



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

# EL PRINCIPIO DE CONTROL ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

MEMORIA PARA POSTULAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ERNESTO MANRÍQUEZ MENDOZA

PROFESOR GUÍA:  
ANDRÉS BARBERIS MARTIN

SANTIAGO DE CHILE  
DICIEMBRE DE 2011

*A mi madre, y a todos quienes  
han hecho esto posible.*

## Resumen

El objeto de este trabajo es el análisis de las múltiples dimensiones del control como principio del Derecho Administrativo, aplicado al contrato de concesión de obras públicas. Se comienza con una somera exposición del control como principio aplicable a las organizaciones, desde el marco teórico de la gestión basada en la calidad. Luego se aplica esta idea al Estado, determinando sus fines a partir de la forma constitucional de gobierno, para, posteriormente, extraer de la Constitución principios rectores que guiarán la gestión del Estado y el ejercicio de las funciones de control.

En tercer lugar, se categoriza el principio de control en el Estado, destacando la existencia de una clasificación básica según la materia sobre la que se ejerce control, compuesta de cuatro categorías: control de juridicidad, control democrático, control interno y control de gestión; correspondiendo dos de ellas a la caracterización jurídica del principio de control administrativo y dos a los elementos de la teoría de la gestión basada en la calidad.

Posteriormente, se definen los mecanismos de asociación público-privada y se enuncian los procedimientos de contratación administrativa, junto con lo cual, aplicándoles los principios de control ya reseñados, se intenta definir la estructura marco del control del contrato de concesión de obras públicas y las actuaciones jurídico-administrativas previas al comienzo del contrato.

El trabajo continúa con la enunciación de los actos de control que realiza el inspector fiscal como encargado de la imposición del principio de control en el contrato de concesión, así como de los controles a los que él está sujeto y de las normas jurídicas que rigen el ejercicio de sus potestades de control.

Finalmente, se procede a argumentar en contra del modelo de control existente, centrandó la crítica en la falta de superposición de controles sobre la labor del inspector fiscal, su poca independencia, y la debilidad de los mecanismos de control de gestión de la orgánica concesionadora en relación al Estado. En la argumentación se emplean casos índice, que muestran diversas fallas en el ejercicio de potestades contraloras por el Estado. El trabajo termina con el análisis de las propuestas de mejora del sistema y la confección de una propuesta propia, que combina una agencia reguladora independiente con un delegado del gobierno, que sucedería y superaría al actual inspector fiscal, y añade a eso reformas adicionales a la normativa vigente.

# Agradecimientos.

*Quiero agradecer en este trabajo la colaboración del profesor Andrés Barberis, quien ha guiado su avance en el aspecto relativo al tratamiento de las concesiones de obra pública, y ha aportado con sus consejos y su revisión al devenir de este trabajo. Agradezco además la cooperación de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas en este trabajo, en especial a sus Inspectores Fiscales; los antecedentes recibidos para el estudio de casos por parte de la Fundación Terram con respecto a la situación en la concesión «Acceso Sur a Santiago», y los datos proporcionados por Mauricio Montecinos y Rodrigo Quijada de Ciudad Viva, en lo relativo a la participación ciudadana en obras concesionadas y con base en su experiencia en la concesión del Sistema Oriente-Poniente.*

*No voy a dejar tampoco de agradecer los comentarios y la ayuda desinteresada que prestara el profesor Luis Cordero, en lo relativo al tratamiento del principio de control administrativo propiamente tal, la conversación con Dolores Rufián, autora del Manual de Concesiones de Obras Públicas, ni los contactos con el profesor y ex Ministro de Obras Públicas Eduardo Bitrán, en lo relativo al control financiero de las concesiones y la influencia en su control de la LOAFE. Agradezco también a la División de Infraestructura y Regulación de la Contraloría General de la República, en particular a la Abogada Jefe del Departamento de Contratos de Concesión de Obras Públicas, doña Isabel Fernández, quien aclarara la postura de Contraloría General de la República sobre el control del contrato de concesión, y me permitiera contactarme con la Subdivisión de Auditoría de dicha División.*

*Finalmente, quiero agradecer a los autores del software y de las plantillas utilizadas en este trabajo. Esta memoria fue íntegramente realizada con Software Libre, un tipo de programas computacionales que respeta la libertad de los usuarios para su estudio y modificación, y que es coherente en su espíritu con los principios de servicialidad y de transparencia que gobiernan el ejercicio de la función pública. Ello no habría sido posible sin la colaboración de Sebastián Kreft, del Departamento de Ciencias de la Computación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, quien me proporcionara las plantillas L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X necesarias para el desarrollo de este trabajo. Tampoco lo habría sido sin el equipo detrás del procesador de documentos estructurados L<sup>A</sup>X.*

# Índice.

<b>1. El control.</b>	<b>1</b>
1.1. El concepto de control. . . . .	2
1.2. El control dentro de las organizaciones. . . . .	3
1.2.1. El control interno. . . . .	7
1.2.2. El control de gestión. . . . .	9
1.2.3. Auditoría. . . . .	12
1.3. Recapitulación. . . . .	14
<b>2. El Estado.</b>	<b>18</b>
2.1. El estado autocrático. . . . .	19
2.2. Los fines de los Estados democráticos de derecho. . . . .	20
2.2.1. <i>Policy determination.</i> . . . .	24
2.2.2. <i>Policy execution.</i> . . . .	24
2.2.3. <i>Policy control.</i> . . . .	25
2.3. Los objetivos del Estado de Chile. . . . .	25
2.3.1. El principio de subsidiariedad. . . . .	28
2.3.2. El principio de juridicidad. . . . .	32
2.3.3. El respeto a los derechos fundamentales. . . . .	37
2.3.4. El principio democrático y la participación popular. . . . .	38
2.3.5. El principio de probidad y transparencia de la función pública. . . . .	39
2.3.6. El principio de servicialidad. . . . .	41
2.4. La estructura orgánica del Estado. . . . .	42

<b>3. El control en el Estado.</b>	<b>45</b>
3.1. Un intento de integración. . . . .	47
3.2. La Administración del Estado. . . . .	50
3.3. Sistemas de control en la Administración. . . . .	53
3.3.1. Consagración constitucional de los sistemas de control. . . . .	55
3.3.2. Actos de control. . . . .	60
3.4. Clasificaciones del control en el Estado. . . . .	64
3.5. Primera clasificación: Materia. . . . .	69
3.5.1. Control de juridicidad. . . . .	70
3.5.2. Control democrático. . . . .	86
3.5.3. Control interno y auditoría interna. . . . .	101
3.5.4. Control de gestión y auditoría de gestión. . . . .	120
3.6. Segunda clasificación: Naturaleza orgánica. . . . .	136
3.6.1. Control interno. . . . .	137
3.6.2. Control externo. . . . .	138
3.7. Tercera clasificación: Momento del control. . . . .	146
3.7.1. Control preventivo. . . . .	146
3.7.2. Control concomitante. . . . .	147
3.7.3. Control <i>a posteriori</i> . . . . .	147
3.8. Cuarta clasificación: Órgano contralor. . . . .	147
3.8.1. Control parlamentario. . . . .	148
3.8.2. Control jurisdiccional. . . . .	150
3.8.3. Control administrativo. . . . .	153

