CAPÍTULO XVII

CONSIDERACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS

La planificación ambiental de los proyectos emana de las facultades del MOP y está plasmada en la normativa aplicable a los proyectos de obras públicas, existiendo una estrecha relación entre la institucionalidad ambiental y el sistema de concesiones. Por lo pronto, el objetivo se centra en fomentar la gestión sustentable de proyectos e incorporar directrices que permiten la conservación y protección del medio ambiente.

Concretamente, el artículo 7° de la LCOP contempla consideraciones de carácter ambiental y ecológicas al evaluar las ofertas técnicamente aceptables, en el marco de aplicar una política ambiental sustentable en el desarrollo de los proyectos. Por su parte, el artículo 20 bis numeral 2) de la misma ley percibe la excepción de rediseñar o complementar un proyecto en construcción por justificaciones de interés público debidamente fundadas “por razones de experiencia, comportamiento, desempeño, impactos sociales y ambientales”.

Asimismo, el Reglamento DFL MOP³⁵⁷ considera para aquellos proyectos de iniciativa privada, la obligación de presentar un

³⁵⁷ Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991, modificado por las Leyes N°s. 19.252, de 1993, y 19.460, de 1996.

*análisis ambiental general orientado a la determinación de la necesidad de realizar una evaluación de Impacto Ambiental, según las normas contenidas en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Como dispone su artículo 5° letra m); las exigencias ambientales que posee un proyecto en particular deberán asimismo estar contemplada en las Bases de Licitación de un Proyecto, de acuerdo con el artículo 17 letra k). Posteriormente una de las funciones del Inspector Fiscal en la etapa de Explotación será *fiscalizar el cumplimiento de las exigencias ambientales del proyecto*, como dicta el artículo 40 letra l).*

Todo lo anterior deberá complementarse con lo dispuesto en la normativa ambiental específica conforme a la pertinencia de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y el régimen de responsabilidad aplicable en caso de contravención a las normas y daños ambientales que se produzcan como consecuencia de la implementación de los proyectos.

17.1. COORDINACIÓN CON LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Tal como se ha señalado, existe una marcada política ambiental sustentable dentro del Sistema de Concesiones. La Dirección General de Concesiones cuenta con una Unidad de Medio Ambiente y Territorio que busca abordar ambiental y territorialmente, todos los aspectos involucrados en las etapas de diseño, licitación, construcción y explotación de los contratos, lo que ha permitido evaluar los impactos en el entorno, desarrollar metodologías, procedimientos y modelos de trabajo para su inserción en el territorio³⁵⁸.

³⁵⁸ Información disponible en http://www.concesiones.cl/quienes_somos/medioambiente/Paginas/default.aspx (revisado el 25 de abril de 2019).

En este punto debemos señalar que la consideración ambiental de los proyectos de acuerdo con el criterio de la DGCOP comprenderá aspectos ambientales, territoriales, sociales, indígenas y de participación ciudadana, que pudiesen surgir en las diversas etapas de un proyecto, por lo que dicho organismo contempla diversas alternativas para asegurar el cumplimiento de los estándares establecidos a multiplural aristas.

El trabajo de la Unidad de Medio Ambiente y Territorio de la DGCOP se complementa con la creación de directrices en forma de manuales. El manual de Planes de Manejo Ambiental para Obras Concesionadas entrega lineamientos para el desarrollo sustentable de los proyectos, en conformidad con la política ambiental vigente. La creación de un manual de manejo de Áreas Verdes para Proyectos Concesionados busca otorgar consideraciones técnicas relacionadas a esta temática dentro de los proyectos. Ambos documentos corresponden a publicaciones de la Dirección que están en constante actualización.

17.2. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AMBIENTAL

El artículo 10 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio ambiente señala los proyectos que deberán someterse al SEIA, y que serán aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases. A su vez, en el artículo 2° letra k) define el Impacto Ambiental como la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada. La ley señala la lista de proyectos, modificaciones o ampliaciones de éstos que deben someterse a dicho sistema, lo que se hará conforme un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que debe presentarse ante el Servicio de Evaluación Ambiental dependiendo de la clasificación que estime la Ley N° 19.300 y el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto

Ambiental³⁵⁹.

