

LA REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN
PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN
DE SERVICIOS Y DE INFRAESTRUCTURAS:
EXAMEN DEL MODELO REFORMULADO
POR LA LEY N° 20.410

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
REGULATIONS ON SERVICES
AND INFRASTRUCTURE PROVISION:
LOOKING AT THE REFORMULATED MODEL
SET BY LAW N° 20.410

*Gladys Camacho Céspedes**

Resumen

La colaboración público-privada a través del contrato de concesión de obras públicas ha sido la técnica privilegiada asociada a la renovación y ampliación de las redes de comunicación (carreteras, aeropuertos, auto-vías urbanas, etc.), aunque también ha tenido aplicación en otras áreas ampliándose el programa a la concesión de hospitales y cárceles. Esta fórmula que, desde la década de 1990, ha servido para llevar a cabo un plan de construcción de vías nacionales longitudinales y transversales, está ligada a una estrategia de desarrollo económico del país que potencia ampliamente el comercio internacional y que, además, tiene la virtud que no conlleva presión sobre las arcas fiscales sirviendo para controlar el endeudamiento público. No obstante, su aporte se vio ensombrecido por cuestionamientos de corrupción así como por ciertas prácticas asociadas a las renegociaciones de los contratos de concesión que atentaban contra la eficiencia económica del instrumento al igual que propiciaban cuestionamientos sobre la transparencia de estos procesos. El artículo analiza las principales modificaciones a la regulación de la Ley de Concesiones de

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y magíster en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid) y el Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesora asociada de Derecho Administrativo y responsable de la cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores “Probidad y transparencia públicas”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 17 de octubre de 2013 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2014. Correo electrónico: gcamacho@derecho.uchile.cl

Obras Públicas introducidas por la Ley 20.410, que, entre otras, buscan resolver estos problemas así como atender mayores exigencias de niveles de servicio y estándares técnicos durante la vigencia de la concesión, esto es, perfeccionar la fórmulas de ejecución, mantenimiento y gestión de los proyectos.

Palabras claves: Ley de Concesiones, colaboración público-privada, concesión de obra pública, panel técnico, comisión arbitral, Consejo de Concesiones.

Abstract

Public-private partnership through a public work concession contract has been the preferred way to renovate and expand communications networks –high roads, airports, highways, etc.– although it has been also applied in other areas, broadening its boundaries to public hospitals and jails concessions. This technique that has been useful since the 1990s to carry out a nationwide road construction plan is linked to a national economic development strategy that enhances international trade - without pressuring on the Treasury and controlling public debt. However, all these virtues have been overshadowed by criticism related to corruption and certain practices associated with renegotiation of such concession contracts that undermine economic efficiency. This article is aimed to look at the main changes to the Public works concession Act introduced by Law N° 20410 that seek to solve the aforementioned problems and to meet higher service standards and technical requirements during the concession period – that is, to improve the contractual performances and the maintenance and management of projects.

Keywords: Public works concession Act, Public-private partnership, Public work concession, Technical Panel, Arbitration commission, Concessions Council.

I. Introducción

Con el retorno a la democracia en la década de 1990 el presidente Patricio Aylwin tomó una decisión pública que desde entonces se ha sostenido en el tiempo por los gobiernos que le han sucedido, esto es, afrontar a través del instrumento de las concesiones de obras públicas el reto de superar el déficit en infraestructura del país, que comprometía el desarrollo económico y la búsqueda de una exitosa inserción en los mercados interna-

cionales, apelando a la inversión privada nacional y extranjera, objetivos por demás conseguidos a la luz de los resultados macroeconómicos que exhibe el país¹.

La experiencia chilena en materia de concesiones de obras públicas resulta paradigmática por el éxito obtenido. De ello da cuenta la amplia renovación de las infraestructuras viales y aeroportuarias, extendiéndose a la construcción de hospitales y de cárceles. En el período 1993-2009, se presentaron sesenta y un proyectos y el valor de inversión asociada ascendió a más de US\$11.000.000.000², lo que explica la gran moder-

¹ La técnica de la concesión de obras públicas no era desconocida antes de la última década del siglo XX, sin embargo, es en los gobiernos democráticos liderados por los Partidos de la Concertación en que cobra una significación sin parangón. De esta técnica se ocupaba a principios del siglo XX José Domingo AMUNÁTEGUI, *Tratado general de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, p. 432, para quien el sistema de concesión de obras públicas “es apropiado para asegurar el interés más general, porque es lógico suponer que la obra sea bien ejecutada; ya que así conviene al empresario i por parte del Estado habrá un desembolso relativamente pequeño. El campo –sin embargo, concluye el profesor de la Casa de Bello– en que puede desarrollarse este sistema es reducido entre nosotros”. Por su parte, Juan Antonio IRIBARREN en *Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases*, p. 87, define la concesión como “la autorización que la Administración confiere a un individuo o empresa para que ejecute una obra pública, reservándole durante cierto tiempo la explotación de la misma, con el objeto de que pueda resarcirse de los gastos y obtener una justa ganancia. Transcurrido el plazo, la obra se incorpora al haber del Estado”. En el mismo sentido Manuel JARA CRISTI, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 110, señala que en virtud de la concesión de obras públicas “un tercero se obliga a realizar por su cuenta una obra pública, a riesgo y ventura, a cambio de la autorización que la Administración le otorga para explotarla una vez realizada, durante un plazo que le permita resarcirse del capital invertido y obtener una utilidad equitativa, debiendo pasar la obra a poder definitivo del Estado, una vez vencido dicho plazo”. Igualmente, destaca: “el Estado mantiene una tutela al respecto y ejercita todas las facultades necesarias al uso conveniente de la obra de parte del concesionario”. Por su parte, Patricio AYLWIN, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, p. 230, enfoca la disparidad existente entre las dos figuras contractuales cercanas del siguiente modo: “Lo esencial en la concesión de obra pública es ‘la construcción de la obra’, la ejecución de una obra destinada al servicio público. Esto la diferencia de la concesión de servicio público, en la cual lo esencial es ‘la gestión del servicio público’. Más contemporáneamente (2009) a la luz de la experiencia reciente destaca el papel cada vez más activo que se la ha dado a los particulares, en especial como colaboradores en la gestión administrativa del Estado: “no puede silenciarse el avance extraordinario que ha experimentado el país por la aplicación de los contratos de concesiones de obras públicas. El sistema de concesiones de obras públicas fue establecido por el DFL N° 164 de 1991, cuyo texto refundido se fijó por el Decreto de Obras Públicas N° 900 de 31 de octubre de 1996”. En la misma línea Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y comparado, actos, contratos y bienes*, p. 224, señala: “Lo fundamental en la concesión de obra pública es, pues, la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un procedimiento para remunerar al particular o sociedad que se encarga de construirla”.