<b>4. La concesión de obra pública.</b>	<b>155</b>
4.1. Asociaciones público-privadas. . . . .	156
4.1.1. Contratos administrativos de prestación de servicios. . . . .	160
4.1.2. Contratos de administración. . . . .	160
4.1.3. Contratos de administración delegada y <i>leasing</i> . . . . .	161
4.1.4. Concesión de servicio público. . . . .	162
4.1.5. Esquemas DBFO, BOT, y análogos. Contrato y concesión de obra pública. . . . .	162
4.1.6. <i>Joint ventures</i> . . . . .	164
4.2. Los contratos administrativos. . . . .	164
4.2.1. La licitación pública. . . . .	168
4.2.2. Otros procedimientos de contratación administrativa. . . . .	176
4.2.3. Objeto del contrato. . . . .	181
4.2.4. Potestades exorbitantes. . . . .	182
4.2.5. Extinción del contrato administrativo. . . . .	187
4.3. La concesión de obra pública propiamente tal. . . . .	188
4.3.1. Fase de planificación. . . . .	194
4.3.2. Fase de preparación o proposición. . . . .	218
4.3.3. Fase de licitación. . . . .	226
4.3.4. Inicio de la concesión. . . . .	241
<b>5. El principio de control durante la vigencia del contrato de concesión.</b>	<b>245</b>
5.1. La Inspección Fiscal. . . . .	248
5.1.1. El Inspector Fiscal. . . . .	249
5.1.2. La Asesoría a la Inspección Fiscal. . . . .	252
5.1.3. Funciones comunes. . . . .	264
5.1.4. Funciones de la Inspección Fiscal de la etapa de construcción. . . . .	283

5.1.5.	Funciones de la Inspección Fiscal de la etapa de explotación. . . . .	313
5.2.	Dirección General de Obras Públicas. . . . .	322
5.2.1.	Planificación y preparación de la concesión. . . . .	328
5.2.2.	Licitación de la concesión. . . . .	329
5.2.3.	Etapas de construcción y explotación: el procedimiento sancionatorio. . . .	329
5.3.	Control de juridicidad. . . . .	335
5.4.	Control democrático. . . . .	339
5.4.1.	Consejo de Concesiones. . . . .	340
5.4.2.	Participación ciudadana. . . . .	342
5.4.3.	Control parlamentario. . . . .	344
<b>6.</b>	<b>Visión crítica del sistema de control de los contratos de concesiones de obras públicas.</b>	<b>346</b>
6.1.	Casos índice. . . . .	353
6.1.1.	Centro de Justicia de Santiago. Caso <i>Aire Acondicionado</i> . . . . .	355
6.1.2.	Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78 a Avenida Grecia. Caso <i>Autovías</i> . . .	361
6.1.3.	Sistema Oriente-Poniente: Costanera Norte y Avenida Kennedy. Caso <i>Ciudad Viva</i> . . . . .	369
6.1.4.	Ruta 5 Sur, tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago. . . . .	373
6.2.	Propuestas de mejoría para el sistema de control del contrato de concesión. Conclusiones. . . . .	383
6.2.1.	Propuesta institucional. Superintendencia de Obras Públicas. . . . .	385
6.2.2.	Propuesta propia. . . . .	389
	<b>Abreviaturas.</b>	<b>399</b>
	<b>Bibliografía.</b>	<b>401</b>

# Introducción.

Hacia fines de los años 80, Chile tenía un déficit enorme en infraestructura. La carretera Longitudinal sólo tenía doble vía entre el norte de la Región Metropolitana y San Fernando, pasando muchas veces por dentro de las mismas ciudades. El aeropuerto Arturo Merino Benítez, construido en la década de los 60, simplemente no era apropiado para recibir el tráfico aéreo que por esos años comenzaba a llegar de todas partes del mundo, y los caminos transversales estaban mal mantenidos y, en muchas ocasiones, no eran caminos pavimentados.

El advenimiento de la democracia permitió dar a Chile la seguridad institucional necesaria para la ejecución de un ambicioso programa de concesiones de obras públicas, que le ha cambiado la cara a Chile. Una hermosa autopista Longitudinal conecta Chile desde La Serena hasta Puerto Montt. Modernos aeropuertos conectan a nuestras regiones, carreteras modernas engalanan a la ciudad de Santiago, acompañadas por autopistas transversales de gran factura que conectan cada región con su costa y con su cordillera. Nada de ello habría sido posible, en tan poco tiempo, sin la intervención privada.

Luego del fracaso de la primera concesión, el «Tunel El Melón», el sistema de concesiones de obra pública supo aprender de sus propios errores, y mejorar, hasta que se transformó, en pocos años, en la panacea para la renovación, primero, de la infraestructura pública, y luego, para la suscripción de contratos complejos que mezclaban la prestación de servicios privada con la construcción y mantenimiento de obras. El modelo de la concesión se empezó a utilizar para la construcción de obras cada vez más complejas, ya no sólo en cuanto a sus exigencias constructivas, sino en lo relativo a los servicios asociados a ellas, que serían prestados. El nuevo modelo de gestión se mostró exitoso en la concesión de los aeropuertos, y tal éxito impulsó al gobierno para iniciar planes de concesión de infraestructura pública más ambiciosos.

Sin embargo, comenzaron a aparecer varios problemas. La falta de procedimientos y la poca cla-

ridad de la regulación de los órganos que se encargaban de las concesiones hizo posible que el Estado, con la intención de construir obras, burlara la legislación vigente y se aprovechara de sus potestades discrecionales para licitar proyectos sin cumplir con requisitos mínimos de diseño. La construcción, por parte del Ministerio de Obras Públicas, de obras para otras reparticiones públicas con capacidad para gestionarlas, como el Ministerio de Justicia, originó fallas en el liderazgo estatal y produjo sobrecostos y una claridad nula respecto a qué y cómo se debía construir.

