

LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS
PÚBLICAS CHILENA EN EL TIEMPO*

*THE CHILEAN LAW OF CONCESSIONS
OF PUBLIC WORKS*

RAFAEL IBARRA-CORONADO**

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2011

Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2011

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Rafael Ibarra-Coronado, *La Ley de Concesiones de Obras Públicas chilena en el tiempo*, 19 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 183-222 (2011).

SICI: 1692-8156(201112)19<183:LDCOPC>2.3.TX;2-Z

* Artículo de revisión, producto de la actividad profesional del autor como jefe de la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas de Chile. Este órgano, de carácter funcional, fue el responsable de la implementación del sistema de concesiones de obras públicas en Chile.

** Abogado, Universidad Central de Chile, 1995. Diplomado en Economía para la Infraestructura, Universidad de Chile, 1999. Candidato a LLM Executive Magister en Derecho Económico y Financiero, Universidad del Desarrollo. Participó en el desarrollo de la industria de las concesiones de obras públicas de Chile desde sus inicios; contribuyó a la definición, implementación y puesta en marcha del marco regulatorio del sistema e intervino activamente en sus diferentes etapas, en la casi totalidad de los 67 proyectos licitados hasta la fecha, con una inversión de US\$11.700 millones. Actualmente, se desempeña como consultor en materias de infraestructura.
Contacto: ric@ibarraasociados.cl.

RESUMEN

La concesión de obra pública es una de las modalidades en que se manifiesta la asociación público - privada en Chile. En virtud de esta, el Estado encarga a un privado la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotarla en los términos estipulados en el respectivo contrato de concesión. Se trata de un sistema relativamente nuevo con resultados tremendamente exitosos para un país como Chile: 67 proyectos adjudicados por una inversión aproximada de US\$11.700 millones. Gran parte del éxito de este sistema se atribuye a la existencia un estatuto jurídico que cautela y garantiza adecuadamente los intereses de todos los actores involucrados, sean estos partes del contrato o terceros que se relacionan con ellas. En el presente documento, el autor realiza una revisión a la evolución histórica de la Ley de Concesiones de Obras Públicas hasta su más reciente modificación en 2010, con la Ley 20.410. Por razones de desarrollo, se revisan las que –a juicio del autor– son las principales modificaciones introducidas por cada una de las leyes promulgadas. El objetivo del trabajo es exponer, en el concierto internacional esa evolución, teniendo en consideración que este estatuto jurídico es de habitual difusión en foros internacionales. Sin lugar a dudas, la principal conclusión de este artículo es que la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile es producto de un largo y costoso aprendizaje.

Palabras clave autor: Ley de Concesiones de Obras Públicas, modificaciones legales, concepto de obra pública fiscal, sistema de resolución de controversias.

Palabras clave descriptor: Concesión, obras públicas, resolución de conflictos.

ABSTRACT

The concession of public work is one of the modalities in which the association public - private in Chile is demonstrated. By virtue of this one, the State entrusts to the private one the execution, conservation or repair of a public fiscal work in exchange for the right to exploit it in the terms stipulated in the respective contract of concession. It is a question of a relatively new system with tremendously successful results for a country as Chile: 67 projects awarded by an approximate investment of US\$11.700 million. Great part of the success of this system is attributed to the existence of a juridical statute that protects and guarantees adequately the interests of all the involved actors, be these reports of the contract or third that relate to her. In the present document, the author does a review to the historical evolution of the Law of Concessions of Public Works up to its more recent modification in 2010. For reasons of development, the principal modifications introduced by each of the promulgated laws are being checked according to the opinion of the author. The aim of the work is to exhibit, in the international concert this evolution, having in consideration that this juridical statute is of habitual diffusion in international forums. No doubt, the main conclusion of this article is that the Law of Concessions of Public Works of Chile is a product of a long and costly learning process.

Key words author: *Law of Concessions of Public Works, Legal Modifications, Concept of Public Fiscal Work, System of Resolution of Controversies.*

Key words plus: *concession, public works, conflict resolution.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. INICIOS DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.- II. LEY 18.060 DE 1981, QUE MODIFICA LA LEY 15.840 DE 1964 Y DEROGA EL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY 206 DE 1960.- III. DECRETO CON FUERZA DE LEY 591 DE 1982, QUE FIJA 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 DE 1964.- IV. LEY 19.068 DE 1991, QUE MODIFICA DECRETO CON FUERZA DE LEY 591 DE 1982, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.- V. LEY 19.252 DE 1993, QUE MODIFICA DECRETO CON FUERZA DE LEY 164 DE 1991, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.- VI. LEY 19.460 DE 1996, QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY 164 DE 1991, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE RÉGIMEN LEGAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, Y LAS NORMAS TRIBUTARIAS QUE INDICA.- VII. LEY 20.410 DE 2010, QUE MODIFICA LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y OTRAS NORMAS QUE INDICA.- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico chileno consagra diversas tipologías de Asociaciones Público - Privadas, entendidas estas en un concepto amplio. La concesión de obra pública es una de estas formas de asociación, quizás la más representativa, que se encuentra regulada en el Decreto Supremo 900 de 1996, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, conocida como concesión de obra pública.

El sistema de concesiones chileno ha sido tremendamente exitoso, quizás uno de los con mejores resultados en Latinoamérica, basta señalar a este respecto que hasta al año 2010 se han adjudicado 67 proyectos por una inversión aproximada de US\$11.700 millones. La actual Administración del presidente Sebastián Piñera, que asumió el 11 de marzo de 2010, comprometió una inversión de US\$8.000 millones, vía concesión de obra pública, durante su período hasta 2014.

Esto ha posicionado a Chile como un modelo a ser emulado al momento de plantearse ejecutar infraestructura pública mediante el sistema de concesión. Hay una experiencia acumulada de casi 20 años, si se considera la fecha de adjudicación del primer contrato de concesión, pues se han ejecutado proyectos de las más diversas índoles, como obras viales urbanas e interurbanas, edificación pública, edificación aeroportuaria, edificación hospitalaria, obras de riego y establecimientos penitenciarios, entre otros proyectos de concesión.

Una de las causas preponderantes de este desarrollo es la existencia de un estatuto jurídico capaz de garantizar adecuadamente los intereses de todos los actores involucrados en el sistema, sean estos partes del contrato o terceros que se relacionan con ellas. Lo anterior, a partir de una ley flexible que ha permitido estructurar contratos de acuerdo con la naturaleza de los proyectos, realidades existentes y actores involucrados. Así, por ejemplo, ante crisis económicas, este cuerpo normativo ha permitido paliar sus efectos con regulaciones acordes al

momento, como el establecimiento de mecanismos destinados a cubrir los riesgos derivados del tipo de cambio.

El desarrollo del sistema no ha sido sencillo ni exento de problemas y errores. La más reciente modificación legal chilena, con la Ley 20.410 de 2010, es una clara manifestación de ello. Tiene la virtud de que el sistema se ha forjado, principalmente, a partir de la experiencia adquirida con los distintos contratos adjudicados.

El objetivo de este artículo es revisar la evolución de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de Chile, a la luz de sus distintas modificaciones, con el objeto de ilustrar sobre el desarrollo histórico y perfeccionamiento que han tenido las distintas regulaciones que conforman la ley, de manera que estas puedan servir de base de discusión para países que están redactando sus leyes de asociación público - privada y para aquellos que, teniendo estatutos jurídicos vigentes, pretendan perfeccionarlos o mejorarlos.

I. INICIOS DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

A inicios de la década de los noventa, Chile necesitaba urgentemente superar su déficit de infraestructura para garantizar su desarrollo económico. Las necesidades de inversión en este ámbito se calculaban en US\$11.080 millones, de acuerdo con el Ministerio de Obras Públicas y las pérdidas anuales de competitividad por carencia de infraestructura alcanzaban los US\$1.710 millones, según la Cámara Chilena de la Construcción. La carencia en infraestructura amenazaba en constituirse en un obstáculo para el desarrollo del país.¹

1 “Si contrastamos nuestras carencias con el probable desarrollo del país en los próximos 15 años, tenemos un desafío de enorme magnitud. Si el crecimiento de la infraestructura es más lento que el desarrollo de Chile, será un obstáculo que impedirá el desarrollo. Solo si la infraestructura avanza a la par con el crecimiento de Chile, podrá jugar el rol que debe jugar: facilitar e impulsar el desarrollo nacional en todos los ámbitos”. Ricardo Lagos-Escobar, ministro de Obras Públicas, 1996, ciclo de conferencias sobre Infraestructura y Desarrollo.