² Mauricio GÁTICA, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”.

nización en la red vial longitudinal y transversal a lo largo del país que esta actividad ha conllevado. Junto con ello, la asociación público-privada en materia de contratación pública vinculada a las concesiones de obras públicas se ha consolidado como una de las más representativas de la actuación mancomunada del sector público y el privado³.

Sin embargo, el voluntarismo inicial que llevó a la utilización de este instrumento a través de un amplio programa de obras públicas no dio paso a la formulación de la política pública correspondiente⁴, que estuviera acompañada de la debida regulación de este tipo de actuación administrativa. Lo señalado tuvo su manifestación más severa en el caso conocido como MOP-GATE, que dio a lugar a denuncias y procesamientos criminales de autoridades del más alto nivel de la época que propiciaron la alarma pública y puso en evidencia la necesidad de una reforma sustantiva que asegurara mecanismos de mayor transparencia y una efectiva competencia en la adjudicación de las obras. Con ello, se comprometió la eficiencia económica del instrumento, todo lo cual, generó el contexto propicio para una revisión del sistema de colaboración público-privada vinculada a las obras públicas.

³ Claudio MORAGA KLENNER, “La actividad formal de la Administración del Estado”, pp. 721-722, plantea que la asociación en materia de contratación pública en la actualidad no es la prioritaria, pues se adscribe a la opinión de que la asociación público-privada no sólo es un medio especial de emprender acciones de relevancia social o económica, sino que, también, se desarrolla en el ámbito normativo de tal manera que la actividad normativa, especialmente, del gobierno es producto de la unión de intereses públicos y privados, pues estos últimos participan del proceso formativo de las normas (reglamentarias).

⁴ Entendiendo que la política pública supone el diseño, gestión y evaluación de un curso de acción gubernamental desplegado en torno a un objetivo de interés general, la crisis del sistema evidenciado por el caso MOP-GATE –originado durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos (2000-2006)– puso de manifiesto la falta de una adecuada regulación de las fórmulas de colaboración público-privada que se estimularon ampliamente por el Ministro Obras Públicas de la época, comprometiendo los principios de Derecho Público que rigen el buen gobierno de la nación. Para una definición de política pública Eugenio LAHERA, “Política y Políticas públicas”, p. 8, hace referencia a los requisitos que reúne una política pública de excelencia, la que define como: “cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados”.

II. Marco normativo

La concesión de obra pública surge en Chile en el primer tercio del siglo XX⁵, pero no es sino hasta la última década de esta centuria que se hizo uso del sistema concesional de obras públicas, para llamar a interesarse a importantes empresas nacionales y extranjeras, desarrollando un ambicioso y exitoso programa de construcciones.

No hay duda de que la técnica administrativa de concesionar una obra pública se enmarca dentro del diseño económico que la Constitución Política establece⁶. Así, las opciones de nuestro constituyente, que se traducen en directrices que sustentan una economía basada en la libre competencia así como el incentivo a la iniciativa privada acompañada por un Estado servicial, han sido claves para el éxito económico que el país exhibe. De este modo, el artículo 1° inciso 3° de la CPR, que dispone *in totum* al Estado como una estructura servicial cuyo fin es la promoción del bien común; el artículo 19 N° 21 CPR, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; y el art. 19 N° 22, que proscribire toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, son todas directrices generales que, en particular, informan la contratación pública como instrumento de la actuación económica de los órganos del Estado.

Los citados preceptos integran lo que se reconoce como Constitución Económica y constituyen las previsiones generales que condicionan el ordenamiento económico. Son estas disposiciones las que permiten afirmar que la Constitución Económica que se contiene en la Carta Magna vigente tiene como presupuesto un sistema de mercado donde la libre competencia se convierte en un valor central a proteger y a propugnar. Ello resulta positivo si tenemos en cuenta que la libre competencia efec-

⁵ Como señala SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 225, las primeras normas dictadas para construir obras públicas vía concesión datan de principios del siglo XX, refiriéndose a la Ley N° 4.621, de 24 de julio de 1929, que: "facultó al Presidente de la República para conceder permisos a particulares para construir puentes sobre corrientes nacionales de uso público y cobrar una tasa o tarifa por el uso de los mismos, subordinando, naturalmente, estas construcciones a la supervigilancia de los Servicios Técnicos del Estado".

⁶ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 723, observa: "son escasos los marcos jurídicos que se ha dado Chile reconociendo institucionalmente el fenómeno de las 'asociaciones público-privada', es decir, de áreas en las que se integran formalmente esfuerzos o capitales y gestiones públicas y privadas. Probablemente, en la actualidad, los más representativos son los marcos legales de concesiones de obras públicas (con resultados profundos y concretos) y de financiamiento urbano compartido (de menor antigüedad y de maduración de proyectos)".

tiva propicia que la asignación eficiente de recursos escasos sea lo que caracterice al sistema. Por un lado, la Constitución, en su artículo 19 N° 22, garantiza a los particulares a ser tratados por igual por parte del Estado y sus organismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias en materia económica. Es esta previsión constitucional la que permite identificar uno de los fundamentos para instituir al sistema concursal como regla básica de la contratación administrativa. No hay que olvidar que el Estado y sus organismos constituyen importantes demandantes de bienes y servicios en la economía, tanto que su consumo es una variable macroeconómica determinante del gasto público⁷. Percibido como cliente, el Estado es uno de los consumidores más relevantes de la economía, pues su demanda tiene la virtud de ser un gran acicate para activar diversos sectores económicos. De ahí, el interés de los particulares por lograr un acceso igualitario a la contratación pública, la cual se constituye en un medio por el cual se involucran importantes recursos económicos, los que por su particularidad de ser públicos no pueden ser gestionados caprichosamente, sino con objetividad e imparcialidad.

Por otra parte, el principio de servicialidad⁸, que instituye al Estado como una organización vicarial para lograr alcanzar el bien común (artículo 1° de la CPR), contiene un mandato implícito de ser eficaz y eficiente en el empleo de los recursos públicos, lo que es reforzado para la administración pública en la LOCBGAE. Igualmente, la probidad, transparencia y publicidad estatuidas como bases de la institucionalidad (recogidas en el nuevo artículo 8° de la CPR), obligan a que la gestión de los recursos públicos se haga de modo escrutable a fin de que se pueda enjuiciar el

⁷ Como ya se ha señalado en el período comprendido entre 1993-2009 la inversión vinculada a la contratación de concesiones de obras públicas ascendió a más de US\$11.000.000.000. Mauricio Gatica, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”, p. 5. Mientras que por su parte el monto transado a través del sistema de contratación de Chile Compra o Mercado Público ha ido permanentemente en ascenso y ha pasado de US\$1.038.000.000 en 2003 a proyectarse en torno a los US\$ 10.100.000.000 en 2013, siendo previsible que continúe aumentando. Roberto PINEDO, “Cuenta pública 10 años Dirección Chilecompra. Modernizando el Estado”, p. 10.