La distinción respecto del ingreso mediante EIA o DIA se hará conforme a la tipología establecida en el artículo 10 de la Ley N° 19.300 y el artículo 3° del Reglamento, en caso de que proceda una DIA o de cumplirse los requisitos del artículo 11 de la Ley N° 19.300 y el título II del reglamento, será exigido un EIA. Lo anterior considera tanto las características de los proyectos, el impacto que producen y el lugar de emplazamiento en que se desarrollarán considerando variables eco sociales para definir la forma de ingreso al sistema.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a determinados casos, el interesado puede solicitar una consulta de pertinencia de ingreso al sistema, conforme al artículo 26 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que dispone que: “Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, con base en los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia”.

En el caso de Concesiones de Obras públicas, en la práctica el MOP puede actuar como titular y solicitante, ingresando el proyecto al SEA directamente –en donde dicha titularidad será eventualmente transferida al adjudicatario– o establecerlo como una exigencia dentro de las Bases de Licitación, frente a lo cual el adjudicatario del proyecto, en su caso, deberá llevar adelante el proceso de evaluación ambiental.

³⁵⁹ DS N° 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental.

Una vez cumplida la tramitación y sus particularidades, dependiendo de la forma de ingreso al sistema conforme señala la Ley N° 19.300 y el reglamento, el procedimiento culminará con la dictación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del Proyecto, que consiste en la autorización que entrega el SEA, estableciendo la aprobación o rechazo del mismo. En caso de ser favorable, indicará las condiciones que deben cumplirse de forma obligatoria y que serán objeto de fiscalización y seguimiento; en caso contrario se prohíbe la realización del proyecto, sin perjuicio de su reingreso al sistema posteriormente. La titularidad de la RCA es transferible.

Para esta etapa y sin perjuicio de la potestad que ejerce la Dirección de Concesiones, dada la naturaleza del proyecto, la contraparte será el Servicio de Evaluación Ambiental, quien resolverá las solicitudes pertinentes. Frente a sus resoluciones proceden recursos administrativos conforme a la normativa general, sin perjuicio de que la impugnación a dichas resoluciones sea ante el Tribunal Ambiental Competente.

Una vez obtenida la Resolución de Calificación Ambiental y permisos sectoriales pertinentes, estos se incorporan como norma aplicable del proyecto, así como lo dispuesto en las Bases de Licitación y el Contrato de Adjudicación, entre otros, lo que debe cumplirse estrictamente. El incumplimiento derivará en las sanciones correspondientes y en caso de que dicho incumplimiento genere daño ambiental conlleva en la responsabilidad correspondiente, penales y que la Ley N° 19.300 estipula, quedando siempre sometido al régimen de responsabilidad por daño ambiental dispuesto en el artículo 51 y siguientes de la Ley N° 19.300. El Tribunal llamado a resolver en este caso será el Tribunal Ambiental competente y se someterá a la presunción de responsabilidad dispuesta en el artículo 52 de la Ley N° 19.300: “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a

las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias”.

17.3. INFRAESTRUCTURA PARA EL CAMBIO CLIMÁTICO

La infraestructura constituye un elemento de soporte de las actividades humanas, por lo que es necesario elaborar directrices públicas en relación con el cambio climático que se reflejen en la planificación sectorial. Lo anterior implica tanto adaptar la infraestructura a los impactos del cambio climático como fomentar la mitigación de sus efectos. Las variaciones considerables de temperaturas extremas, el aumento de frecuencia de fenómenos climáticos y la escasez progresiva del agua potable, hacen necesaria la adopción de criterios especiales en la construcción de las obras.

El año 2017 se elaboró el “Plan de Adaptación y Mitigación de los Servicios de Infraestructura al Cambio Climático 2017-2022”³⁶⁰, en conjunto con el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio del Medio Ambiente y con la aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Esto responde a la tendencia mundial de considerar el cambio climático como un aspecto influyente a la hora de adoptar diversas políticas públicas. Debido a la estrecha relación entre obras públicas y cambio climático es que surge la necesidad de elaborar planes específicos y coordinados que se adapten a la necesidad de dar un enfoque sustentable y respetuoso del medio ambiente al diseño e implementación de proyectos de infraestructura. Dicho documento constituye un marco de referencia que sienta las directrices en materia de adap-

³⁶⁰ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Plan de Adaptación y Mitigación de los Servicios de Infraestructura al Cambio Climático 2017-2022*. 2017. Documento disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Plan-de-Accion-MOP.pdf> (revisado el 25 de abril de 2019).

tación y mitigación al cambio climático para la Direcciones que constituyen parte de este Ministerio y que se encuentran relacionadas con la materialización de las obras de infraestructura³⁶¹.