Varios factores contribuían a que la decisión de invertir en infraestructura vial fuera especialmente difícil; entre otros, podemos mencionar: durante la década de los ochenta, se había invertido solo el 30% de lo requerido en mantenimiento de caminos y la inversión en infraestructura estaba muy por debajo de los mínimos requeridos,² lo que generó un deterioro exponencial en la mayoría de los caminos del país; había un rezago en las capacidades de las rutas, caracterizado por las altas tasas de crecimiento de viajes en las principales carreteras.³ A todo lo anterior se unía el hecho de que el Estado no contaba con los recursos⁴ para realizar las cuantiosas inversiones que se requerían y tampoco tenía equipos profesionales y la capacidad de gestión para llevar adelante este tipo de obras.

Frente a este problema, el gobierno del entonces presidente Patricio Aylwin [1990-1994] decidió implementar el sistema de concesiones de obras públicas e invitar al sector privado a participar en el desarrollo de la infraestructura productiva. “El objetivo era claro: capitales privados financiarían la infraestructura deficitaria, la que, al ser económicamente rentable, permitiría recuperar su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios”.⁵

El sistema permitiría acelerar inversiones,⁶ liberar recursos públicos para redestinarlos a proyectos con mayor rentabilidad

2 “La experiencia de países desarrollados indica que la inversión en infraestructura debe ser entre 3 y 5% del producto, lo que para Chile corresponde a no menos de US\$1.800 millones anuales, cifra mucho mayor que la que se invirtió en 1994”. Eduardo Engel, Ronald Fischer & Alexander Galetovic, *Licitación de carreteras en Chile*, 61 *Estudios Públicos*, 5-37, 10 (1996). Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1688.html.

3 En Chile, la red vial pavimentada se había incrementado en 32% entre 1974 y 1989, mientras que la flota de vehículos lo hizo en 150% durante el mismo período.

4 Hacer frente a este déficit con los recursos públicos significaba triplicar el presupuesto del Ministerio de Obras Públicas en ese período, que era de unos US\$800 millones anuales.

5 Ministerio de Obras Públicas, Coordinación General de Concesiones, *Ruta 5, la gran obra de Chile* (Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 1999).

6 “La inversión de la Ruta 5 en el período 1990-1994, tanto por concepto de ampliación de capacidad, repavimentación y conservación de la ruta, exhibió niveles de gasto público de US\$45 millones anuales en promedio. Hoy se sabe que la suma que finalmente se materializará ascenderá a US\$2.200 millones. Es decir, si se mantenía el mismo ritmo de inversiones con que el MOP ejecutó obras en esta carretera entre el 90-94, solo era posible tener una ruta de alto estándar en un plazo no menor a 50 años”. Ministerio de Obras Públicas, Coordinación General de Concesiones, *Ruta 5, la gran obra de Chile* (Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 1999).

social y contar con operadores privados de infraestructura, dedicados a conservar las obras en buenas condiciones y realizar las inversiones requeridas oportunamente, entre otras ventajas.

II. LEY 18.060 DE 1981, QUE MODIFICA LA LEY 15.840 DE 1964 Y DEROGA EL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY 206 DE 1960

El punto de partida del actual sistema de concesiones de obras públicas⁷ es la Ley 18.060 de 1981, que modificó la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y derogó el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, Ley de Caminos.

Esta modificación introdujo un nuevo artículo 52,⁸ que establecía que las obras públicas fiscales podrían ejecutarse, así mismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afectara 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. Estas concesiones tendrían la duración que determinara el decreto supremo de adjudicación, el que debía llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno pudieran superar los 50 años.

Hasta antes de la existencia de esta norma, la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales eran de

7 En Chile, la concesión como institución data de la Colonia.

8 Artículo 52, Ley 18.060: *“Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, así mismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte a 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. 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 pueda ser superior 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”. Ley 18.060 de 1981, que modifica Ley 15.840 de 1964, que aprobó el texto de la Ley de Organización y Atribuciones del Ministerio de Obras Públicas y Servicios dependientes y deroga el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, Diario Oficial, 11 de noviembre de 1981. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29487>.

exclusiva responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas y debían llevarse a cabo con recursos estatales. Ello tenía como consecuencia que solo podrían efectuarse de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria de esa Secretaría de Estado.

La incorporación de este nuevo artículo abre la posibilidad al Ministerio de Obras Públicas de convocar al sector privado para la construcción de obras públicas fiscales, repararlas, mantenerlas y entregarle como contraprestación, la concesión de ellas hasta por un plazo que no podía exceder los 50 años.

Este artículo se mantiene sin mayores cambios hasta la actualidad y corresponde hoy al artículo 87 del Decreto con Fuerza de Ley 850 de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y el Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, Ley de Caminos.

Al encontrarse el artículo 87 bajo el Título VII “De la Ejecución de las Obras”, la concesión de obra pública constituye una modalidad del contrato de obra pública tradicional⁹ mediante el cual el Ministerio de Obras Públicas puede ejecutar obras que estén bajo su competencia.

La referida Ley 18.060 de 1981 también agregaba un nuevo artículo 91, que facultó al presidente de la República para que, dentro del plazo de un año y por decreto expedido por medio del Ministerio de Obras Públicas, el que debía llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, fijara normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales mediante este nuevo sistema.

En ejercicio de esta facultad, el presidente de la República dictó el Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1982, el cual fue publicado en el *Diario Oficial* el 3 de febrero de 1983, fecha desde la cual Chile tiene un estatuto jurídico en materia de concesiones de obras públicas.

9 Aplica dictamen 32.796 de 1996, de la Contraloría General de la República.

III. DECRETO CON FUERZA DE LEY 591 DE 1982, QUE FIJA 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 DE 1964

Se trataba de una normativa genérica, de solo 36 artículos, que regulaba esta nueva forma de ejecutar obras públicas introducida por la Ley 18.060 de 1981.

Desde el punto de vista institucional, establecía que el Ministerio de Obras Públicas era el organismo competente para realizar las actuaciones preparatorias de una concesión.

En materia de adjudicación de una concesión, hacía un distinguo entre obras rentables a los precios del mercado y obras no rentables a los precios del mercado y que fueren determinadas como socialmente rentables. Respecto de las primeras, la concesión debía adjudicarse al licitante que hubiere propuesto la menor tarifa al usuario, atendida la calidad del proyecto y del servicio ofrecido, en tanto que, respecto de las segundas, la concesión debía adjudicarse al licitante que hubiere requerido el menor subsidio por parte del Estado, dada una tarifa de cobro al usuario que formará parte de las bases de licitación y atendida la calidad del proyecto y del servicio ofrecido.

Establecía una norma que se mantiene actualmente, según la cual el concesionario percibiría como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados.

En materia de régimen jurídico, durante la etapa de construcción, se establecía que las obras se efectúan a entero riesgo del concesionario, por lo cual le incumbe hacer frente a cuantos desembolsos fuere preciso hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier otra causa.¹⁰

10 Con posterioridad se complementó esta normativa, para permitir al Fisco concurrir al pago de los perjuicios que irroge el caso fortuito o fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de licitación.

En materia de plazos, se establecía que, cuando el retraso en el cumplimiento de estos fuere imputable al Fisco, el concesionario gozaría de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedieran.

La inspección y la vigilancia del contrato de concesión quedaban entregadas al Ministerio de Obras Públicas, tanto en la fase de construcción como de explotación. En ese carácter, la mencionada Secretaría de Estado podía imponer las sanciones previstas en el contrato de concesión y declarar su suspensión o extinción.