⁸ Prefiero la calificación del Estado atendiendo a su naturaleza servicial y no apelar a un supuesto principio de subsidiariedad. Del primero existe texto expreso mientras que del segundo, si bien se puede encontrar su enunciación en las discusiones de la “Comisión Encargada de la Redacción de la Nueva Constitución” instituida en el gobierno militar, finalmente no fue recogido en ningún precepto de la Carta Magna, siendo invocado en la actualidad sobre todo desde una posición ideológica que reclama un Estado limitado, lo que en mi concepto es una situación que se ha venido revirtiendo en la práctica, proceso que ciertamente ha contribuido a plantear la necesidad de una reforma sustancial de la Constitución. Lo que sí ha variado sustancialmente son las formas de intervención del Estado, acentuándose su naturaleza reguladora por sobre su papel de agente productivo.

método que se ha empleado en la administración de los mismos, lo que también remite a apreciar la eficacia y eficiencia de la administración de los recursos públicos. Por último, el carácter servicial del Estado también se manifiesta en la preponderancia de actuaciones no autoritarias que buscan la colaboración de los privados convocándolos a la realización de una actividad económica rentable –tomando los resguardos para la debida protección del interés público– que se expresa, entre otros, en la contratación pública, ámbito donde el Estado tiene limitado el uso de facultades exorbitantes o de privilegios. Las

“concesiones de servicios públicos y de obras públicas han significado crear o, incluso, remozar antiguas legislaciones que por décadas estuvieron en desuso, de manera de transformar dichos marcos jurídicos en verdaderos instrumentos de promoción de inversiones de privados”⁹.

Con rango legal, el deber de servicialidad se traspone para la administración del Estado (artículo 3 de la LOCBGAE) obligándola a actuar con eficacia en sus cometidos y con eficiencia en la gestión de los recursos públicos, porque ello es exigencia del interés general (artículo 53 de la LOCBGAE). Esta previsión exige a los órganos de la administración del Estado adoptar los medios idóneos para decidir y también garantizar la integridad ética y profesional en la administración de los recursos, lo que es directa consecuencia de la observancia del principio de probidad administrativa.

En afinidad con las directrices constitucionales ya señaladas, la LOCBGAE establece en el artículo 9 la única normativa básica que rige de forma general la contratación administrativa, ésta es, la referida a los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad de aquéllos ante las bases administrativas, ambas prescripciones referidas al procedimiento concursal de la contratación¹⁰.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedió en los países donde surgió la institución del contrato administrativo, lo que diferencia a este instituto en nuestro ámbito no es la jurisdicción a la cual están sometidos,

⁹ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 280.

¹⁰ Para Iván ARÓSTICA, “Cómo y con quién contrata la administración”, pp. 345-347, esta norma del artículo 9 de la LOCBGAE, es un postulado básico imperativo y tiene singular importancia, pues señala las únicas tres formas que puede adoptar la administración para dirimir con quién va a contratar: la propuesta pública, la licitación privada y el trato directo. Adicionalmente, este precepto tiene como verdadero propósito no sólo mencionar las fórmulas de contratación, sino establecer una prelación entre ellas y que, “en esa secuencia, antepuso y privilegió el sistema de propuesta pública”.

pues estos contratos están sujetos a soluciones arbitrales y en su defecto a los tribunales ordinarios, ya que en Chile se carece de una jurisdicción contencioso-administrativa relacionada con esta materia. Lo señalado es sin menoscabo de reconocer que en el último tiempo se han establecido diversos órganos especializados para la resolución de conflictos contencioso-administrativos que ejercen jurisdicción en materias acotadas por el legislador¹¹.

En el plano legal y reglamentario el marco normativo regulador del contrato de concesión de obras públicas se encuentra integrado por las siguientes normas jurídicas:

1. Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece los principios de actuación de la administración del Estado y en especial el de libre concurrencia e igualdad ante las bases de los proponentes.
2. DFL MOP N° 850, de 12 de septiembre de 1997 (*D.O.* 25 de febrero de 1998), fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960.
3. Decreto Supremo N° 900, de 31 de octubre de 1996 (*D.O.* 31 de octubre de 1996), fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas¹².
4. Decreto supremo MOP N° 956, de 6 de octubre de 1997 (*D.O.* 20 de marzo de 1999), reglamento del DFL MOP N° 164, de 1991, modificado por las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460, de 1996.

Particular mención merece la Ley 20.410 (*D.O.* 20 de enero de 2010), que reforma el decreto 900/MOP o Ley de Concesiones, pues introdujo importantes modificaciones que son a las que nos referiremos con detalle

¹¹ De ello son ejemplo el Tribunal de la Contratación, creado por la Ley 19.886 de 2003 en materia de contratación de suministros, el Panel Eléctrico creado por la Ley N° 19.940 de 2004 para conflictos en materia de aplicación de la legislación eléctrica; el Consejo para la Transparencia creado por la Ley 20.285 de 2009 para resolver los conflictos en materia de acceso a la información pública, entre otros.

¹² MORAGA KLENNER, *op. cit.*, pp. 726-727, plantea que el decreto 900/MOP constituyó una legislación muy exitosa que propició el desarrollo de infraestructura pública por cuanto es una legislación pragmática y protectora de los intereses y derechos de los inversionistas privados, nacionales o extranjeros. En su opinión esta legislación tuvo tres virtudes: 1) fue “lo suficientemente genérica y breve”, lo que permitió amplia discrecionalidad a la administración para la definición de los contratos; 2) “lo suficientemente pragmática como para incorporar instituciones novedosas que dieran confianza a los inversionistas privados” y 3) “lo suficientemente mesurada como para disponer mecanismos ágiles y expeditos de resolución de controversias”.

más adelante. Si bien estas modificaciones regirán para los nuevos adjudicatarios, de acuerdo con el artículo primero transitorio, las modificaciones introducidas por la ley 20.410 no serán aplicables respecto de los contratos de concesión adjudicados con anterioridad, salvo que los concesionarios hayan optado por la aplicación de estas normas en un plazo de tres meses desde su entrada en vigencia, situación que se desconoce haya ocurrido.

Junto a este marco normativo de carácter general, al que se adicionan las respectivas bases de licitación de cada contrato particular, es necesario mencionar:

- La Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Texto legal que por expresa referencia de su artículo 3°, letra e), extiende a los contratos de concesión de obra pública exclusivamente la aplicación de su capítulo v referido al Tribunal de la Contratación Pública, así como dispone el carácter supletorio de todas las disposiciones de ese cuerpo legal¹³.
- El conjunto de normas de Derecho Privado a las que hay que acudir en defecto de las normas de Derecho Público en la medida que sea necesario para completar la regulación del contrato de concesión de obra pública. Esta prescripción está contenida en el artículo 1° de la Ley de Compras Públicas N° 19.886¹⁴.

¹³ El citado precepto legal a la letra dispone: “Artículo 3°.- Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: (...) e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas.

Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N° 19.865, que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”.

¹⁴ La norma citada a la letra preceptúa: “Artículo 1°.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.