Dentro de las proyecciones de cambio climático en el desarrollo de la infraestructura se consideran los cambios en el patrón de precipitaciones y aumento en sus tasas, aumento en intensidad en inundaciones fluviales y costeras y las olas de calor. Esta planificación considera también la de desarrollo de la obra para implementar a las obras de infraestructura de forma gradual y nueve líneas de acción organizadas en tres ejes principales: Adaptación, gestión del riesgo hidro climático, monitoreo de amenazas y vulnerabilidad de la infraestructura e incorporación de planificación ministerial; Mitigación, Mitigación de Gases de Efecto Invernadero en la construcción de infraestructura y edificación pública y contabilidad de reducción de Gases; Gestión del conocimiento; coordinación interministerial y promoción de la innovación tecnológica para la adaptación al Cambio Climático.

Estos lineamientos generales se encuentran a su vez aplicados en planes de adaptación sectoriales de acuerdo con la naturaleza del proyecto a desarrollar.

³⁶¹ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017), p. 15.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, 2ª edición, Granada: Ed. Comares, 2001, 1089 pp.
- BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores, 2017, 680 pp.
- BARRA, Rodolfo. “La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública”. En *Revista de Derecho Público*, 19/20, Santiago, 1976, pp. 323-335.
- BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2011, 211 pp.
- BLAZEVIC QUIROZ, Haidy Nevenka. *Análisis Crítico de la Política de Concesiones Viales en Chile: Balance y Aprendizajes*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Departamento de Ingeniería Industrial. Tesis para optar al grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Santiago, 2008, 53 pp.
- BLUMER MAC-IVER, José Ignacio. *El Estado Empresario*. Santiago: Ed. Legis Editores, 2005.
- CANOSA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, 346 pp.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, 2ª edición.

- Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, 613 pp.
-
- _____ “La seguridad jurídica como derecho fundamental”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo*, año 11 N° 1, 2004, pp. 47-70.
-
- _____ *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I, 2ª edición actualizada. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, 512 pp.
- COPSA. *Hospitales Públicos en Asociación Público-Privada (APP)*. Santiago: Departamento de Estudios, Copsa Chile, mayo 2014, 17 pp.
- CORDERO, Eduardo. “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, Valparaíso, 1^{er} semestre 2015.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Ed. Giuffrè, 1953, 217 pp.
- DE LAUBADERE, André. *Traite Theorique et pratique des contrats administratifs*, tomo II. París: Librairie Generalc de Droit et de Jurisprudente, 1956, 383 pp.
- DIEZ SASTRE, Silvia. *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: Definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2018, 220 pp.
- DIEZ, José Luis. “La responsabilidad civil del concesionario de obras viales y su fundamento en la obligación de seguridad respecto de los usuarios en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, Valparaíso, 1^{er} semestre 2012, pp. 121-156.
- DGOP. *Manual de Gestión Ambiental Territorial y de Participación Ciudadana para Proyectos de Infraestructura*, capítulo 4, página 5 (en línea). Disponible en: http://www.dgop.cl/centro_documental/Paginas/InstructivosyM

- anuales.aspx (revisado el 27 de agosto de 2019).
- EMBED, Antonio y COLOM, Eloy. *Comentarios a la Ley Reguladora de Contrato de Concesión de Obras Públicas*. Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi, 2003, 404 pp.
- FLASH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam. *Teoría de la Imprevisión, Aplicación y Avances, Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2002, 294 pp.
- GALGANO, Francesco. *Trattato Di Diritto Commerciale e Di Diritto Público Dell'Economia, Volumen Primo La Costituzione Economica*. Padova: Ed. Cedam, 1977.
- _____. *et al. Introduzione al trattato. La costituzione economica*. Padova: Ed. Cedam, 1977, 595 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, 9ª edición. Madrid: Ed. Civitas Ediciones, 2004, 752 pp.
- GARCÍA, Marta. “El régimen jurídico de las normas y actos administrativos”. En Meilán, José Luis y García, Marta. *Norma y Acto Administrativos*. Madrid: Ed. Iustel, 2018. 357 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, 9ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, 681 pp.
- _____. *Figura mixta de la concesión de obra y servicio público*. Madrid: Edit. Civitas, 2003, pp. 453 y ss.
- _____. “¿Crisis de la noción de servicio público?”. En L. Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Ed. Civitas. 2003, pp. 441-456.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *La titularidad de los Bienes de Dominio Público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1998, 300 pp.
- LARROULET, Cristián; MORANDÉ, Felipe; SÁNCHEZ, José Miguel, SEEBACH, Claudio *et al. Concesiones: Agenda para el 2020*. Santiago: Ed. Libertad y Desarrollo, 2009, 521 pp.
- LARROZA, Ricardo. “Imprevisión Contractual”. En Stiglitz, Ru-