Contemplaba la posibilidad de revocar la concesión por razones de interés público, una vez hubiese transcurrido más de la cuarta parte del plazo de la concesión. En tal evento, el concesionario tenía derecho a que se le indemnizara por el daño patrimonial que efectivamente se le hubiere causado, y que consistiere en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la explotación de las obras que son objeto de la concesión, el que debía calcularse con base en los antecedentes que el concesionario demostrare respecto del valor presente de los flujos netos de caja de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de ese daño sería fijado por el juez competente.¹¹

Por último, se establecía que las controversias que—con motivo de la interpretación o aplicación del contrato—se generaran entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, podían elevarse a conocimiento de una comisión conciliadora que estaría integrada por el subdirector nacional de ODEPLAN,¹² que la presidiría, por el fiscal nacional económico y por un abogado de la lista de integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago que sería designado por el Ministro de Justicia, todo lo anterior,

11 Esta facultad de la Administración fue derogada por la Ley 19.068 de 1991, pero se reincorporó en la modificación legal consagrada en la Ley 20.410 de 2010.

Ley 19.068 de 1991, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, Diario Oficial, 13 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.anftitron.cl/actualidad/20julio/19068.html>.

12 La Oficina de Planificación Nacional, ODEPLAN, es la antecesora del actual Ministerio de Planificación y Cooperación de Chile, MIDEPLAN.

sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

La Comisión Conciliadora fijaría sus normas de procedimientos y buscaría la conciliación de las partes, para lo cual podía hacer recomendaciones y proposiciones de arreglo. Las reclamaciones debían presentarse dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha del hecho que las motiva.

Este cuerpo normativo nunca fue utilizado ni aplicado. Las razones son variadas. Desde luego, Chile vivía una situación política y económica compleja, lo que hacía difícil plantearse seriamente esta alternativa. La infraestructura no era prioridad en este período, basta repetir a este respecto, lo señalado anteriormente, en cuanto a que los montos de inversión durante la década de los 80, en materia vial, solo alcanzaron el 30% de lo requerido. Por último, no estaban las capacidades profesionales, técnicas e institucionales para abordar esta nueva forma de ejecutar obras públicas.

A lo anterior, se unía una normativa legal que no era percibida como un estatuto jurídico que cautelara adecuadamente los intereses de los actores involucrados.¹³

IV. LEY 19.068 DE 1991, QUE MODIFICA DECRETO CON FUERZA DE LEY 591 DE 1982, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

Los objetivos de la Ley 19.068 de 1991¹⁴ eran claros: incentivar la construcción y explotación de las obras públicas por la vía de la concesión; resguardar el interés fiscal y dar solución, mediante procedimientos ágiles y equitativos, a los eventuales conflictos

13 Este análisis se hacía de esa normativa al momento de estudiarse su modificación: “*La ley vigente, respecto de las concesiones, no produjo ninguna obra pública por ser muy rígida, poco atractiva y, además, de muy alto riesgo para los particulares, por tener, prácticamente, que hacerse cargo de los casos fortuitos, de fuerza mayor y también por comprometer muchas garantías y quedar, en alto grado, entregados a la discrecionalidad del Estado en esta materia*”. Diputado Antonio Horvath Kiss, durante la tramitación de Ley 19.068 de 1991.

14 Publicada en el *Diario Oficial* el 13 de julio de 1991.

que pudieran producirse entre los contratantes, vale decir, Estado y concesionarios.

Tres aspectos me interesa resaltar de este proceso. El primero que –tal como declara el propio mensaje con el que se presenta el proyecto de ley al Congreso Nacional– se trata de una normativa que busca incentivar la ejecución de obras públicas por el sistema de concesiones, pero más allá de las modificaciones que se introducen –como veremos más adelante, fueron insuficientes y fue necesario complementarlas dos años después–, tiene la importancia de dejar de manifiesto una clara voluntad de avanzar en esta política pública.¹⁵ En segundo lugar, el proyecto de ley se origina en un estudio conjunto realizado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Cámara Chilena de la Construcción,¹⁶ lo que si bien para algunos podría resultar cuestionable, en mi concepto, demuestra que la asociación público-privada constituye una forma eficiente de abordar políticas públicas, desde luego, si cada uno respeta sus roles y competencias. Por último, el proyecto de ley fue aprobado por unanimidad en su trámite legislativo, lo que demuestra que más que una visión del gobierno de turno, se trataba de una visión generalizada de todos los actores políticos, lo que para contratos de larga duración, como los de concesiones de obras públicas, resulta muy relevante.

En términos sustantivos, se consagra el sistema de iniciativas privadas al posibilitar que cualquier persona, natural o jurídica, presente ante el Ministerio de Obras Públicas, la ejecución de obras públicas fiscales mediante el sistema de concesión,¹⁷ para

15 La redacción que utiliza el mensaje del presidente de la República es una clara invitación al sector privado a participar en el sistema de concesiones. Ejemplo de ellos son las frases: “Cabe advertir que, en directo beneficio del concesionario, se le autoriza...”, “En otro orden de ideas, debe hacer notar a V.E. que el proyecto propone, una nueva norma favorable al concesionario al disponer...” y “Finalmente, es el caso referirse a las modificaciones sobre aplicación de sanciones al concesionario y resolución de situaciones de conflicto entre los contratantes. En este tema, la proposición tiene por objeto evitar posibles arbitrariedades de la autoridad administrativa al tiempo que se establecen procedimientos más expeditos para la solución de las controversias”.

16 Asociación Gremial que agrupa al sector privado ligado a la construcción y cuya finalidad es promover la racionalización, protección, perfeccionamiento, desarrollo y fomento de la construcción, de sus actividades conexas y sus insumos.

17 A agosto de 2010, de acuerdo con la información del Ministerio de Obras Públicas, se habían presentado 380 iniciativas privadas, un promedio de 20 iniciativas privadas por

obtener como beneficio un premio en la evaluación de su oferta en la licitación, cuya consideración específica sería materia de Reglamento¹⁸ y bases de licitación.

Se sustituye la regulación relativa a evaluación de las ofertas, al determinar que la licitación se resolverá evaluando las ofertas, técnicamente aceptables, de acuerdo con las características propias de las obras, atendidos los siguientes factores de licitación, según el sistema de evaluación establecido en las bases de licitación. Los factores de licitación que se contemplaban eran los siguientes: nivel tarifario y su estructura; menor plazo de concesión; menor subsidio del Estado al oferente o mayores pagos ofrecidos por el oferente al Estado; menores ingresos mínimos garantizados por el Estado; grado de compromiso de riesgo que asume el oferente con respecto al costo del proyecto y a riesgos en la explotación, como caso fortuito o fuerza mayor; fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión y calificación de otros servicios adicionales, útiles y necesarios.

En materia de transferencia de la concesión, esta se permitía desde que se perfeccionase el contrato de concesión,¹⁹ previa autorización del Ministerio de Obras Públicas. En iguales condiciones, el concesionario podrá constituir sus ingresos en garantía de obligaciones derivadas de la misma concesión y su explotación.

En materia de resolución de controversias, se cambia la composición de la Comisión Conciliadora, que queda integrada

año. Del total de iniciativas privadas presentadas, 16 de ellas se transformaron en contratos de concesión de concesión. Al primer semestre de 2011, estaban presentadas y en estudio 31 iniciativas privadas, por una inversión aproximada de US\$8.965 millones. De la cartera de proyectos de licitación para el período 2010-2013, el 31% de ella corresponde a iniciativas de este tipo.

- 18 En 1991 se dictó el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas 240, publicado en 1992, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que fijó el premio del proponente de una iniciativa privada en un 10% de incremento en la evaluación de su oferta económica. Este porcentaje podía aumentar hasta un 20% al tratarse de proyectos definidos por la autoridad como "Obra de ámbito Local", cuyos presupuestos debían ser inferiores a UF 400.000 (unidades de fomento reajustables. La unidad de fomento, UF, es una medida reajutable con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC). En la actualidad, el premio en la evaluación de la oferta económica varía entre 3,6 y 8%, dependiendo del monto de la inversión. A mayor inversión menor premio.
- 19 La anterior normativa permitía la transferencia después de un año de perfeccionado el contrato de concesión.

por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas; un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario designado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este será designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se establece que para que la Administración pueda imponer multas al concesionario, superiores a 500 UTM (unidades tributarias mensuales),²⁰ declarar suspendida temporalmente la concesión o solicitar su declaración de extinción. Para ello, debe contar con un pronunciamiento previo favorable de la Comisión Conciliadora.