II. Concepto y características del contrato de concesión de obra pública

Nos dice el artículo 39 del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas¹⁵, que 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”.

Concretamente la ley configura el tipo contractual de la concesión de obra pública asociando dos actividades diferenciadas y que en algunos sistemas no es indispensable que estén mancomunadas, esto es, tanto la realización de la obra pública y la gestión como prestación del servicio público. De este modo, la concesión de obra pública se constituye en una actividad cuyo atractivo reposa en la explotación económica de la obra pública por parte del concesionario que ejecuta la edificación. En definitiva, la característica definidora de este tipo de contrato es la vinculación imprescindible entre la construcción y la explotación de la obra pública.

Usando la terminología anglosajona, las concesiones de obras públicas viales en Chile han respondido al modelo de contrato BOT, significando con ello que una empresa privada financia y construye el proyecto de infraestructura y luego cobra por el uso del servicio (lo opera) durante un período prolongado. Cuando finaliza la concesión, la infraestructura es transferida al Estado¹⁶.

Ahora bien, junto a lo ya señalado, la Ley 20.410 de 2010 incluyó dentro de la definición del contrato de concesión de obra pública la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, permitiendo que la concesión se realice sobre la base de proyectos complejos.

En relación con la naturaleza pública del contrato de concesión de obra pública es necesario expresar la particularidad de la regulación chilena que recae sobre esta materia, pues la institución del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico no se puede caracterizar del mismo modo que en el ámbito galo, donde la posición de privilegios

¹⁵ Texto refundido, coordinado y sistematizado de este texto legal fue fijado por el Decreto Supremo MOP N° 900, de 31 de octubre de 1996 (D. O. 18 de diciembre de 1996).

¹⁶ Eduardo ENGEL, Ronald FISCHER, Alexander GALETOVIC y Manuel HERMOSILLA, “Renegociación de concesiones en Chile”, p. 4.

de la administración imprimió a la noción de rasgos caracterizadores exorbitantes e identificó en ellos los elementos diferenciadores del correspondiente instituto reconocido en el Derecho común¹⁷. Más aún, con la redefinición del Estado, que enfatiza su servicialidad y mitiga fuertemente sus privilegios de soberanía, la contratación administrativa se imprime –cuando el legislador así lo determina– de aspectos regulados con el objetivo de garantizar el respeto de los principios que informan la actuación pública para una buena administración. De tal modo que la institución contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico está referida a las previsiones que el legislador adopta para suplir la inexistencia de autonomía de la voluntad en la administración¹⁸, así como para acotar la

¹⁷ Sobre la admisibilidad del contrato administrativo como institución hay diversas opiniones, “cabe reiterar –destaca SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 24– que personalmente no concebimos la existencia de los contratos administrativos (de suministro, de obra pública, etc.), porque, a nuestra manera de ver, tal noción ha querido simplemente trasplantar principios del Derecho Común al Derecho Administrativo. No hay, pensamos, en la administración igualdad contractual, ni autonomía de la voluntad, principios estos esenciales de los contratos del Derecho Común”. Más adelante, asumiendo la realidad de actos de colaboración de los privados, Enrique Silva concluye: “La constatación de estos elementos: capacidad del Estado, formalidad de que se revisten estos actos y objeto y fin que se persigue con su realización, nos permite afirmar que en nuestro país existen actos administrativos que constituyen lo que la doctrina denomina ‘contratos administrativos’, que quedan regulados por normas particularísimas de Derecho Público. La verdad es, a nuestro juicio, que si algo hubiera de criticarse a este respecto, es el nombre absolutamente inadecuado de contratos administrativos que la doctrina ha asignado a estas actuaciones”. En otra frontera Eduardo SOTO KLOSS, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, p. 575, admite el instituto contractual como instrumento de intercambio de bienes asociado a la idea de justicia, porque el Estado no puede sino relacionarse conforme al Derecho y el objeto de éste es lo justo, empleando la técnica unilateral (de imposición) o bien la técnica contractual (de concertación). “Yo diría –afirma Eduardo Soto– que el verdadero aporte de esta nuestra disciplina en este campo es el hacernos ver un retorno a la idea originaria de contrato, en cuanto intercambio de bienes basado en lo justo, y que se manifiesta en toda la vida del contrato”. “Sea que utilice la una –continúa–, sea que utilice la otra, el Estado siempre está actuando para conseguir el bien común... Si utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública del interés colectivo, del bien común, pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes y sobre bases de justicia”.

¹⁸ En este punto se acoge la teoría de los profesores José Luis VILLAR PALASI y José Luis VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, pp. 59-60, en cuanto en el ámbito administrativo no es posible asimilar el acto administrativo (y derivado de ello, se entiende que tampoco el contrato administrativo) a un negocio jurídico, pues ello haría derivar consecuencias jurídicas que no pueden ser aceptadas en el Derecho Público, por cuanto el negocio jurídico se vincula a la autonomía de la voluntad como fuente generadora de efectos jurídicos. De tal modo que, como indican los citados autores, en el ámbito del

supuesta libertad de contratación de la administración que “existe” o más bien se admite en cuanto la administración puede celebrar una variedad de pactos que no están establecidos taxativamente ni regulados en toda su extensión, por cuanto la opción del legislador en materia contractual es la de regular los tipos importantes de contratación y dentro de ellos los aspectos más relevantes que le interesa cautelar.

De este modo, en algunos contratos administrativos a causa del interés público que hay implícito en ellos –al igual que en algunos contratos del ámbito privado como los bancarios, el *franchising*, entre otros–, el legislador establece ciertas previsiones para que dichas actividades se realicen con los resguardos correspondientes para el adecuado cumplimiento del principio de legalidad, el buen funcionamiento del sistema económico y la confianza de los agentes que intervienen. Ahora bien, si en ciertos contratos se reconocen algunos “privilegios” para la parte pública interviniente se debe a que en esa concreta relación el interés general que ella actualiza requiere de dicha previsión especial. En otros casos, la regulación del contrato administrativo se orienta, especialmente, a establecer el *iter* o los procedimientos que debe cumplir la organización pública contratante para que su actuación sea legítima y con arreglo al principio de legalidad, *v.gr.* bases administrativas, licitación pública como fórmula general para la contratación, tipos de garantías, etc.... De tal modo, establecida una regulación en materia de contratación, las prescripciones que la conforman se tornan vinculantes y constituyen los parámetros para fiscalizar la correcta actuación de la administración, así como el ajuste adecuado de la misma a lo dispuesto en las leyes como expresión de la voluntad general, manifestada a través del Congreso.

Dicho esto, la nota que podría permitirnos calificar los contratos como administrativos y en el caso concreto, el contrato de concesión de obra pública como contrato administrativo, es la regulación especial de Derecho Público que se le aplica.