- bén. *Contratos. Teoría General*, tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1993, 365 pp.
- LOO, Martín. “Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV, Valparaíso, 2º semestre 2015, 2015, pp. 313-317.
- MENÉNDEZ, Adolfo. “La regulación en los mercados del transporte y las obras públicas”. En L. Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico: Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Madrid: Ed. Civitas. 2003, pp. 1176-1200.
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS y MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. *Plan de Adaptación y Mitigación de los Servicios de Infraestructura al Cambio Climático 2017-2022*. Santiago, 2017. Documento disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Plan-de-Accion-MOP.pdf> (revisado el 25 de abril de 2019).
- MINNICELLI, Alessandra. *Principios generales y políticas públicas*. Buenos Aires: La Ley, 2013, 432 pp.
- MORAGA KLENNER, Claudio. *La Contratación Administrativa*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2007, 326 pp.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª edición ampliada. Madrid: Ed. Tecnos, 2002, 616 pp.
- OECD. *Internet Access for Development, The Development Dimension*. París: OECD Publishing, 2009, 110 pp. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264056312-en> (revisado el 26 de junio de 2019).
- OELCKERS, Osvaldo. “Los riesgos y el equivalente Económico en el contrato administrativo de obra pública”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 4, Valparaíso, 1980, pp. 179-210.
- PALLAVICINI, Julio. “El principio de probidad administrativa en la

- jurisprudencia de la Contraloría General”. En *Revista de Derecho Público*, Vol. 78, 1^{er} semestre 2013, Santiago, pp. 117-135.
- PÉREZ CEBALLOS, Alejandra. “Tribunal de la Libre Competencia: Atribución Propositiva del art. 18 N° 4”. En *Revista Ars Boni et Aequi*, UBO, Santiago, 2016, pp. 75-103.
- PINKER, Steven. *En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós, 2018. 744 pp.
- PISORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, 579 pp.
- RAMÍREZ, José Antonio. “Probidad transparencia y eficiencia en la actuación de los órganos del Estado: Nuevos elementos tras la reforma constitucional 2005”. En *Revista de Derecho Público*, volumen 69, 2007, tomo I, pp. 166-173, sobre XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público “Reformas Constitucionales 2005. Un año después”.
- RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio. “Políticas sociales e inversión social en un horizonte de consolidación fiscal y reestructuración permanente del Estado de Bienestar”. En Jaraíz, Germán. *Bienestar Social y Políticas Públicas. Retos para pactar el futuro*. Madrid: Ed. Catarata, 2018, 334 pp.
- RUFIAN LIZANA, Dolores. *Manual de concesiones de Obras Públicas*, 2^a edición. Santiago: Ed. COPSA, 2018, 314 pp.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999, pp. 74-75.
- VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional”. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 31, 2006, 63 pp.
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos* (traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga). Madrid: Marcial Pons, 2005, 443 pp.

WERNER, Gerhard; BEMMERLEIN-LUX, Florian y ZÚÑIGA, María Elena. *Ordenamiento territorial y planificación ambiental en Chile*. Santiago: Editorial Ecodec, 1995, 56 pp.

WORLD BANK. *Public-Private Partnerships Reference Guide*, Version 2.0. World Bank Publications, 2014. Documento disponible en <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/public-private-partnerships-reference-guide-version-20> (revisado el 27 de mayo de 2019).

ZAGREBELSKI, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo y LUTHER, Jorg. *Futuro della Costituzione*. Torino: Ed. Giulio Einaudi, 1996, 409 pp.

ZWEIG, Stefan. *Momentos estelares de la humanidad*. Barcelona: Ed. Acantilado, Barcelona, 2002, 306 pp.