Se indican como causales de extinción de la concesión el incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, la quiebra del concesionario, la destrucción total de la obra y las demás que estipule el contrato de concesión.

El plazo para presentar la reclamación será de 15 días contados desde la notificación respectiva. La Comisión deberá resolver en 30 días el asunto. Si no hubiere conciliación, el Ministerio de Obras Públicas dictará una resolución²¹ para declarar la extinción de la concesión, la que no producirá efectos mientras esté pendiente el plazo para interponer reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El artículo segundo de la Ley 19.068 de 1991 facultó al presidente de la República para fijar el texto refundido, coordinado

20 En Chile, la unidad tributaria mensual (UTM) corresponde a un monto de dinero expresado en pesos y determinado por ley, que se actualiza en forma permanente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) y se utiliza como medida tributaria.

21 Esta resolución es reclamable ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El reclamo se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 al 71 de la Ley 18.840 de 1989, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y a las disposiciones que se señalan a continuación:

1. El plazo para interponer el recurso se contará desde la notificación de la resolución al concesionario.
2. No será exigible la boleta de consignación.
3. Si se acoge a tramitación el reclamo, el traslado se dará al Director General de Obras Públicas.
4. Si transcurrido un año desde la interposición del reclamo, no hubiere sentencia judicial ejecutoriada, se faculta al Fisco, a través del Ministerio de Obras Públicas, para intervenir la concesión.

y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas y de las normas, relativas a ejecución, reparación y conservación de obras públicas por el sistema de concesión, contenidas en la ley 15.840 de 1964 y el Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado había sido fijado por el Decreto Supremo 294 de 1984 del Ministerio de Obras Públicas. En virtud de lo anterior, se dictó el Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas.

Bajo este estatuto jurídico, en 1992, se licitó la primera obra pública por concesión en Chile, el Túnel El Melón, adjudicada en 1993, mediante Decreto Supremo 112 de 1993, del Ministerio de Obras Públicas. El proyecto consistía en la construcción de un túnel de 2,5 kilómetros de extensión, que buscaba crear un paso más expedito que la cuesta del mismo nombre, con una inversión aproximada de US\$42 millones y una duración de 23 años.

V. LEY 19.252 DE 1993, QUE MODIFICA DECRETO CON FUERZA DE LEY 164 DE 1991, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

La modificación realizada por la Ley 19.252 de 1993²² tuvo su origen en un análisis efectuado por el Ministerio de Obras Públicas, con ocasión de la experiencia adquirida por esa Secretaría de Estado producto de numerosos contactos con organismos internacionales, empresas concesionarias extranjeras, la Cámara Chilena de la Construcción, bancos e instituciones financieras y compañías de seguros. En esa época, ya se había dictado el primer Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas²³ y se habían redactado bases de licitación para proyectos que estaban en estudio, por lo que esta incipiente experiencia también se intentó plasmar en esta nueva ley.

Al igual que la Ley 19.068 de 1991, su objetivo era incentivar la participación de los privados en la ejecución de obras públicas

22 Publicada en el *Diario Oficial*, del 20 de octubre de 1993.

23 Decreto Supremo 240 de 1992, Ministerio de Obras Públicas.

por el sistema de concesiones. Buscaba dar mayor seguridad a los futuros inversionistas y a quienes financiaran las obras por este sistema,²⁴ para preservar, al mismo tiempo, la flexibilidad que el Ministerio de Obras Públicas requiere para llevar adelante esta clase de contratos.

Un punto a resaltar en este proyecto es la clara y manifiesta voluntad política de avanzar en este sistema, ya que, pese a existir solo un proyecto adjudicado en esa época, se define como una obra pública fiscal en términos genéricos con los objetivos de dar una mayor cobertura a la Ley de Concesiones de Obras Públicas y evitar interpretaciones restrictivas del concepto, como la que estaba realizando la Contraloría General de la República, y por esa vía limitar el campo de aplicación de la norma.

En términos sustantivos, en materia de iniciativas privadas se posibilita que el Ministerio de Obras Públicas pueda ofrecer al postulante, el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que deba realizar para su proposición. Este reembolso podrá ser hecho directamente por el Ministerio de Obras Públicas, si el proyecto presentado no se licita o se licita por un sistema distinto del de concesión. En caso de licitarse por concesión, este reembolso será de cargo del adjudicatario de la concesión, en la forma, modo y plazo que se establezca en las bases de la licitación.²⁵

En caso de que sea el postulante quien se adjudique la concesión, la forma, modo y plazos a que se sujetará el reembolso será establecida por el Ministerio de Obras Públicas en el respectivo contrato de concesión.

En materia de evaluación de las ofertas, se agregan como nuevos factores de licitación, los siguientes: puntaje obtenido en

24 Llama la atención en esta modificación, la mención explícita que se hace en el mensaje del proyecto de ley a los "futuros inversionistas y a quienes financien las obras", y que señala como uno de los objetivos del proyecto, precisamente, brindarles mayor seguridad. Queda demostrado que desde una primera etapa se buscó cautelar adecuadamente los intereses de todos los actores involucrados en el sistema. Esta forma de concebir la regulación es una de las características más sobresalientes del régimen jurídico chileno.

25 El Ministerio de Obras Públicas entregará al postulante un certificado en el que se individualizará al adjudicatario y se liquidará el monto de reembolso, el que tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales.

la calificación técnica y 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 en las bases de la licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido.

La nueva redacción del factor de licitación Pagos Ofrecidos por el Oferente al Estado fue motivo de un arduo debate legislativo. El Poder Ejecutivo, del cual había emanado el proyecto de ley, sostenía que si bien no estaba por utilizar el sistema de concesiones como una forma de recaudar ingresos para el Estado, no podía eliminar la posibilidad de que, en ciertos casos, se considerara el pago de una determinada cantidad de dinero para obtener la concesión. Sostenía que, en un país como el nuestro, escaso en capitales y en infraestructura, resulta útil mantener abierta la posibilidad de que el Estado obtenga recursos para efectuar otro tipo de inversiones o para mejorar las existentes. En razón de lo anterior, estimaba mejor flexibilizar el tema para que el Ministerio de Obras Públicas, atendidas las circunstancias, pueda resolver acerca de lo que resulte más conveniente.

La postura contraria sostenía que esta forma de recaudación constituía un impuesto encubierto. Que si bien compartían el principio económico de “quien usa, paga”, este pago no puede constituirse en un tributo que desnaturalice la obra pública y el sistema de concesión. En esa lógica se presentó una indicación para eliminar el factor de licitación relativo a “pagos ofrecidos por el oferente al Estado”, indicación que en definitiva fue rechazada.

Se estableció que la definición de los factores de licitación y su forma de aplicación para cada caso particular sería fijada y determinada por el Ministerio de Obras Públicas en las respectivas bases de licitación y se permitiría el uso de uno o más de ellos en cada caso.²⁶

26 Hasta antes de esta modificación, la regulación obligaba a utilizar todos los factores de licitación en la adjudicación de una concesión.

Se agrega un nuevo inciso final a este artículo 7, el cual consagra una facultad que ha sido utilizada en forma reiterada por la Administración en los procesos de licitación desarrollados hasta la fecha. En virtud de ella, el director general de Obras Públicas, con el visto bueno del ministro de Obras Públicas, puede solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, para evitar que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica.²⁷

En materia de expropiaciones, se faculta al Fisco para concurrir total o parcialmente a su pago, si así lo establecieren las bases de la licitación. Esta regulación permitió acotar en las bases de licitación, uno de los riesgos que emana de la expropiación: su valor, al fijar en las bases de licitación un monto determinado que debe cancelar el concesionario por este concepto y que el Estado asuma el riesgo de mayor precio.