Mas lo propuesto tropieza con la interpretación tanto de los tribunales ordinarios como de la Contraloría General de la República, pues en este punto tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa coinciden y reiteradamente interpretan los contratos públicos en afinidad con las teorías civilistas que los configuran como un libre acuerdo de voluntades, generador de derechos y obligaciones entre las partes. De ello, se desprende que para los órganos encargados del control jurídico (en sede administrativa y judicial) lo determinante en materia contractual pública es el con-

derecho administrativo no es propio hablar de la existencia de una autonomía de voluntad tal como la dogmática civil ha construido este concepto.

tenido del contrato y no la institución de Derecho Público debidamente regulada. Como consecuencia, las supuestas prerrogativas o posición de supremacía de la administración sólo son reconocidas y validadas por la jurisprudencia si han sido pactadas o contenidas en el respectivo contrato y no por estar emanadas del régimen al que ellos están sometidos, lo cual se ha expresado en que algunos de los problemas presentados en la ejecución de los contratos de concesión de obra pública no puedan ser solucionados a través de la interpretación de la regulación legal, sino que lo preponderante es la letra del contrato.

III. Los problemas más acusados en el modelo de concesiones chileno y las reformas legales introducidas

Se señalan como ventajas del sistema concesional una serie de postulados, entre los cuales se sostiene que permite captar inversiones de modo que el Estado puede redestinar sus recursos, especialmente redirigirlos a inversión social, con ello, el mecanismo permite capear las estrecheces presupuestarias que normalmente acusan las administraciones públicas, más aún en períodos de crisis económicas. Por otro lado, particularmente, en el caso chileno se acepta que con el retorno a la democracia éste ha sido un mecanismo necesario por las condiciones materiales y con las capacidades técnicas con las que el Ministerio de Obras Públicas contaba al inicio de la década de 1990,

“el problema –enfatisa Eduardo ENGEL *et al.*– era la falta de capacidad técnica, humana y tecnológica necesaria para ejecutar los proyectos en plazos breves bajo un Ministerio que, durante la década de los ochenta, casi no había construido nuevos proyectos de infraestructura carretera. Las concesiones fueron una innovación ingeniosa que permitió construir rápidamente una serie de obras de alta rentabilidad social”¹⁹.

Uno de los objetivos del primer gobierno democrático, junto a la consolidación democrática y lograr una mejor equidad social, fue impulsar el desarrollo económico, lo que hacía indispensable contar con una poderosa red de comunicaciones como complemento indispensable a la política comercial orientada hacia el exterior. En conexión al propósito señalado, las concesiones han sido exitosas permitiendo dotar de la

¹⁹ ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*

infraestructura vial y aeroportuaria necesaria para impulsar la inserción económica internacional del país, superando la precaria situación en materia de infraestructuras que limitaba el crecimiento del país²⁰.

Si bien la financiación privada que conlleva este tipo de contrato administrativo permite diluir el gasto público necesario para habilitar las infraestructuras requeridas en varias décadas, eliminando la presión ejercida por las exigencias del equilibrio presupuestario, no debe dejar de atenderse si, finalmente, el resultado en la práctica ha conllevado a un endeudamiento excesivo que traspasa el gobierno que adquiere el compromiso restringiendo, por consiguiente, la capacidad de los gobiernos en el futuro. Otro elemento que se repara, igualmente, es que este endeudamiento no pasa por las instancias democráticas del Congreso, resultando ser además caro, todo lo cual afecta el interés fiscal²¹. De acuerdo con Eduardo Engel la experiencia chilena de concesiones de obras públicas no se justifica en

“una falta de recursos, ya que durante los últimos 15 años el Estado podría haber financiado las inversiones en infraestructura pública con recursos fiscales”,

sino sobre todo en la falta de competencias de los órganos públicos para llevar adelante con eficacia en tiempos razonables este tipo de proyectos complejos.

No obstante la común calificación del mecanismo de concesiones como exitoso, la experiencia de los más de tres lustros que cumplió el sistema de concesiones evidenció una serie de imperfecciones que suscitaron cuestionamientos a la legitimidad del instrumento y propiciaron un clima político favorable a la revisión y consiguiente introducción de correcciones por parte del legislador en 2010. Algunos de los atributos que servían de justificación al uso de este instrumento distaban mucho

²⁰ Eduardo BITRÁN y Marcelo VILLENA, “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional”, p. 181, sostienen: “En 1995 el Ministerio de Obras Públicas (MOP) cuantificó en US\$1.500 millones por año las pérdidas económicas causadas por una infraestructura inadecuada, principalmente por los cuellos de botella que se generaban en una economía que crecía 7% anualmente. El MOP estimó que para sostener dicha tasa de crecimiento del PIB, la inversión requerida en infraestructura de transportes debía alcanzar a más de US\$11.000 millones entre 1996 y 2006”.

²¹ Las renegociaciones bilaterales en materia de concesiones han propiciado el adelantamiento de gastos, endeudando a gobiernos futuros, así dos tercios de los desembolsos comprometidos (un 65% del total renegociado) deberán ser pagados por cuenta de los gobiernos que vendrán. ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, p. 4.

de cumplirse. Así, si bien se admite que la concesión de obra pública es una actividad que debe configurarse como atractiva para los inversores privados, pues de lo contrario no podría captar el interés de éstos, ello no debe ser equivalente a que sea una actividad liberada de todo riesgo económico. El Estado se preocupa de distribuir equilibradamente los riesgos de la actividad (sobre todo porque se trata de una inversión “hundida”), pero no puede garantizar su rentabilidad a todo evento, pues estaría configurando una situación privilegiada del concesionario. Igualmente, esta herramienta como parte de la política económica debe buscar la eficiencia económica de los recursos públicos en razón de lo cual asegurar *ex ante* la competencia entre los oferentes resulta fundamental.

Sin embargo, proyectos defectuosamente formulados han dado origen a una temprana revisión de los mismos tan sólo poco después de ser adjudicados, originando sustanciales modificaciones y ampliaciones²². Esta circunstancia no sólo ha supuesto un gran número de costosas renegociaciones que han comprometido la eficiencia económica del instrumento, sino que, también, ha limitado la competencia en la adjudicación y originado ganancias extraordinarias por parte de los concesionarios, quienes han obtenido rentabilidades por encima del mercado, así “la inversión más atractiva es, por cierto, aquella que se decide por negociación, como adición a una concesión existente”²³. Todo ello genera riesgos de “captura

²² El estudio de ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 1-2, destaca enfáticamente: “nuestro análisis es concluyente en determinar que las negociaciones son frecuentes y que representan montos considerables. En promedio, cada concesión ha sido renegociada 3 veces, y el monto total de las transferencias hacia los concesionarios es de UF 70,3 millones (2.810 millones de dólares). El 83% de este monto corresponde a negociaciones bilaterales entre el MOP y la concesionaria, mientras que el 17% restante resultó de un proceso de conciliación o arbitraje. Si se considera que el presupuesto original de las 47 obras concesionadas y no extinguidas era de UF 211,6 millones (8.460 millones de dólares), se concluye que un 25% de los \$11.270 millones de dólares invertidos en infraestructura mediante el sistema de concesiones fue agregado después de la adjudicación del proyecto sin un proceso de licitación competitiva”.