El mal diseño de los proyectos por parte del Ministerio de Obras Públicas, acompañados por la falta de control en su ejecución, han generado mucha más oposición ante el sistema de concesiones de obras públicas de la que deberían tener. Esto, sumado a los repetidos intentos del MOP por esquivar la legislación ambiental, ha creado conflictos innecesarios y ha encarecido de sobremanera proyectos que debían ser mucho más baratos. A su vez, la falta de una contabilización apropiada de los proyectos construidos bajo el sistema de concesiones de obra pública, por parte del Estado, ha causado que sea imposible determinar exactamente cuándo y cómo conviene más concesionar, sustituyendo decisiones técnicas por la arbitrariedad pura.

Todo esto ocurre dentro de un marco normativo y orgánico que no resguarda de la arbitrariedad de la Administración, ni a los ciudadanos, que tienen como única defensa la movilización social, la protesta, y la parálisis de la obra cuando su concesión ya ha sido adjudicada, ni a los propios concesionarios, que han tenido como único recurso para contrarrestar la desigualdad así generada la Comisión Arbitral, y las indemnizaciones que ella ha exigido al Estado en aras de restablecer el muchas veces quebrantado equilibrio económico del contrato.

El sistema de concesiones va a ser ampliado. La entrega en concesión de los hospitales públicos está en pleno proceso de licitación; se planea construir cárceles nuevas bajo el esquema de concesiones; y en el año 2013 se espera comience el plan de concesión de los establecimientos educacionales. Sin embargo, estos planes se encuentran amenazados por la carencia absoluta de información respecto de ellos a la ciudadanía, por las fallas de diseño provenientes de la ausencia absoluta de revisión independiente, y, sobre todo, por la escasa relevancia del principio de control dentro de la Administración estatal actual, que hace que las consecuencias para la Administración de una actuación antijurídica sean escasas.

Es ante esta situación, y ante la existencia de un proyecto de ley para reformar el control en las obras públicas que, a mi juicio, va en una dirección completamente errónea, que he decidido llevar

adelante este trabajo, que ante vuestra consideración presento. Creo, sinceramente, que este trabajo ha sido mucho más ambicioso de lo que debió haber sido, puesto que aquí intento la reformulación de varias categorías conceptuales relativas al principio de control en la Administración del Estado, para luego proceder a aplicar dichos principios reformulados a las concesiones, con interesantes resultados.

Iniciaremos este trabajo con un examen del control, no como un principio del Derecho Público, sino que como un principio que sirve de base a cualquier organización. Aquí seguimos el consejo que nos diera el profesor PAREJO: el Derecho Administrativo no sólo es derecho, sino que también involucra el conocimiento de las Ciencias de la Administración<sup>1</sup>. Mediante una somera explicación de cómo el control es aplicable como principio a toda organización, desde el grupo más pequeño de personas hasta el Estado, revisamos en qué consiste realmente el control, para compararlo luego con los conceptos clásicos de la doctrina jurídico administrativa.

El control exige a todas las organizaciones tener un propósito final, que guía su acción, y objetivos concretos, que responderán a los intereses de quienes forman la organización. Nuestro segundo capítulo, por ende, tratará de los propósitos finales y de los objetivos del Estado, que están delineados en la Constitución Política de la República y en los principios que la acompañan, la definen y la fundamentan. Los fines de la República, como Estado social y democrático de derecho, están acompañados de ciertos objetivos, o principios, que guían teóricamente la acción del Estado. Veremos cómo mientras la existencia de alguno de ellos no se discute, como ocurre con el principio de legalidad y el principio de servicialidad, la presencia de otros es altamente controvertida, como ocurre con el principio de subsidiariedad y el orden público económico.

Estos fines y principios deben ser el fundamento del ordenamiento de la Administración y de la estructuración de mecanismos de control en el Estado. Por ende, nuestro tercer capítulo tratará del control en la Administración del Estado. Aquí expondremos una clasificación para el control que logre una mejor explicación que la categorización tradicional de *control interno* y *control externo* usada por la doctrina, con escasas excepciones<sup>2</sup>. Esta separación es reemplazada por una nueva

---

<sup>1</sup>Nos referimos a la conferencia organizada por el Centro de Regulación y Competencia, REGCOM, de nuestra Facultad de Derecho, que tuviera lugar el día 28 de Septiembre del presente.

<sup>2</sup>En este trabajo se siguen los trabajos que intentan desacoplar el tratamiento del control de la mera supervisión del cumplimiento de la ley. En esta línea, CORDERO, L. (2007b) *El Control de la Administración del Estado*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: LexisNexis, ISBN 978-956-237-118-6; SILVA CIMMA, E. y VERDUGO, A. (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, ISBN 956-101-069-0. Resultan destacables en particular los esfuerzos del profesor CORDERO por rodear a los siste-

categorización que una al análisis de los resultados del Estado y a la auditoría de la orgánica y de las políticas de personal de la burocracia, el principio de juridicidad, entendido como la verificación de la conformidad de las actuaciones del Estado con *la Constitución y las normas jurídicas dictadas conforme a ella*, y el principio democrático, o la necesidad de brindar a las decisiones del Estado la legitimación por quienes detentan el poder.

Junto con ello, tratamos aquí de dos materias que no han sido tratadas por doctrina revisada como parte del control: el procedimiento de toma de decisiones sobre los programas públicos a ejecutar, y la transmisión de la voluntad del jefe supremo de la Administración, el Presidente de la República, a la Administración misma, a través no sólo del principio jerárquico, sino que del Estatuto Administrativo mismo, acompañado por sistemas de apoyo a la toma de decisiones.

Para lograr una mayor eficiencia, el Estado puede escoger realizar su actividad directamente, o puede asociarse con un privado. Las asociaciones público-privadas pueden tomar varias formas, todas basadas, genéricamente, en la figura del contrato administrativo, siendo la concesión de obras públicas una de sus especies. La concesión como forma de asociación público-privada, la planificación estatal que le dio origen, la estructura orgánica que le sirvió de soporte, la presencia en ella de controles de juridicidad y, sobre todo, la revisión de la normativa aplicable, son el tema del cuarto capítulo de nuestro trabajo.

Superando la división entre la *etapa de construcción* y la *etapa de explotación*, tradicional en el estudio de las concesiones, y que fuera impulsada por las Bases de Licitación a propósito de contratos de concesión ya adjudicados, establecemos que existen tres etapas adicionales, no institucionalizadas y que son necesariamente parte de todo contrato concesionado: la *etapa de proposición*, que es aquella donde se toma la decisión de concesionar y que termina con la Declaración de Interés Público del proyecto a ejecutar; la *etapa de preparación*, en donde se realizan los estudios finales del proyecto y se confeccionan las Bases de Licitación mismas, y la propia *etapa de licitación*, que es donde el privado que realiza la oferta más conveniente para el Estado se adjudica la concesión. Todas ellas parten desde la planificación realizada por el Estado, y también están sujetas a control.