Se elimina la quiebra como causal de extinción de la concesión, al establecerse una regulación particular sobre este punto, que señala que será la primera junta ordinaria de acreedores la que deberá pronunciarse, a proposición del síndico o de dos o más acreedores, por subastar la concesión²⁸ o por la continuación

27 En la Historia fidedigna de la Ley 19.252 de 1993, quedó registrada una intervención de Carlos Hurtado Ruiz-Tagle, ministro de Obras Públicas de la época, en la que señalaba el objetivo de esta disposición: *“Por último, el artículo 7 considera una situación nueva –es cierto–, que permite al Ministerio, con la aprobación del Secretario de Estado, realizar consultas a los oponentes a una licitación de concesión antes de la apertura de la oferta económica, porque la Contraloría General de la República ha seguido un criterio extremadamente rígido con relación a la posibilidad de hacer aclaraciones y completar detalles en documentos antes de decidirse la licitación. Esto hace aconsejable, entonces, que el Ministerio tenga la facultad de solicitar antecedentes para aclarar la naturaleza de las ofertas. De otra manera, puede suceder que, por motivos técnicos menores, deban quedar incluso sin considerarse algunas ofertas, o que, adjudicada una licitación, ella sea luego rechazada por la Contraloría. En nuestra experiencia práctica respecto de la adjudicación de licitaciones, nos hemos encontrado con que este problema es extremadamente complejo y limitante para la eficiente operación del Ministerio”*.

28 Para la subasta de la concesión, las bases de la misma deberán respetar los términos, beneficios y condiciones del contrato de concesión primitivo. El mínimo de las posturas, en la primera subasta, no podrá ser inferior a los dos tercios de la inversión efectuada por el concesionario, ni inferior a la mitad de dicho monto en la segunda subasta. A falta de postores se efectuará la tercera subasta sin mínimo.

efectiva del giro del concesionario.²⁹ Si no hubiere acuerdo sobre una u otra de estas materias, deberá procederse a la subasta de la concesión.

Por último, se define *obra pública fiscal*, para los efectos de la ley de concesiones de obras públicas, como “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”.

Hasta antes de la dictación de esta ley, el concepto de *obra pública fiscal* era interpretado en forma restrictiva, entre otros, por la Contraloría General de la República, al entender que este solo comprendía aquellas obras que estaban entregadas normalmente al desarrollo del Ministerio de Obras Públicas, vale decir, edificación pública, vialidad, puertos, aeropuertos y obras hidráulicas.

Definir obra pública fiscal en la ley tiene el claro el propósito –como se consigna expresamente en su historia fidedigna– de ampliar este concepto y dar un mayor campo de aplicación a la ley de concesiones de obras públicas.

Esta normativa legal, al igual que la anterior, también fue aprobada por unanimidad en el Congreso Nacional, lo cual ratifica la visión común y generalizada de los actores políticos sobre el sistema de concesiones de obras públicas.

Bajo este estatuto jurídico se licitaron, adjudicaron y perfeccionaron, entre 1994 y 1996, un conjunto de contratos de concesiones viales y aeroportuarias, entre los que se destacan: Camino de la Madera, Acceso Norte a Concepción, Camino Nogales-Puchuncaví, Autopista Santiago-San Antonio y los terminales aeroportuarios de Puerto Montt e Iquique. Adicionalmente, se licitaron los dos primeros tramos de la Ruta 5, Talca-Chillán y Santiago-Los Vilos, los cuales formaban parte de un programa que abarcaba ocho tramos de la mencionada ruta.

29 En el evento de que la junta de acreedores acordare la continuación efectiva del giro del concesionario, esta se regulará por lo previsto en Ley de Quiebras.

VI. LEY 19.460 DE 1996, QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY 164 DE 1991, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, SOBRE RÉGIMEN LEGAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS, Y LAS NORMAS TRIBUTARIAS QUE INDICA

En 1996, se dicta la Ley 19.460, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, Normas Tributarias³⁰ y sustituyó el inciso primero del artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley 252 de 1960 o Ley General de Bancos.

El mensaje de este proyecto reiteraba la alta prioridad que el gobierno le otorgaba al desarrollo de la infraestructura del país, por su incidencia determinante en las condiciones de funcionamiento de la economía, en particular de las exportaciones y su costo, y por su impacto sustancial en la calidad de vida de la población, en especial en la superación de la pobreza muchas veces derivada del aislamiento territorial. Señalaba el referido mensaje que se requiere abrir efectivamente espacio a la inversión y a la capacidad de gestión de los particulares para dar el salto cualitativo que el país reclama con urgencia.

Después de indicar que el gobierno concentraría sus esfuerzos en aquellos proyectos de alta rentabilidad social y baja rentabilidad económica, el mensaje formula una abierta invitación al sector privado: “De este modo, la inversión y gestión privada dispondrá de un amplio campo en materias viales, portuarias, aeroportuarias, de edificación pública y social, en la recuperación de tierras ribereñas dotadas de las convenientes defensas fluviales o lacustres, entre otras, en las que podrá mejorar la eficiencia en la prestación de los respectivos servicios”.

Sin lugar a dudas, esta es la modificación legal más importante, la cual tiene la virtud –entre otros méritos– de consolidar un estatuto jurídico que es una de las principales causas del éxito del modelo chileno.

30 Se modifica el Decreto Ley 825 de 1974 relativo al Impuesto al Valor Agregado y el Decreto Ley 824 de 1974, Ley sobre Impuesto a la Renta.

En materia sustantiva, se modifican e incorporan nuevos factores de licitación, entre ellos el relativo a pagos ofrecidos por el oferente al Estado, punto en el que se limita su aplicación para el caso en que este entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión. Adicionalmente, se establece que este factor de licitación solo podrá ser utilizado en los casos en que el servicio prestado por la obra en concesión sea también ofrecido en condiciones competitivas en el mercado que, para estos efectos se estime relevante, lo que deberá ser declarado fundadamente por el Ministerio de Obras Públicas en las respectivas bases de licitación.³¹

El factor de licitación que se incorpora en esta modificación legal se denomina *ingresos totales de la concesión*, que solo podía ser utilizado de manera excepcional y por razones fundadas, no siendo compatible con alguno de los siguientes factores: estructura tarifaria; plazo de la concesión y 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 esta en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido.

Durante la discusión legislativa, sobre esta materia, los representantes del Poder Ejecutivo señalaron que, bajo ciertas condiciones, en obras viales, en las cuales hay una demanda incierta es más fácil acotar el riesgo y hacer el proyecto más viable al licitar a quien está dispuesto a hacerlo hasta tener un volumen determinado de ingresos, criterio que consideraron adecuado en aquellos casos en que hay una gran incertidumbre respecto del total de ingresos, como una forma de disminuir el riesgo que enfrenta el sector privado, haciendo posible que el proyecto se lleve a cabo y que sea financiable.

31 Cuando el factor “Pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que este entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión” se utiliza como parte del régimen económico del contrato de concesión los pagos deberán ser equivalentes al valor económico de los bienes o derechos respectivos, lo que deberá ser determinado previamente mediante peritaje contratado por el Ministerio de Obras Públicas.

Indicaron, además, que no se licita por tasa de descuento, sino de acuerdo con una combinación entre el menor costo de construcción, siempre presente en cualquier licitación, y el plazo en el cual la persona estima que va a recuperar la inversión y obtener los ingresos esperados, y que, si se considera que el plazo es función de la tasa de interés, habría que concluir que en todos los casos se licita por esta, ya que siempre la tasa de interés está presente, sea que licite por plazo, por estructura tarifaria, por subsidio, etc.

Por su parte, la Cámara Chilena de la Construcción tuvo observaciones sobre la inclusión de este factor por estimar que, en principio, la evaluación del riesgo del negocio y la de su rentabilidad debía realizarlas cada uno de los proponentes y no el Ministerio de Obras Públicas, lo que no hace aconsejable la utilización generalizada de este factor de licitación. Solo por excepción –sostienen– este criterio podría ser válido para ciertas concesiones de mayor riesgo, siempre que este sea acreditado objetivamente, para lo cual se requiere un grado de calificación previa por parte del Ministerio de Obras Públicas.

En el seno de la Comisión Legislativa se manifestaron discrepancias respecto de la inclusión de este factor por estimar que lleva implícito el concepto de evitar que el privado se equivoque y haga un mal negocio, lo que se opone a la lógica del sistema, que consiste en la entrega de obras de infraestructura a los privados siendo ellos los que deben evaluar su propio riesgo y las proyecciones de su negocio. En este sentido, se sostuvo que no se estaría en presencia de un contrato de concesión, sino que frente a contratos de *leasing* u otras figuras jurídicas distintas.