²³ BITRÁN y VILLENA, *op. cit.*

La experiencia reciente en el ámbito internacional nos ratifica estos reparos. La culminación de la ampliación del canal de Panamá por el GUPC liderada por la empresa española Sacyr junto a la empresa italiana Impregilo, es incierta. El GUPC ha anunciado la suspensión de la construcción si la ACP no reconoce un sobre costo por US\$1.600 millones de dólares, exigencia que ha sido, hasta la fecha en que se redacta este artículo, rechazada por la ACP, por considerarlo una “presión” inaceptable exigiendo que cualquier renegociación se realice en el marco de lo que estipula el contrato. Dada la relevancia de este asunto y su incidencia en la imagen de las empresas españolas e italianas, este conflicto ha sido materia tratada entre los jefes de gobiernos de ambos países señores Rajoy y Letta. *Vid.* EFE, “Autoridad del Canal de Panamá rechaza presiones de Sacyr y lo llama a respetar contrato”; EFE, “Anuncian la suspensión de las labores de ampliación del

empresarial” del Ministerio y de la política, sobre todo si la línea que diferencia los negocios y el financiamiento de ésta es difusa como lo evidenció el caso MOP-GATE.

Una forma de evaluar la funcionalidad del sistema es a través de la observación del cómo opera éste con respecto a los riesgos propios que están asociados. La diferencia entre la rentabilidad esperada del proyecto y la rentabilidad real del proyecto constituye un aspecto crítico que incide sustancialmente sobre el atractivo del negocio. A este respecto podemos reproducir el listado de riesgos que identifica de manera indicativa Haidy Quiroz Nevenka Blazevic²⁴, en relación con los proyectos viales haciendo al mismo tiempo las indicaciones que nos parecen oportunas:

- Riesgos del concesionario, durante la etapa de construcción de obras, asociados a la expropiación de la propiedad para la ejecución de las obras y a riesgos propios de su construcción. Si bien, en el caso chileno, el Estado asume las expropiaciones y la ley estipula que todos los desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de los actos (expropiatorios) o contratos (adquisiciones) que sean necesarios para la construcción de las obras serán de cuenta del concesionario (inciso 2° del artículo 15 de Ley de Concesiones), éste ha sido uno de los ítems por los cuales el MOP ha sido condenado a indemnizar y, en otros casos, ha llegado a acuerdos conciliatorios, por los mayores costos causados por expropiaciones que han impedido la entrega oportuna de terrenos²⁵.

Canal de Panamá”; EFE, “Rajoy y primer Ministro italiano evaluarán coyuntura económica y futuro del Canal de Panamá”.

²⁴ Haidy Quiroz NEVENKA BLAZEVIC, “Análisis crítico de la política de concesiones viales en Chile: balance y aprendizajes”, p. 14.

²⁵ Ejemplos emblemáticos de ello han sido las sentencias de las comisiones arbitrales en el caso de los reclamos de las concesionarias de las autopistas Santiago-San Antonio y Talca-Chillán. En el primer caso, en sentencia de 12 de abril de 2001, la concesionaria obtuvo la condena al MOP para el pago de 35.000 UF, apelando a la teoría de la imprevisión, atendiendo que éste era el monto que equivale al 20% del mayor valor derivado de las expropiaciones, lo que superaba “cualquier cálculo que pudiera haberse hecho a la época de la licitación, a esta suma se debe adicionar la compensación que también obtuvo la concesionaria por costos financieros generados por los pagos en exceso de las expropiaciones, ascendente a 5.824 unidades de fomento y 4.000 unidades de fomento adicionales correspondientes a los costos incurridos por la concesionaria para apoyar los trámites y procedimientos de expropiaciones, entre otros. En el caso del reclamo de la concesionaria de la Autopista Talca-Chillán ésta obtuvo que la respectiva Comisión Arbitral condenase al MOP para que le compense por el equivalente a 20.574 unidades de fomento, considerando una tasa de actualización de 9,5% anual, entre el 1° de marzo de 1996 y el día del pago efectivo. *Vid.* CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, “Resolución de Controversias. Ley de Concesiones de Obras Públicas”.

- Riesgos del concesionario, durante la etapa de la explotación de la obra, relacionados con la rentabilidad de la concesión. La lógica natural de la concesión como actividad económica es que el adjudicatario de ella sea el que los asuma, aunque en los hechos este riesgo está mediatizado, pues prevalece el espíritu de garantizar la rentabilidad del negocio al concesionario y financista. El contrato de concesión se dota de cláusulas que reducen el riesgo de la demanda otorgándole una garantía de ingreso mínimo (IMG) que se paga con cargo al presupuesto del MOP en caso que las expectativas no se cumplan, lo cual no está debidamente compensado en la eventualidad que se superen ampliamente los cálculos de la demanda prevista, situación que le proporciona ganancias extraordinarias al concesionario.
- Riesgo de extinción de la concesión, está bastante acotado (artículo 27 de la Ley de Concesiones) fundamentalmente limitado al incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y deberá ser declarado por la Comisión Arbitral a solicitud del MOP.
- Riesgos de conflicto, para lo cual se establece un mecanismo de conciliación y de arbitraje alternativo a la justicia ordinaria.
- Riesgo de cambio en las reglas de juego. Ello está limitado por los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima que harían actuar la teoría de la imprevisión, lo que conlleva eventuales indemnizaciones por parte del Estado. La teoría de la imprevisión ha sido generalmente invocada en los reclamos de las concesionarias ante las comisiones arbitrales.

Frente a estos problemas, la reforma de 2010 introducida por la Ley N° 20.410 ha dado lugar a cambios sustanciales en el sistema de concesiones, aunque no todo lo profundos como se proponían por voces autorizadas en la materia²⁶. Con todo, han sido importantes los cambios que han operado y es predecible que ello mejorará sustancialmente la transparencia de estos procesos caracterizados por su gran opacidad.

En el siguiente cuadro se resumen sintéticamente los principales cambios que la Ley N° 20.410 realizó con el objetivo de actualizar el sistema de concesiones a la situación actual, buscando superar las deficiencias de la regulación con el fin de lograr un marco que favorezca la estructuración de proyectos, contratos y esquemas de distribución de riesgos más adecuados.