El contrato de concesión inicia su vida jurídica con la total tramitación del decreto supremo adjudicatorio de la concesión. Por eso, nuestro quinto capítulo examinará la estructura de control que existe en el contrato de concesión en sentido estricto. Se revisará aquí la figura de los Inspectores

---

mas de control y planificación de un aura jurídica, que se pueden ver en CORDERO, L. (2007a) Control de gestión y por resultados en el Derecho Administrativo. En Revista de Derecho Administrativo, año 1, Nr. 1.

Fiscales, quienes son, reglamentariamente, los funcionarios encargados de la supervisión de los contratos de concesión, así como sus empresas asesoras y la estructura, en forma somera, de las Inspecciones Técnicas de Obra y de Explotación.

Veremos cómo existen dos inspectores fiscales para cada una de las etapas reconocidas en el contrato de concesión, en sentido estricto. El Inspector Fiscal de construcción será, normalmente, la persona que fuera designada para el proyecto desde su planificación, y quien lo conoce a la perfección. Este inspector se centrará en vigilar que lo construido por el concesionario sea, efectivamente, lo que se le pidió construir en el contrato, además de entregar al concesionario los terrenos y bienes fiscales utilizados en la obra. Por su parte, el Inspector Fiscal de explotación es un empleado que se centrará en revisar que los servicios comprometidos sean prestados, con carácter continuo, de acuerdo a las normas técnicas o niveles de servicio, según sea el caso, comprometidos en el contrato de concesión.

Luego de la exposición detallada de todos los procesos de control que guían la concesión de una obra pública, pasaremos, en nuestro sexto capítulo y final, al análisis crítico de las deficiencias encontradas, algunas de las cuales ya han sido adelantadas aquí. En él intentaré entregar una postura sobre la reforma del sistema de concesiones que resuelva realmente los problemas encontrados en los casos examinados.

Como veremos a lo largo de este trabajo, la Administración no puede perder de vista los principios del Derecho Administrativo bajo la excusa de una asociación público-privada, o utilizando como subterfugio la intención de cumplir mejor con las funciones asignadas por ley. Hacerlo ha significado, como lo demostraremos con los casos examinados, un daño tremendo al interés general. Un esquema ideal de asociación público-privada recoge la opinión de la ciudadanía, la expresa en el proyecto definitivo a construir, y al mismo tiempo, aísla a los inversionistas privados de los riesgos que significa el incumplimiento de la ley en el diseño de los proyectos.

Las reformas legales que se han intentado con la ley 20.410, y que se espera intentar con un nuevo proyecto de Superintendencia de Obras Públicas no han ido necesariamente en esta línea, centrándose en arreglar otros problemas. Creemos que ninguna reforma legal será suficiente para garantizar una nueva década de éxito para las concesiones, sin que exista una institucionalidad fija, procedimientos claros, participación ciudadana, y sin que se garantice un efectivo cumplimiento de la normativa vigente y del contrato de concesión, ya no sólo por parte de la concesionaria, sino

que por el MOP. Esto es lo que permite, finalmente, que la concesionaria obtenga financiamiento a menores tasas de interés y pueda ofrecer tarifas más convenientes para el ciudadano, o condiciones más convenientes para el Estado.

El profesor SILVA CIMMA, en su obra *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*, nos advierte. «Es evidente que las modalidades de gestión de los organismos públicos pueden implicar peligro para los principios de seguridad jurídica que en un Estado de Derecho constituyen piedra angular del sistema, de modo que junto con adecuar las normas del derecho a las posibilidades de una sociedad de cambios, deben estructurarse también los medios que procuren evitar que al amparo de ese interés público los órganos del Estado, a pretexto de administrar, sencillamente avasallen las normas y cometan actos arbitrarios que provoquen perjuicio e indefensión a los particulares»<sup>3</sup>.

SILVA CIMMA está en lo cierto. El Estado no puede olvidar los principios constitucionales y dejar de lado la protección de las personas, lo que constituye su fin último, so pretexto de perseguir, apresuradamente, esquemas de asociación público-privada. El asegurar que el Estado cumpla la ley que se ha dado, así como el garantizar la legitimidad democrática de las decisiones del Estado, permitiendo a los ciudadanos toda la participación que sea posible, son parte de los objetivos del principio de control. Sin embargo, estos objetivos no están completos sin, como veremos, la proceduralización de la decisión de concesionar, acompañada por una estructura orgánica clara, una política de personal que aseguren la eficiencia y la imparcialidad en el actuar, un sistema de archivo coherente de sus operaciones, normas contables que se obedezcan y una cadena de mando clara; ni sin controles de gestión precisos, que acompañen a los procesos estatales desde su planificación hasta su ejecución.

La concesión de obra pública, como herramienta, necesita una base sólida para repetir una década dorada como la de 1995-2005. La decisión política para entregar en concesión los hospitales y las escuelas está en marcha. Sin embargo, creemos aquí que la estructura actual de la concesión de las obras públicas no podrá sostener el nuevo esfuerzo. Sólo con una reforma que blinde de los riesgos de la oposición ciudadana y de la actuación ilegal de la Administración a los inversionistas, será posible aprovechar todas las ventajas potenciales de las asociaciones público-privadas. Esa es la razón que fundamenta este trabajo, y tengo la esperanza de que mi investigación no será en vano.

---

<sup>3</sup>SILVA CIMMA y VERDUGO (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*, op. cit., pág. 13.

# Capítulo 1

## El control.

El control, a grandes rasgos, está compuesto por tres acciones diferentes. La primera consiste en dividir una actividad en etapas, para luego, examinar cada una de ellas independientemente. La segunda es la evaluación de cómo se realizó cada etapa de la actividad, evaluación que se basa en su previo examen. En esta evaluación se revisa que la etapa haya sido realizada como se quiere y haya obtenido los resultados esperados, asignando además responsabilidades por la ejecución de dicha etapa. En tanto, la tercera acción consiste en la intervención potencial y directa del responsable del control en cualquiera de las etapas, para corregir su ejecución.

Para que haya control, ante todo, es necesario que haya una actividad, o a lo menos, un deber de actuar, impuesto por una costumbre o norma. En segundo lugar, se requiere un fin al que el acto controlado deba sujetarse, por lo que la actividad a controlar está justificada y determinada por dicha finalidad.

La intervención directa en cualquiera de las etapas del proceso, así como la responsabilidad sobre la división y la evaluación de cada etapa, requieren, a su vez, la posesión de cierto poder. El encargado del control tiene una posición de poder, dada ya sea por la realidad o por una estructura determinada. Sucede muchas veces que quien controla no sólo puede intervenir en los procesos de esta forma, sino que puede fijar qué se espera de cada etapa, dictar normas de procedimiento, e incluso imponer exigencias como parte del proceso mismo de control.