Después de una ardua discusión, se aprobaron como factor de licitación los ingresos totales de la concesión, sujeto a las limitaciones señaladas precedentemente, toda vez que la propuesta original del ejecutivo era pura y simple.³²

32 En la reciente modificación, consagrada en la Ley 20.410 de 2010, se eliminó el carácter excepcional en la utilización de este factor de licitación y se transformó en el más utilizado en las más recientes licitaciones de proyectos de concesión en Chile.

En materia de modificaciones de contrato, se perfecciona la regulación existente para permitir al Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato de concesión, modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, al acordar con aquel indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez.

Las bases de licitación podrán establecer el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto precedentemente, así como el plazo máximo dentro del cual la Administración podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases de licitación nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

En materia de derechos y obligaciones del concesionario, se establece que este cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio de Obras Públicas, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

En cambio, 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 y las que se estipulen en el contrato.

En materia de transferencia de la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria, se establece que desde el perfeccionamiento del contrato el concesionario podrá efectuar estas actuaciones. El Ministerio de Obras Públicas autorizará esta transferencia siempre que esta comprenda todos los derechos y obligaciones de la concesión y se efectúe a una persona natural o jurídica –o grupo de ellas– que cumpla los requisitos para ser licitante. De lo contrario, deberá denegar la autorización por resolución fundada. Si transcurridos sesenta días contados desde la solicitud de autorización, el Ministerio de Obras Públicas no se hubiere pronunciado, se entenderá que la concede.

Se establece como obligación para la Administración que, una vez concluido el plazo de la concesión, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no haya solución de continuidad entre ambas concesiones.

En caso de que las obras concesionadas hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas nuevamente, el presidente de la República podrá declararlo así, mediante decreto fundado, y eximir el cumplimiento de la obligación antes señalada.

Se regula un procedimiento para el caso del incumplimiento grave del contrato de concesión, el que deberá ser solicitado fundándose solo en alguna de las causales establecidas en las respectivas bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Conciliadora, que resolverá la solicitud en calidad de Comisión Arbitral.

Declarado el incumplimiento grave del contrato, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que solo

tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión y responderá de culpa levisísima.

El Ministerio de Obras Públicas deberá proceder, además, a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contado desde la declaración de incumplimiento, el contrato de concesión por el plazo que le reste. 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. Al asumir el nuevo concesionario, el interventor que se haya designado en virtud de lo dispuesto precedentemente cesará en sus funciones.

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 ni inferior a la mitad en la segunda licitación. A falta de interesados se efectuará una tercera licitación, sin mínimo.

La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hará exigibles los créditos que estén garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública. Ellos se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario.

En el evento de que, durante su intervención, la sociedad concesionaria hubiere contratado créditos con la aprobación de los acreedores antes indicados, y estos créditos fueren exigibles, ellos se harán efectivos en el producto de la referida licitación con preferencia a los garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública.

Se perfecciona el sistema de resolución de controversias fijándose un plazo de 30 días a la Comisión Conciliadora para buscar la conciliación entre las partes. Si esta no se produce en el plazo antes señalado, el concesionario podrá solicitar a la referida Comisión, en el plazo de cinco 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 podrá mantener la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio decretada durante la conciliación. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno.

En el evento de que el concesionario interponga el recurso ante la Corte de Apelaciones, este se tramitará conforme al procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley 18.840 de 1989, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

Si el concesionario no solicitare de la Comisión Conciliadora que falle como Comisión Arbitral, ni interpusiere el recurso ante la Corte de Apelaciones, quedará a firme la resolución o decisión del Ministerio.

Lo dispuesto anteriormente es sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

En materia tributaria, hasta antes de esta modificación, la tributación de los proyectos se encontraba basada en una serie de dictámenes emitidos por el Servicio de Impuestos Internos, lo que si bien no revestía problemas serios en cuanto al esquema tributario, tenía el inconveniente de no brindar igual seguridad al inversionista que un sistema basado en leyes, aspecto fundamental de acuerdo con el horizonte de largo plazo de la mayoría de los proyectos.

En lo relativo a la Ley General de Bancos, la modificación permitió calificar a la prenda especial de concesión de obra pública, como una garantía que habilita a un banco para prestar a una misma persona, hasta el 15% de su capital pagado y reservas.

Bajo este estatuto jurídico, que estuvo vigente entre el 13 de julio de 1996 y el 19 de enero de 2010, se licitaron y construyeron gran parte de los actuales contratos de concesión vigentes. Entre otros, se terminó de concesionar y construir el eje vial Ruta 5³³ entre las ciudades de La Serena y Puerto Montt³⁴ y se concesiona-

33 La concesión de la Ruta 5 consta de ocho tramos, que en total suman 1.500 kilómetros, que actúan como proyectos independientes desde un punto de vista legal y financiero, pero que se integran perfectamente en la operación de la carretera.

34 Entre ambas ciudades se concentraba el 90% de la población nacional, el 78% de la producción industrial del país, el 64% de la producción pesquera, el 94% de la producción forestal y agrícola y el 33% de la producción minera, según información del

ron y construyeron las autopistas urbanas, que formaban parte de un programa cuyo objetivo primordial era dotar a la ciudad de Santiago de una infraestructura adecuada para sustentar su actividad económica y, paralelamente, generar condiciones que favorecieran el sistema de transporte en su interior.

Por último, esta modificación facultó al presidente de la República para dictar un decreto supremo que contuviera el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, con las modificaciones introducidas por la Ley 19.252 de 1993. En virtud de esa delegación, se dictó el Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, promulgado el 31 de octubre de 1996 y publicado en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 1996.

VII. LEY 20.410 DE 2010, QUE MODIFICA LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS Y OTRAS NORMAS QUE INDICA

Esta modificación³⁵ no puede ser analizada sin tener en consideración lo ocurrido con dos contratos de concesión en particular, relativos a establecimientos penitenciarios. En términos generales, y solo con el objeto de ilustrar el problema, habría que señalar que estos contratos fueron licitados con “Pautas Mínimas de Diseño”, siendo obligación de los licitantes participantes presentar, en su respectiva oferta técnica, el correspondiente Anteproyecto. El licitante adjudicatario, luego de constituir la respectiva sociedad concesionaria, debía desarrollar los proyectos de ingeniería de detalle, con los cuales en definitiva se construiría la obra. Precisamente en esta etapa, surgieron las discrepancias entre la Administración y la Sociedad Concesionaria, sobre los alcances que debían tener estos proyectos de detalle.

La discrepancia terminó finalmente siendo zanjada, en uno de los casos, por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia,

Ministerio de Obras Públicas.

35 Publicada en el *Diario Oficial*, el 20 de enero de 2010.

que determinó en definitiva, que el Estado de Chile debía cancelar a la sociedad concesionaria aproximadamente, el doble de lo presupuestado originalmente en las bases de licitación. En el otro caso, después de estar paralizada la construcción de la obra por más de un año, finalmente el contrato terminó por mutuo acuerdo de las partes, al pagar el Estado de Chile, el total del monto desembolsado por la sociedad concesionaria hasta esa fecha.

Estos hechos desnudaron falencias en el sistema de concesiones y lo más grave –en mi concepto–, dejaron de manifiesto que este no fue capaz de resolver, oportuna y eficazmente, los problemas que generó. Lo anterior, por cuanto soy un convencido de que en esta clase de contratos, dada su complejidad, duración y falta de experiencia en general, los problemas van a existir siempre, de ahí que la fortaleza de este debiera ser su capacidad de solucionarlos.

Situaciones como las antes descritas, en todo caso, debieran llevar a todos los actores involucrados a un profundo análisis y reflexión, con el objeto de identificar las causas y errores cometidos, para aprender de ellos y evitar que situaciones como las vividas se vuelvan a suceder. No obstante, se debe ser en extremo cuidadoso en esta labor, ya que en países legalistas como Chile, solemos responsabilizar a la ley mucho más allá de sus eventuales falencias o vacíos.

En este escenario se desarrolla la más reciente modificación a la ley de concesiones de obras públicas en la cual, en la lógica de dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal, se modifican regulaciones que otorgaban garantías a los privados. Claramente se desmejora la posición de estos en el sistema; basta señalar a este respecto, que pese a que el articulado transitorio de esta ley permitía que los concesionarios con contrato vigente pudieran optar a la aplicación de esta nueva normativa, ninguno ejerció esta opción en el plazo concedido.