²⁶ Vid. BITRÁN y VILLENA, *op. cit.*; ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, y NEVENKA BLAZEVIC, *op. cit.*

CUADRO N° 1
 INSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA,
 REFORMADA POR LEY 20.410

Ámbito de intervención	Órgano	Producto
NIVEL ESTRATÉGICO / PLANIFICACIÓN	Consejo de Concesiones	Informa, teniendo en cuenta la planificación urbana y la evaluación social que en ambos casos corresponda, sobre: 1) tipo infraestructura que se desarrollará al amparo de la ley; 2) los proyectos y 3) las modalidades de régimen concesional.
FORMULACIÓN DE CRITERIOS	Consejo de Concesiones	Informa preceptivamente antes de: 1) la declaración de interés público de proyectos de iniciativa privada; 2) determinar si un proyecto de iniciativa privada puede ser ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones; 3) que se establezca la excepción del art. 19 inc. 5°; 4) que se contraten nuevas inversiones y obras en condiciones excepcionales del art. 20 bis; 5) establecer modalidad del régimen concesional de los proyectos que se someterán a licitación pública considerando evaluación social.
FORMULACIÓN DE CRITERIOS	Consejo de Concesiones	Informa facultativamente sobre procedencia de: 1) Volver a licitar concesión una vez vencido su plazo; 2) Modificar características de las obras (art. 19); 3) Modificar características de las obras y servicios contratados (art. 20) refiriéndose al costo de las ampliaciones y compensaciones; 4) Realizar una nueva licitación (y sus condiciones) de un proyecto concesionado terminado por incumplimiento grave; 5) Poner término anticipado a la concesión (art. 28 ter); 6) Otras que el Ministro OP le solicite.
DISCREPANCIAS CARÁCTER TÉCNICO Y ECONÓMICO	Panel Técnico	El panel opera dentro de la etapa de ejecución del contrato de concesión y no ejerce jurisdicción. Emite recomendación técnica fundada sobre: 1) Evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, estado de avance, costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos; 2) existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos que afecten el normal desarrollo de las obras; 3) definición si el valor de inversiones ha sobrepasado límites establecidos (art. 19, 20 y 28 ter); 4) definición de efectos económicos sobre la concesión que tendrían obras adicionales; 5) determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos necesarios para calcular compensaciones económicas al concesionario cuando procedan; 6) Otras discrepancias técnicas o económicas de las partes del contrato de concesión.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	Comisión Arbitral	Tiene facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y para apreciar la prueba conforme reglas de la sana crítica. La sentencia la pronunciará con arreglo a derecho y será fundada. La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno. El Ministerio sólo puede recurrir a la Comisión luego de la puesta en servicio a la concesión.
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	Corte de Apelaciones	Conocerá de las controversias con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión. Al Ministerio sólo le está habilitado recurrir a la Corte en caso que la controversia se produzca antes de la puesta en servicio de la concesión. El concesionario tiene habilitado elegir si acude a la Corte o a la Comisión Arbitral.

Fuente: Elaboración propia basado en el texto de la Ley N° 20.410.

Entre las reformas introducidas cabe destacar que el Consejo de Concesiones (artículo 1° bis de la Ley de Concesiones) se constituye en un órgano que puede fortalecer el sistema de concesiones de obras públicas dotándolo de mayor objetividad dada su composición eminentemente técnica, lo que redundará en la recuperación de las confianzas sobre el instituto. Sin embargo, dado que el Consejo no logró configurarse como el proyecto de ley proponía²⁷, no se materializó la oportunidad que éste integrara una visión multisectorial del más alto nivel, lo cual aseguraría una política de mayor coherencia y armonía en materia de desarrollo de infraestructuras²⁸.

Una de las innovaciones más saludadas ha sido la introducción de la figura de los DRB a través del Panel Técnico (artículo 36 de la Ley de Concesiones) que actúa a solicitud de cualquiera de las partes en caso que se produzcan discrepancias de carácter técnico o económico. Si bien éste no ejercerá jurisdicción y sólo emitirá una recomendación técnica²⁹ que no es vinculante, ésta deberá ser debidamente fundada y pronunciada

²⁷ El proyecto de ley enviado por la Presidenta del gobierno contemplaba este consejo como un órgano integrado por autoridades del más alto nivel, es decir, por los ministros de Obras Públicas; Hacienda; Economía, Fomento y Reconstrucción; y Planificación.

²⁸ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 731, no obstante las bondades que se atribuyen al Consejo de Concesiones también plantea la duda de “si lo que se busca no es más que diluir eventuales responsabilidades políticas y gubernamentales, entre un grupo de profesores y académicos”.

²⁹ Por lo que en este punto se refiere, el Panel Técnico que la Ley 20.410 ha instituido responde a la tipología de DRB como son denominados en el ámbito anglosajón, así éstos se caracterizan porque sólo emiten recomendaciones. Juan Eduardo FIGUEROA, “Los Disputes Boards o Paneles Técnicos en los contratos internacionales de construcción”, p. 12.

en un plazo razonable de treinta días corridos. Por ello la recomendación tiene la virtud de ser un pronunciamiento de un órgano integrado por profesionales de destacada trayectoria, que son seleccionados a través del sistema de Alta Dirección Pública. Este nuevo instituto tiene la virtud de viabilizar una rápida y oportuna solución de divergencias en una etapa prearbitral, lo que no presenta los inconvenientes propios de los arbitrajes coadyuvando a la solución de problemas que requieren una inmediata atención.

“Los Dipute Boards –observa Juan Eduardo Figueroa– resultan especialmente útiles tratándose de contratos de construcción a mediano o largo plazo, ya que permiten resolver los conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual ni de paralizar los proyectos más allá del breve tiempo que el panel de expertos necesita para emitir un pronunciamiento”³⁰.

A estas virtudes se añade que este tipo de paneles de expertos pueden ser convocados tantas veces como sea necesario para ilustrar en materia de desavenencias de carácter técnico o económico.

De acuerdo con lo establecido por el legislador, el Panel Técnico se pronunciará, entre otras importantes materias, sobre:

- 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;
- La determinación técnica y económica 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. Lo señalado abre la posibilidad de que éste se pronuncie sobre si las causas de los sobrecostos se deben a ineficiencias del propio concesionario o a decisiones u órdenes impartidas por la administración;
- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 ter, lo cual ha sido una infracción constante durante la etapa previa a la reforma y que ha evadido la competencia en la adjudicación de las obras complementarias o adicionales que se solicitaban por el Estado;

³⁰ Figueroa, *op. cit.*, p. 12.

- 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 que requiera de esos cálculos;
- Las demás 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.

En relación con la reforma del mecanismo de solución de las controversias que se produzcan con motivo de la interpretación del contrato de concesión, se reconfiguran las reglas para la decisión de la Comisión Arbitral. Así, ésta tiene reconocida una mayor flexibilidad en materia procesal en la cual puede actuar como árbitro arbitrador en lo relacionado con la prueba, procediendo con arreglo a la sana crítica y apreciar en conciencia, mientras que en la materia de fondo su pronunciamiento debe ser con arreglo a derecho. La sentencia que dicte esta Comisión deberá ser fundada y enunciar las consideraciones de hecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado, no siendo susceptible de recurso alguno. Esta omisión deberá tener como un antecedente preceptivo el pronunciamiento del Panel Técnico.