Esto pasa todo el tiempo, con más frecuencia de la que uno podría esperar. Cuando una persona cualquiera dice que «pierde el control», ella en realidad está diciendo que ha perdido la capacidad

de evaluar sus actos, compararlos racionalmente con un patrón social y moderarlos convenientemente, y que ha actuado impulsivamente precisamente por haber perdido esa capacidad. Por el contrario, quien «tiene el control de una situación» ha analizado mentalmente las razones que llevaron a una situación dada, tiene una idea de cómo debe ser el resultado esperado, qué se debe hacer para corregirlo, y está en posición de hacer algo al respecto. La idea común del «control» es bastante más cercana a su sentido técnico de lo que parece.

## 1.1. El concepto de control.

Como la idea común de control es bastante correcta, no sorprende que las definiciones no técnicas, como la del DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA<sup>4</sup>, sean bastante precisas y útiles. El DICCIONARIO define «control» por medio de dos líneas conceptuales principales: una, ligada a la «comprobación, inspección, fiscalización o intervención», y la otra, anexada al «dominio, mando o preponderancia».

El primer grupo de sinónimos contiene, junto a «comprobación», el término «inspección». El «control», en sentido coloquial, no requiere que exista un sujeto, que no es quien actúa, cuya única función sea supervisar lo que sea que se esté haciendo; la palabra «inspección», sí. El «inspector» es alguien que se limita a vigilar la observancia de normas que se integran en el proceso productivo. Para que exista un «inspector» se necesita, además, que exista a su lado otra persona que actúe y que no supervise, y por ende, requiere una organización con separación de funciones. Además, el inspector no puede imponer su propio parecer de forma arbitraria y sin consulta; necesita normas que la organización de la que forma parte reconozca como válidas, no sólo para aplicarlas, sino para justificar su posición de inspector.

Este grupo continúa con una palabra, «fiscalización», que proviene del concepto «fisco», que corresponde a la persona de derecho privado que representa al Estado, según los civilistas del siglo XIX<sup>5</sup>. Desde Roma, el Fisco ha sido reconocido como uno de los grandes reguladores de la actividad privada, que no sólo impone normas, sino que vigila, con agentes estatales, que ellas se

---

<sup>4</sup>«control». (Del fr. *contrôle*). 1. m. Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. 2. m. Dominio, mando, preponderancia. 3. m. Oficina, despacho, dependencia, etc., donde se controla. 4. m. puesto de control. 5. m. Regulación, manual o automática, sobre un sistema. 6. m. testigo (ll muestra). 7. m. Mec. Mando o dispositivo de regulación. 8. m. Mec. Tablero o panel donde se encuentran los mandos. U. m. en pl.

<sup>5</sup>fisco. (Del lat. *fiscus*). 1. m. Erario, tesoro público. 2. m. Conjunto de los organismos públicos que se ocupan de la recaudación de impuestos.

cumplan. El término «fiscalización» alude, justamente, a estos agentes.

Termina este grupo de sinónimos con «intervención», concepto que tiene un doble sentido<sup>6</sup>. Su sentido natural es la posibilidad de tomar parte en un asunto desde una posición que permite corregir directamente una etapa del acto controlado. Sin embargo, el DICCIONARIO, en un segundo sentido, apunta a funciones específicas y a funcionarios específicos que revisan cuentas bancarias y operaciones contables, e, incluso, que regulan o limitan ciertas actividades económicas. Para esto, remite a la acción de un «interventor», una persona que no sólo está dotada de estas facultades, sino que, en muchos casos, tiene facultades de emergencia conferidas por el ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

Nuestro segundo grupo de sinónimos relaciona al control con el poder, «dominio», o «mando». El poder, como construcción social y relacional que es, conlleva necesariamente la existencia de una organización compleja. Para que exista un «mando», es necesaria una «cadena de mando», una secuencia de relaciones jerárquicas integrada en una organización, donde hay jefes y subalternos. Sostenemos aquí que la fijación de la estructura de una organización, así como de la relevancia o «preponderancia» de un proceso sobre otro, son también elementos del control.

Como se ve, el concepto de control, si bien está siempre presente, sólo adquiere su verdadero sentido cuando se aplica a las organizaciones. Esto también se refleja en la etimología del término: el latín medieval *contra rotulum*, convertido más tarde en el francés «*contre rôle*» o «*contrôle*», un «contra libro» o «libro registro» que es llevado por el inspector para supervisar<sup>8</sup>.

## 1.2. El control dentro de las organizaciones.

Las organizaciones nacen cuando un grupo de personas se reúne para cumplir un objetivo común. Una organización puede ser tan simple como un club de amigos o tan compleja como un Estado. La Constitución Política de la República reconoce a todas las organizaciones, sean del tamaño que sean, como anteriores al Estado mismo, y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir

---

<sup>6</sup>intervención. (Del lat. *interventio*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de intervenir. 2. f. Oficina del interventor. 3. f. Cuerpo de oficiales que tienen por misión inspeccionar la administración de los ejércitos. 4. f. Med. Operación quirúrgica.

<sup>7</sup>interventor, ra. (Del lat. *interventor*, -ōris). 1. adj. Que interviene. Comité interventor. Capacidad interventora. 2. m. y f. Persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección. 3. m. y f. En las elecciones para diputados, concejales, etc., persona designada oficialmente por un partido político para vigilar la regularidad de la votación.

<sup>8</sup>ZÚÑIGA, F. (2001) Controles de la potestad legal y reglamentaria. En *Ius et Praxis*, 7, Nr. 2 [En línea] ([http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200007&script=sci_arttext)).

sus propios fines específicos<sup>9</sup>. El ordenamiento jurídico protegerá y reconocerá estos grupos en la medida en que no sean contrarios a la ley, al orden público o a la seguridad nacional, dándoles formas jurídicas apropiadas para que cumplan sus fines, como la de fundación, corporación, organizaciones no gubernamentales, juntas de vecinos, partidos políticos, o los diversos tipos de sociedades con fines de lucro<sup>10</sup>.

Siguiendo el esquema de JIMÉNEZ, las organizaciones tienen dos estructuras que se superponen. La primera está formada por las personas que forman parte del grupo en un momento dado, por las relaciones humanas que se dan entre ellas y por las relaciones de liderazgo y subordinación que ellas se reconocen y se denomina estructura humana; la segunda, en tanto, corresponde a las relaciones jerárquicas impuestas por las estructuras jurídicas o los acuerdos de la organización, así como al conjunto de elementos ajeno a las personas que son parte en un momento dado de la organización, y se llama estructura física<sup>11</sup>. Esta superposición provocará la coexistencia de un liderazgo informal, ganado a través de las relaciones humanas, y de un liderazgo formal asignado a un jefe, quien es la persona reconocida como superior jerárquico por la organización y a quien se entrega la responsabilidad de conducir a la organización hacia el logro de sus objetivos.