Los efectos que esta nueva normativa tendrá en el sistema de concesiones están por verse, ya que esta regulación solo data de enero de 2010. Al amparo de esta nueva normativa, se han

licitado cinco contratos de concesión, los que recién comienzan, por lo que sería presuroso sacar conclusiones sobre el particular. No obstante ello, sí podemos señalar que, hasta la fecha, la nueva normativa no ha significado una merma en el número de oferentes interesados en los procesos de licitación.

Llama la atención en esta modificación una regulación en materia institucional que constituye el primer intento formal,³⁶ en el sistema de concesiones chileno, de avanzar en esta materia, una de sus grandes falencias y problema no resuelto. En este sentido, resalta la creación de un Consejo, denominado de Concesiones –de carácter consultivo³⁷ y no vinculante, encargado de informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de esta ley– y los proyectos y modalidades de régimen concesional.

Este Comité está compuesto por el ministro de Obras Públicas, que lo presidirá, y por cinco consejeros provenientes del sector privado, también nombrados por el ministro de Obras Públicas, con la particularidad que uno de ellos es de libre designación, mientras los cuatro restantes deben provenir del mundo académico, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley.³⁸

Originalmente, el proyecto contemplaba que este Consejo estaría compuesto por el ministro de Obras Públicas, que lo presidiría, y los ministros de Hacienda; Economía, Fomento y Reconstrucción; y Planificación, además de tres expertos independientes, especialistas en evaluación social e ingeniería de proyectos, designados por el presidente de la República. Su

36 Hasta antes de dictar esta regulación, la única norma de carácter institucional en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la constituye su artículo 29, que señala: “Corresponderá a la Dirección respectiva del 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 explotación de la obra”. Esta norma resulta absolutamente insuficiente a la luz de cómo se ha desarrollado el sistema.

37 La Ley distingue entre materias en las cuales el Ministerio de Obras Públicas debe requerir informe previo del Consejo de Concesiones y materias en las cuales el Ministerio de Obras Públicas puede solicitar el mencionado informe.

38 “El primero será académico perteneciente a una Facultad de Ingeniería Civil; un segundo, perteneciente a una Facultad de Economía o Economía y Administración, un tercero, perteneciente a una Facultad de Ciencias Jurídicas, y un cuarto, perteneciente a una Facultad de Arquitectura, que tenga estudios o especialización en urbanismo”. Artículo 1 bis, N 3, Ley 20.410 de 2010.

objetivo sería orientar las políticas de concesiones de obras públicas tanto territoriales como sectoriales “de manera de producir sinergia entre los diferentes organismos del Estado y desarrollar una política de concesiones de infraestructura consistente con el crecimiento del país”.³⁹ Hay que tener presente respecto de este punto específico, que el estatuto jurídico de concesiones chileno, le entrega al Ministerio de Obras Públicas un verdadero “monopolio legal” en el uso de esta normativa, de ahí que este proyecto buscara, dada la diversificación que ha alcanzado el sistema, crear una política de concesiones de infraestructura que trascendiera a esta Secretaría de Estado.

En términos sustantivos, el proyecto original proponía, así quedó normado en la ley, establecer explícitamente, como principio rector de todo el sistema de concesiones de obras públicas, la obligación que asume el concesionario de mantener, en toda la duración de la concesión, los niveles de servicio y estándares técnicos determinados en las bases de licitación y en el respectivo contrato.

Como se indicaba en el mensaje del Ejecutivo, se pretende 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.

En materia de modificación contractual, se regla un principio básico que solo puede entenderse en el contexto que se gestó esta modificación legal: las inversiones efectuadas por el concesionario con el objeto de mantener los niveles de servicio y estándares técnicos comprometidos en las bases y en el respectivo contrato, no darán derecho a compensación alguna, por constituir esta una obligación asumida por el concesionario.

Tratándose de modificaciones propiamente tal, sean unilaterales de la Administración o de común acuerdo entre las partes,

³⁹ Mensaje 358-355 de S.E. Michelle Bachelet, presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley de concesiones de obras públicas y otras normas que indica.

se establece que su monto máximo y el plazo máximo dentro del cual podrán ejecutarse serán materia de bases de licitación. No obstante lo anterior, se indica que tratándose de modificaciones unilaterales, el monto máximo no puede exceder el 15% del presupuesto oficial de la obra y ser requeridas en una fecha posterior al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria; en el caso de modificaciones por mutuo acuerdo, el monto máximo de nuevas inversiones durante la etapa de construcción, no podrá exceder un 25% del presupuesto oficial de la obra.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se establece en forma adicional, que tratándose de modificaciones unilaterales de contrato, que se verifiquen durante la etapa de explotación de la concesión y superen el 5% del presupuesto oficial de la obra o UF 100.000 (unidades de fomento reajustables), deberán ser licitadas por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas. Igual procedimiento se aplicará a las modificaciones de común acuerdo que se verifiquen durante la etapa de explotación de la concesión y que superen el 5% del presupuesto oficial de la obra o correspondiera a una suma superior a UF 50.000.

En aquellos casos en que, de conformidad a lo señalado precedentemente, el concesionario tenga derecho a una compensación, esta deberá ser tal que el proyecto adicional obtenga un valor presente neto igual a cero.⁴⁰

Solo excepcionalmente y por razones de interés público fundadas, se permite al Ministerio de Obras Públicas contratar con el concesionario obras cuyo valor⁴¹ exceda el 25% del

40 El cálculo de las compensaciones y el ajuste de parámetros deberán siempre efectuarse de manera tal 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. La tasa de descuento aplicable será calculada sobre la base de la tasa de interés promedio vigente para instrumentos de 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.

41 Incluidos los costos de mantención, operación y conservación.

presupuesto oficial, como consecuencia de un rediseño o complementación del proyecto original licitado. Para estos efectos, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones: i) que los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de rediseño o complementación se produzcan con posterioridad a la adjudicación de la concesión y no hayan podido ser previstos al tiempo de su adjudicación; ii) que por razones de experiencia, comportamiento, desempeño, impactos sociales y ambientales, economías de gestión o economías de escala, sea más eficiente adjudicar las nuevas obras al concesionario original; iii) que se haya acordado específicamente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir las obras objeto de rediseño o complementación; iv) que se hayan acordado las compensaciones por la ejecución de las obras objeto de rediseño o complementación y que estas compensaciones estén regidas íntegramente por el mecanismo que regula las modificaciones unilaterales de la Administración, y v) que el Panel Técnico se pronuncie explícitamente con su recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario.

Se consagra la posibilidad de que el concesionario pueda solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, solo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: i) el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; ii) no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; iii) 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 iv) altere significativamente el régimen económico del contrato.

En materia de declaración de incumplimiento grave del concesionario, se modifica la regulación y deja facultativo para la Autoridad realizar una nueva licitación o no. En primer caso se modifica el procedimiento existente, acortando los plazos ya que se elimina la obligación de licitar en tres ocasiones, de acuerdo con las posturas mínimas exigidas en cada caso. En el evento que se optare por no volver a licitar públicamente el contrato

de concesión, el Ministerio de Obras Públicas deberá pagar al concesionario una compensación.⁴²

Se elimina la Comisión Conciliadora y se crea en su reemplazo un Panel Técnico, al cual se le someterán las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión. Este panel no ejercerá jurisdicción y deberá emitir su recomendación dentro del plazo de 30 días, prorrogables por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia.

La recomendación del Panel Técnico no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago,⁴³ aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos.

El Panel Técnico estará integrado por los siguientes profesionales, que deberán tener una destacada trayectoria profesional o académica, en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura, según el caso: dos abogados; dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras.⁴⁴

42 La compensación deberá comprender 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 debidamente acreditados y pertinentes a tales inversiones, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago. El monto del pago será fijado por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se haya determinado la no relicitación del contrato. A falta de acuerdo, total o parcial, la determinación del monto controvertido del pago será llevado a la recomendación del Panel Técnico, 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, el monto será fijado por la Comisión Arbitral, 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. 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 durante el curso de la negociación.