Por otro lado, la Ley N° 20.410 también añade algunos elementos que perfeccionan el sistema de concesiones sustancialmente:

- Introduce cambios que aseguran un resultado adecuado en la provisión del servicio a lo largo del tiempo de vigencia de la concesión. De este modo, obliga a incorporar en los términos de la concesión el señalamiento de compromisos explícitos de niveles de servicios más que un compromiso de cumplir con especificaciones técnicas, lo que permite que el concesionario tenga incentivos para incorporar las innovaciones tecnológicas que le contribuyan a una mayor eficiencia económica. En consecuencia, la ley obliga al concesionario a conservar la infraestructura y de ese modo evitar que se deteriore el servicio a lo largo del tiempo en la fase de explotación, salvo caso fortuito o fuerza mayor.
- Incorpora instrumentos que aseguran la cobertura de daños durante la construcción y explotación de la concesión, estableciendo que el concesionario es responsable de todo daño a terceros con motivo de la ejecución de la obra, a menos que el MOP haya dado instrucciones o el contratista haya obedecido

a medidas impuestas luego de la adjudicación. A este respecto, el concesionario está obligado a contratar y mantener vigentes seguros de responsabilidad civil por daños a terceros, *v.gr.* catástrofes (terremotos), que puedan ocurrir durante el período de vigencia de la concesión.

- Finalmente, se observa que el legislador ha limitado las hipótesis en las cuales el concesionario tiene derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas, estableciéndose el límite del 15% como monto máximo de inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar por modificaciones a las características de las obras y servicios indicados por el MOP. Asimismo, el MOP sólo podrá modificar las obras con el fundamento de mejorar los estándares técnicos y los niveles de servicio señalados en las bases

V. Reflexiones finales

Con la dictación de la Ley N° 20.410 se han introducido relevantes reformas orientadas a garantizar una mayor transparencia y objetividad en las decisiones relacionadas con la materia de concesiones, la que como se ha señalado involucra un importante volumen de recursos económicos, todo lo cual lo torna en un objetivo altamente vulnerable frente a actos de corrupción que además pueden desvirtuar su eficiencia económica.

Sin embargo, entre las modificaciones que aun se echan en falta es la introducción de mecanismos de participación de los agentes que hasta ahora están ausentes en este esquema y en los cuales descansa la viabilidad del sistema, esto es, los usuarios de los servicios, quienes hasta ahora no tienen cabida para expresar las mejoras que desde la perspectiva de sus intereses deben introducirse.

Con todo, si bien la introducción de la figura de los “Dispute Boards” resulta altamente auspiciosa, resulta necesario plantearse la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley y los respectivos contratos. Ello apela a la consagración de una vía contencioso administrativa para la solución oportuna de los conflictos con la administración del Estado. Esta jurisdicción constituye una deuda pendiente que al siglo XXI resulta difícil de explicar su inexistencia.

Bibliografía

- AA.VV., "Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena (La reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas)", en *Modernizando el Estado para un país mejor*. Ponencias al IV Congreso de Derecho Administrativo, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Lima, 2010.
- AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo, *Tratado general de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Santiago, Imprenta Litografía y Encuadernación Barcelona, 1907.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Cómo y con quién contrata la administración", en AA.VV., *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 Años de vida institucional (1927-2002)*, Santiago, Contraloría General de la República, 2002.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Evolución y progreso del régimen jurídico de la administración del Estado de Chile en obra colectiva Derecho Administrativo: 150 años de doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.410, Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. Disponible en www.catalogo.bcn.cl.
- BITRÁN, Eduardo y Marcelo VILLENA, "El Nuevo desafío de las Concesiones de Obras Públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", 2010, Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_4572_2704/EBitran_MVillena_Concesiones.pdf. Consultada el 13 de septiembre de 2013.
- BLAZAVIC QUIROZ, Haidy Nevenka, "Análisis crítico de la política de concesiones viales en Chile: balance y aprendizajes", 2008. Disponible en www.mgpp.cl/wp-content/uploads/2011/04/CASO102.pdf. Consultada el 15 de septiembre de 2013.
- CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, Resolución de Controversias. Ley de Concesiones de Obras Públicas, 2012. Disponible en www.camsantiago.cl/articulos_online/35_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20Obras%20Publicas.doc. Consultada el 13 de septiembre de 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, vol. XIII, Buenos Aires, 2012.
- CHAPARRO NAVARRETE, Patricio, "Acerca de los "Dispute Boards" de la Cámara de Comercio Internacional", 2006. Disponible en <http://catalogo.bcn.cl>. Consultada el 16 de septiembre de 2013.
- EFE, "Autoridad del Canal de Panamá rechaza presiones de Sacyr y lo llama a respetar contrato, 2014. Disponible en: www.emol.com/noticias/internacional/2014/01/01/637548/autoridad-del-canal-de-panama-rechaza-las-presiones-del-consorcio-de-sacyr.html. Consultada el 27 de enero de 2014.

- EFE, “Anuncian la suspensión de las labores de ampliación del Canal de Panamá”, 2014. Disponible en www.emol.com/noticias/internacional/2014/01/01/637538/suspenden-labores-de-ampliacion-del-canal-de-panama.html. Consultada el 27 de enero de 2014.
- EFE, “Rajoy y primer Ministro italiano evaluarán coyuntura económica y futuro del Canal de Panamá”, 2014. Disponible en www.emol.com/noticias/economia/2014/01/26/641592/rajoy-y-primer-ministro-italiano-evaluaran-coyuntura-economica-y-futuro-del-canal-de-panama.html. Consultada el 27 de enero de 2014.
- ENGEL, Eduardo, Ronald FISCHER, Alexander GALETOVIC y Manuel HERMOSILLA, “Renegociación de concesiones en Chile”, 2008. Disponible en www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/renegociaciones-de-contratos.pdf. Consultada el 24 de septiembre de 2012.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Los Disputes Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción”, 1010. Disponible en www.catalogo.bcn.cl. Consultada el 12 de septiembre de 2013.
- GATICA SOTOMAYOR, Mauricio, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”, 2010. Disponible en www.ardpbiobio.cl/descargar-archivo/?ruta=%2Fupload%2Farchivos%2Fardp-bio-bio%2F148%2Farchivo-adjunto%2F27%2Fsmart-cities-mop.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2013.
- IRIBARREN, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases*, Santiago, Editorial Nascimento, 1936.
- JARA CRISTI, Manuel, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948.
- LAHERA, Eugenio, “Política y Políticas públicas”, Serie *Políticas Sociales* N° 95, CEPAL, Santiago, 2004.
- MORAGA KLENNER, Claudio, “La actividad formal de la Administración del Estado”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Administrativo*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, tomo VII.
- PINEDO BANDERAS, Roberto, “Cuenta pública 10 años Dirección Chilecompra. Modernizando el Estado”. Disponible en www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090. Consultada el 24 de septiembre de 2013.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado, actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, tomo V.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, en *Revista de Administración Pública*, N° 86, Madrid, 1978.
- VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1987, tomo II.