El jefe «formal» tiene la responsabilidad de movilizar a las personas, comprendiendo los lazos humanos generados entre ellas, hacia el logro del fin de la organización. Para que ésta pueda transformar el entorno según sus fines y objetivos, quienes forman parte de la organización deben hacer suyos sus fines. JIMÉNEZ dirá que «administrar» consiste, simplemente, en esto<sup>12</sup>.

El superior tiene varias herramientas para administrar. Las herramientas que sirven al jefe para dejar claro a los empleados cuáles son sus responsabilidades, cuál es su posición, qué tienen que hacer y por qué deben ceñirse a los fines de la organización consisten, a grandes rasgos, en el *control interno* de la organización, y la administración, en este sentido, se realiza a través de ellas. Como se ve, el organigrama, las definiciones de cargos, la política de personal de la empresa, los manuales de procedimientos y las guías de buenas prácticas, son parte del *control interno*.

---

<sup>9</sup> Artículo 1, inciso 2º, Constitución Política de la República.

<sup>10</sup> Véanse la Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana y los artículos 545 al 564 del Código Civil, con las reformas de dicha Ley 20.500, respecto de las fundaciones y corporaciones; el D.S. 292 de 1993 del Ministerio de Justicia sobre Organizaciones No Gubernamentales; la Ley N° 19.418 sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.603 de Partidos Políticos; y los artículos 2.054 a 2.115 del Código Civil, 348 a 511 del Código de Comercio, la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores y la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, sobre las diversas formas de sociedades con fines de lucro.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ, P. (1996) *Control de Gestión*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Editorial Conosur, págs. 5 y 6.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 5.

Sin embargo, esto no es suficiente. La definición de las responsabilidades y la posición de los empleados no sirve de nada si ellos no tienen claros los fines de la organización, sus líneas de acción, y los programas concretos en que deben trabajar. El responsable de esta planificación y de sus resultados es el jefe. El proceso completo que parte desde los fines que la organización ha fijado, continúa con la determinación de objetivos concretos, prosigue con la planificación de actividades concretas, la ejecución de dichas actividades, el análisis de los procedimientos y la evaluación de los resultados finales, y que concluye con la integración de esa evaluación en un nuevo proceso de planificación y determinación de objetivos, es, en términos amplios, el *control de gestión*.

La relación entre el *control interno*, que es la *dirección de la organización para la ejecución de una acción*, y el *control de gestión*, la *concreción del fin de la organización a través de la planificación*, describe la actividad de una organización y es lo que JIMÉNEZ define como *estructura organizacional*.

Como se ve, la estructura organizacional así definida señala cómo se separan las actividades en etapas, cómo se evalúan, cómo se determinan responsabilidades y quién es capaz de actuar directamente si algo sale mal. No sólo esto; la estructura organizacional también puede fijar normas de procedimiento, legitima la autoridad de quienes ejercen el mando en las organizaciones y fija los criterios mediante los cuales la organización toma sus decisiones. Existe, como se ve, una enorme relación entre el *control interno* y el *control de gestión* con el concepto común de control.

En las organizaciones con un mínimo grado de complejidad, el jefe tiene a su disposición, además, dos sistemas: el *sistema de información* y los *sistemas de control* en sentido estricto.

1. El sistema de información informa a los integrantes de la organización del quehacer de ésta, así como del estado de las relaciones entre las personas que la componen. Los sistemas de información proporcionan antecedentes que retroalimentan la dirección de la organización (*control interno*) y la planificación de las actividades de ésta (*control de gestión*), para modificar, si es necesario, los objetivos y los planes sobre la marcha, de acuerdo con las *capacidades reales* de la organización. Esto permite mantener objetivos realistas, lograr resultados y minimizar los riesgos de que las cosas no salgan como se espera.
2. Los sistemas de control, en tanto, son órganos especialmente dedicados a supervisar *la actividad* de la organización. Estos órganos especializados son los que ejercen el control como se

entiende normalmente: separan los procesos en etapas controlables, las evalúan, asignando responsabilidades respecto de sus resultados, detectan cualquier desviación de los resultados esperados, e informan al jefe, para que sea él quien intervenga directamente en las etapas cuyos resultados están bajo las expectativas y sugiriéndole, además, cursos de acción.

Estos dos sistemas actúan constantemente y proporcionan al jefe información valiosa que servirá para optimizar el funcionamiento de la organización, ya sea en lo relativo a su personal, a su estructura o a sus procedimientos. Cuando las circunstancias externas (incremento de los riesgos) o internas (conflicto interpersonal en la organización) empeoran, la organización puede abandonar un plan, forzando su revisión o eliminación. A la inversa, cuando las circunstancias del ambiente externo o interno mejoran, las capacidades de la organización se verán fortalecidas y ella podrá desarrollar nuevas actividades, o ampliar las ya planificadas.

El jefe debe tener el liderazgo suficiente para conducir este proceso y las herramientas para ello. Es así como, por ejemplo, los conflictos interpersonales pueden ser eliminados mediante sanciones, o la expulsión de los involucrados para mejorar el clima laboral. De esta forma, los empleados se comprometen, y los resultados se mejoran.

Todo esto requiere, a su vez, que los sistemas de información y control funcionen correctamente. Estos sistemas deben cumplir, en toda organización eficiente, con los siguientes requisitos.

1. Deben ser suficientes. No pueden haber áreas relevantes, en ninguna organización, exentas de control.
2. Deben ser flexibles. Los controles deben ser capaces de evolucionar y crecer a medida que la organización lo hace, mejorando conforme hay nuevas tecnologías, mejores leyes o nuevos procedimientos disponibles.
3. Tienen que respetar las líneas de autoridad. El contralor no puede administrar, porque quien responde por el control no es él, sino que el jefe. El sistema de control debe respetar la línea de autoridad establecida en la organización.
4. Deben ser coherentes. La respuesta ante una catástrofe exterior o ante un conflicto interno ha de ser diferente, proporcionada y criteriosa, lo que requiere un grado elevado de comunicación entre el sistema de información, el sistema de control, y la organización.

5. Deben ser económicos. El costo del control debe ser inferior al costo del riesgo que con él se pretende evitar. Sin embargo, puede haber situaciones en las que no deberán escatimarse recursos, como la protección de la vida de los operarios, o, en el caso del Estado, el respeto al principio de juridicidad, como se verá en su momento.