43 Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, solo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico.

44 Estos profesionales no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios; ni podrán estar, ni haber estado

Los integrantes del Panel Técnico serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública, establecido en la Ley 19.882 de 2003, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Los integrantes del Panel Técnico permanecerán seis años en sus cargos y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años, empezando por los dos abogados.

En materia de Comisión arbitral, se cambia su integración y esta queda compuesta por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de estos la presidirá. Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, la primera de ellas compuesta por abogados y confeccionada al efecto por la Corte Suprema, y la segunda, compuesta por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

La Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y dictará sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado.

en los doce meses previos a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. Las inhabilidades e incompatibilidades establecidas anteriormente, se mantendrán respecto de cada integrante, hasta un año después de haber terminado su período.

CONCLUSIONES

1. El sistema de concesiones de obras públicas implementado en Chile requirió de algo más que un buen estatuto jurídico donde se fundara.

En no pocos países se magnifica el poder de la ley, creyendo que la sola existencia de un cuerpo normativo es suficiente para desarrollar esta forma de ejecutar obras públicas, que supone un principio básico, que normalmente tiene aparejado un costo político, que es que quien usa la infraestructura debe pagar por ello.

La disposición al pago de peajes, elemento fundamental en una concesión vial, en el modelo chileno, no tiene su origen en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, sino en una cultura de pago cuyo origen se remonta a la década de los sesenta.

2. Los contratos de concesión de obra pública son de largo plazo, por lo que suponen necesariamente su convivencia con distintos regímenes políticos. Resulta fundamental que esta forma de desarrollar infraestructura pública constituya una política de Estado y no de un gobierno de turno.

El caso chileno es un buen ejemplo en esta materia. A este respecto, basta señalar que las modificaciones legales necesarias para implementar el sistema fueron aprobadas por unanimidad en el Congreso Nacional, lo que demuestra que más allá de los matices que pueda haber sobre el particular, hay una visión general y transversal sobre la conveniencia de la utilización de la concesión de obra pública.

3. El contrato de concesión de obra pública supone un tremendo desafío para la Administración, entre otras razones, porque rompe el paradigma tradicional de los contratos de obra pública, en los cuales la obra física es el eje de rotación de la relación contractual. En la concesión de obra pública, el contrato es la piedra angular, entendido este como el cúmulo de

las relaciones económicas, financieras, jurídicas, ambientales, territoriales, de servicio y, desde luego, técnicas, que unen a las partes contratantes.

4. Un aspecto que resulta muy difícil regular –pero determinante para el éxito del sistema– es la generación de un marco normativo, que por una parte sea atractivo al inversionista privado y, por la otra, garantice adecuadamente el interés fiscal.

La última modificación legal, en el caso chileno, apunta a resguardar con mayor énfasis el interés fiscal en desmedro de ciertas garantías que contemplaba la ley en beneficio de los inversionistas privados.

Más allá de los efectos de estas modificaciones en el modelo de concesiones chileno, como se señaló en el cuerpo de este escrito, pues todavía es prematuro evaluarlas, la mencionada modificación se efectúa cuando ya hay una industria consolidada con más de 60 contratos adjudicados y una inversión mayor a los US\$11.000 millones, aspecto no menor al momento de considerar esa ley.

5. En materia sustantiva, dos aspectos, entre muchos otros, merecen destacarse en la ley de Concesiones de obras públicas chilena. El primero de ellos, el mecanismo de resolución de controversias. En contratos de esta complejidad y duración, no hay ninguna posibilidad que no haya conflictos o discrepancias; de ahí, la necesidad de contar con un sistema de solución de controversias ágil y expedito. Un segundo aspecto relevante tiene que ver con la regulación que realiza la ley de las relaciones de la sociedad concesionaria con terceros, pues en general la autoriza a todo tipo de actuaciones con las solas excepciones de las consagradas en las bases de licitación o la ley.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Ministerio de Obras Públicas, Coordinación General de Concesiones, *Infraestructura Pública y Programa General de Concesiones* (Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 1998).
- Ministerio de Obras Públicas, Coordinación General de Concesiones, *Ruta 5, la gran obra de Chile* (Ministerio de Obras Públicas, Santiago, 1999).
- Moraga-Klenner, Claudio, *Contratación administrativa* (1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007).
- Rufián-Lizana, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas* (1ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1999).

REVISTAS

- Engel, Eduardo, Fischer, Ronald & Galetovic, Alexander, *Licitación de carreteras en Chile*, 61 *Estudios Públicos*, 5-37 (1996). Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1688.html.
- Engel, Eduardo, Fischer, Ronald & Galetovic, Alexander, *¿Cómo licitar una concesión vial urbana?*, 67 *Estudios Públicos*, 1-38 (1997). Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1684.html.

NORMATIVA LEGAL CHILENA

- Decreto con Fuerza de Ley 252 de 1960, del Ministerio de Hacienda, que fija la Ley General de Bancos*, 24.611 *Diario Oficial*, 4 de abril de 1960. Disponible en: http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/ArchivoCB?ID_IMAGEN=6500000000000733.
- Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1983, del Ministerio de Obras Públicas, que fija normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas a que se refiere el artículo 52 de la Ley 15.840 de 1964*, 31.483 *Diario Oficial*, 3 de febrero de 1983. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5591&r=1>.
- Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, y de las normas relativas a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión, contenidas en la Ley 15.840 de 1964 y el Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo 294 de 1984, del Ministerio de Obras Públicas*, *Diario Oficial*, 4 de septiembre de 1991. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4884&r=4>.
- Decreto con Fuerza de Ley 850 de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, que*

- fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, Diario Oficial, 25 de febrero de 1998. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=97993&idVersion=2006-08-18>.*
- Ley 18.060 de 1981, que modifica Ley 15.840 de 1964, que aprobó el texto de la Ley de Organización y Atribuciones del Ministerio de Obras Públicas y Servicios dependientes y deroga el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley 206 de 1960, Diario Oficial, 11 de noviembre de 1981. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29487>.*
- Ley 18.840 de 1989, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, Diario Oficial, 10 de octubre de 1989. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30216>.*
- Ley 19.068 de 1991, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 591 de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, Diario Oficial, 13 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.anfitrion.cl/actualidad/20ulle/19068.html>.*
- Ley 19.252 de 1993, que modifica Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, Diario Oficial, 20 de octubre de 1993. Disponible en: <http://docs.chile.justia.com/nacionales/leyes/ley-n-19-252.pdf>.*
- Ley 19.460 de 1996, que modifica Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, sobre régimen legal de concesiones de obras públicas, y las Normas Tributarias que indica, 35.515 Diario Oficial, 13 de julio de 1996. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30827>.*
- Ley 19.882 de 2003, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica, Diario Oficial, 23 de junio de 2003. Disponible en: <http://www.serviciocivil.gob.cl/gobiernotransparente2010/ley%2019882.pdf>.*
- Ley 20.410 de 2010, que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica, Diario Oficial, 20 de enero de 2010. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010304&idParte=&idVersion=2010-01-20>.*

NORMATIVA REGLAMENTARIA CHILENA

- Decreto Supremo 294 de 1984, del Ministerio de Obras Públicas.*
- Decreto Supremo 240 de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento Ley de Concesiones de Obras Públicas, Diario Oficial, 8 de abril de 1992.*
- Decreto Supremo 900 de 1996, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, Diario Oficial, 18 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.mop.cl/acercadelmop/MarcoLegal/Documents/DECRETO%20MOP%20900_96_LEY%20CONCESIONES.pdf.*
- Decreto Supremo 956, del Ministerio de Obras Públicas, de 1997, Reglamento DFL MOP 164 de 1991 modificado por las Leyes 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, Diario Oficial, 6 de octubre de 1997. Disponible en: http://www.mop.cl/acercadelmop/MarcoLegal/Documents/DECRETO_MOP_956_99_REGLA-*

MENTO_DFL_MOP_164_%201991_%20MODIFICADO.pdf.

Decreto Supremo 215, del Ministerio de Obras Públicas, de 2010, que introduce modificaciones al DS 956, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Diario Oficial, 28 de abril de 2010. Disponible en: http://transparencia.dgop.cl/marco/docs/DTO_215_04_10.pdf.