### **1.2.1. El control interno.**

El control interno es lo que permite, ante cualquier conflicto entre la estructura humana y la estructura formal, imponer la voluntad y los fines de la organización, fines que se descomponen en objetivos específicos y planes detallados, los que a su vez están compuestos de actividades concretas, plazos fijos, recursos disponibles o cuya disponibilidad se espera, así como de finalidades que se esperan de ellos.

MAUTZ y JIMÉNEZ sostienen que el control interno comprende, como señaláramos, todas las herramientas que tiene la organización para imponer la voluntad de la organización sobre la voluntad de las personas que forman la organización en un momento dado, o, simplificando al absurdo, todas las herramientas que los jefes pueden usar para mantener el control sobre sus empleados. JIMÉNEZ, esquemáticamente, divide el control interno en seis elementos.

1. Estructura organizacional. Es el patrón de relaciones entre las unidades o partes de una organización, expresadas en términos de poder, jerarquía u otras variables. La estructura organizacional es, en definitiva, lo que:
  - a) Define las relaciones de autoridad y responsabilidad dentro de la organización.
  - b) Asigna a distintos funcionarios la responsabilidad sobre una parte determinada de un proceso productivo, dividido con anterioridad por el sistema de control.
  - c) Asegura la existencia de instrumentos apropiados de organización.
2. Normas de autorización, procedimientos de ejecución y registro. Consisten en las normas de procedimiento de la organización.
  - a) Normas de autorización: Asignan competencias a cada miembro de la organización, definiendo los procedimientos, las formas y los momentos en que un funcionario puede actuar válidamente, en representación de ésta. Estas normas pueden ser:

- 1) Normas jurídicas. Todas las organizaciones deben obedecer la ley vigente, los reglamentos, circulares y normas de carácter general que les sean aplicables, en cuanto a su estructura y competencias.
- 2) Normas internas. Cada organización tiene sus propios manuales de procedimiento, que deben ser seguidos y estudiados por quienes llegan a ella. A esto se suman instrucciones y reglamentos internos que fijan competencias y procedimientos.
  - b) Procedimientos de ejecución. Fijan los pasos que deben ser seguidos por los empleados al momento de ejecutar una tarea, que están recogidos en manuales de procedimiento y en reglamentos.
  - c) Procedimientos de registro. El registro corresponde a la consignación de las operaciones contables de la empresa. La base para el análisis financiero posterior es, precisamente, el establecimiento de normas contables claras, por lo que los procedimientos de registro deben ser coherentes con las normas de contabilidad generalmente aceptadas y con las normas jurídicas sobre la materia.
3. Sistemas de archivo. Son sistemas que registran las actuaciones de la organización, y son útiles a la hora de reconstruir las actividades realizadas.
4. Prácticas adecuadas. Son normas cuya fuente es la costumbre, y que son recomendaciones para una gestión más eficiente. Las «guías de buenas prácticas» emitidas por los servicios buscan estandarizar estos comportamientos. Los sistemas de control pueden exigir el cumplimiento de estas guías o incorporarlas a la evaluación de cada etapa.
5. Personal. Un elemento importante del control interno es tener personal que se ajuste a la descripción de los cargos que se hace en el organigrama, y que esté permanentemente capacitado. Toda la política de personal es una herramienta de control interno:
  - a) Políticas de selección de personal. Involucra la descripción de los cargos, el proceso de selección del personal, y el procedimiento de evaluación.
  - b) Política de ascensos, sanciones y despidos.
  - c) Política de remuneraciones y beneficios sociales para los empleados, como vacaciones, seguros y actividades de extensión.
  - d) Organización de sindicatos.

6. Acción directiva ética. Es un componente moral que motiva a los funcionarios a ceñirse a las normas de la organización y no contravenir la ley. Involucra, además de la obligación de respetar la ley vigente, el respeto al principio de probidad.

Estos seis elementos resumen, esquemáticamente, las herramientas que tiene un jefe para decir a un empleado qué, cómo y por qué debe desempeñar una tarea, así como lo que puede hacer y lo que no, y están presentes en todas las organizaciones, de una u otra forma. Como veremos, la evaluación y la auditoría del control interno se refiere al examen de cómo operan estos elementos, de cuyo funcionamiento es responsable último el jefe de la organización.

### **1.2.2. El control de gestión.**

Como hemos dicho, la movilización de las personas que forman una organización para ejecutar tareas no sirve de nada si las tareas mismas a realizar no están claras. El control de gestión consiste, precisamente, en la definición de las actividades que se van a realizar a partir de los fines de la organización, conjuntamente con la evaluación del ciclo productivo, su mejora y optimización. ANSARI dirá al respecto que «los sistemas de control de gestión consisten en todas las estructuras organizacionales, procesos y subsistemas diseñados para incentivar el comportamiento que alcance los objetivos estratégicos de una organización al más alto nivel de rendimiento, con la menor cantidad de consecuencias no deseadas y de riesgo para la organización»<sup>13</sup>.

El control de gestión busca, conjuntamente con determinar las actividades a realizar para cumplir los objetivos estratégicos de una organización, la optimización constante de las estructuras físicas, los procedimientos y los procesos productivos, para lograr mejor los fines de la organización y eliminar el riesgo de que las cosas no salgan bien. Todo esto redundará en un mejor comportamiento de la organización para operaciones futuras, la mejora de sus capacidades y el aumento de la complejidad de sus planes, y es un proceso cuya composición ya hemos esbozado.

#### **1.2.2.1. Fin y objetivos de la organización.**

El primer paso del control de gestión es la determinación apropiada del fin de la organización, que no es otro que el que se persiguió cuando ésta fue creada. De este fin, que es el que guiará

---

<sup>13</sup>ANSARI, S. (2004) *Systems Theory and Management Control*. Teaching note [En línea] (<http://faculty.darden.virginia.edu/ansaris/systems%20theory%20and%20mcs-tn.pdf>). La traducción es mía.

todo el accionar de la organización, se extraen objetivos específicos, que, según SASTRE PELÁEZ, responden a «las metas o fines particulares de los distintos grupos de interés que constituyen [la organización]»<sup>14</sup>. Como se ve, mientras los fines son prístinos, los objetivos responden a visiones particulares, que son las que tienen las personas que conforman la organización, o, por lo menos, quienes ocupan posiciones directivas dentro de ellas.

Cada organización suele consignar en forma escrita sus fines y sus objetivos, así como su misión y su visión. Esta declaración, que en sí misma es una base del control de gestión, sirve de base a la posterior planificación de actividades de acuerdo a los fines, o *planificación estratégica*.

#### **1.2.2.2. Planificación estratégica.**

JIMÉNEZ define la planificación estratégica como «el conjunto de procesos a través de los cuales se conduce a la organización desde una situación presente dada a una situación futura mejor que la actual»<sup>15</sup>. La planificación se convierte en estratégica en la medida en que busca cumplir con el fin de la organización.

Los planes de una organización consideran los resultados pasados, además de las condiciones externas favorables (oportunidades externas) o desfavorables (amenazas externas), las capacidades actuales de la organización (fortalezas internas) y los conflictos entre las personas que la componen (debilidades internas). La planificación, además, debe comprender el control interno de la organización y los datos entregados por los sistemas de información y control, ya que será este control interno el que convertirá los planes en acciones concretas. Estos planes se expresan mediante cronogramas, con metas de avance y objetivos concretos<sup>16</sup> para cada una de ellas.

La planificación debe tener en cuenta las capacidades de la organización, que no sólo son organizativas, sino que también son materiales. La cuantificación de estas capacidades es, a grandes rasgos, el *presupuesto*, y es una parte vital en la planificación propiamente tal.

---

<sup>14</sup>SASTRE, F. (2002) *La empresa es su resultado: el beneficio editorial y la contabilidad del conocimiento*. Tesis Doctoral, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, España, [En línea] (<http://www.eumed.net/tesis/2006/f1sp/>).

<sup>15</sup>JIMÉNEZ (1996) *Control de Gestión, op. cit.*, pág. 90.

<sup>16</sup>Un mecanismo para realizar esto es la carta Gantt, que es una herramienta gráfica que muestra la cantidad de tiempo que se dedicará en una o en varias tareas específicas como líneas sobre un gráfico, cuadriculado con unidades de medida. Ella es un requisito exigido en las bases de licitación de las obras concesionadas, y permite la visión rápida de los puntos de avance por el inspector fiscal, para un mejor control. Véase la página 236.

### 1.2.2.3. Presupuestos.

La planificación estratégica tiene en cuenta los recursos de la organización, que deben ser cuantificados a través de procedimientos que caen en la esfera del control interno, como los procedimientos contables. La cuantificación de los recursos de que dispone la organización, tanto desde el aspecto económico como organizacional, para la realización de un plan específico, es el presupuesto, en un sentido amplio. En un sentido restringido, el presupuesto se constriñe a la cuantificación de los recursos económicos necesarios para la ejecución de un plan, que parte sólo de información contable, cuantitativa y proyectada.

Así los definirá JIMÉNEZ, al decir que los presupuestos son la «cuantificación de un plan estratégico con la finalidad de ser una herramienta iuformacional para la adopción de la decisión de su puesta en marcha y además, para servir de elemento base en el control del cumplimiento de dicho plan»<sup>17</sup>. Los presupuestos constituyen información de carácter contable, cuantitativa y proyectada, referida a un plan estratégico, con el fin de ayudar al proceso de adopción de decisiones entre alternativas de acción sobre las cuales hay información incompleta, reduciendo así el riesgo implícito en el proceso decisional, y permitiendo el posterior control de la gestión empresarial y del logro del alcance de las metas establecidas.

Para tener un presupuesto, será necesario que la organización tenga un sistema contable, lo que, en prácticamente todos los casos, es no sólo un requisito de orden para una organización, sino que es una exigencia jurídica necesaria para el cálculo del patrimonio de una organización, y de los impuestos que deberán pagarse por ese patrimonio<sup>18</sup>. Como veremos luego, una de las leyes más importantes que año tras año aprueba el Estado es la Ley de Presupuestos, que viene precedida de todo un proceso de evaluación tendiente, precisamente, a la ejecución eficiente de programas que satisfagan necesidades públicas de manera regular y continua.

<sup>17</sup>JIMÉNEZ (1996) *Control de Gestión, op. cit.*, pág. 128.

<sup>18</sup>El núcleo de esta obligación reside en el artículo 25 del Código de Comercio, que obliga a los comerciantes «a llevar para su contabilidad y correspondencia: 1º El libro diario; 2º El libro mayor o de cuentas corrientes; 3º El libro de balances; 4º El libro coprador de cartas». El Código de Comercio contiene una serie de normas sobre contabilidad que, si bien son muy útiles como referencia, han caído en obsolescencia gracias al artículo 17 del Código Tributario, que no sólo obliga a las personas que deben acreditar renta efectiva a llevar contabilidad, sino que permite al Director Regional del SII modificar las reglas de contabilidad para ajustarse a las disposiciones de Impuestos Internos. Por su parte, las sociedades anónimas y las sociedades reguladas están sujetas a requisitos contables adicionales, impuestos a través de circulares de sus propias Superintendencias y del Servicio de Impuestos Internos.

#### 1.2.2.4. Ejecución de los planes y evaluación.

La planificación estratégica define, como parte de un programa a ejecutar, un calendario con actividades, un plazo para realizar cada una de ellas y un resultado que se espera de dichas actividades. Su ejecución estará a cargo de la organización, que será movida a ello a través del sistema de control interno.

La evaluación origina, junto con la determinación propiamente tal de los resultados de la organización sugerencias para mejorar el proceso productivo de resultados de la organización propiamente tal y para superar las fallas que hubo en la gestión. Si bien la elaboración de estas sugerencias puede estar a cargo de un órgano contralor especializado, el responsable último de su implementación es el jefe, como responsable del control en la organización.

Las acciones de la organización son evaluadas por medio de varias técnicas, que van desde las más simples, como la comparación del resultado obtenido con el esperado, hasta otras más complejas, como el *benchmarking*<sup>19</sup>, la matriz de marco lógico<sup>20</sup> o los análisis de impacto<sup>21</sup>.

#### 1.2.3. Auditoría.

A medida que la organización crece, el control interno y el control de gestión, así como los sistemas de información y control, se harán más complejos. Para que no se vean sobrepasados, todos estos sistemas deben actualizarse, modificarse y crecer a la par de la organización. Esto se hace mediante la *auditoría*, un «control del control».

Básicamente, hay dos maneras de hacer auditoría. Una de ellas consiste en que la organización misma evalúe sus esquemas de control interno y su gestión, determinando ella misma las reformas a ambos sistemas que deben ser realizadas. La otra, en tanto, consiste en que un ente externo a la organización misma verifique la gestión productiva de aquella y su integridad como organización, revisando las relaciones que existen entre las partes de la misma y cómo los mecanismos de control

---

<sup>19</sup>El *benchmarking* es la comparación de la actuación realizada con una actuación modelo reconocida por obtener los mejores resultados. Este el modelo que se ha escogido para supervisar las nuevas bases de licitación, según la Ley 20.410. Véase al respecto MORANDÉ, F. (2009) Concesiones de obras públicas: aspectos institucionales. En DOMPER, M., director *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978-956-718-332-6. – Capítulo 2.1, pág. 45.

<sup>20</sup>Véase la Evaluación de Programas Gubernamentales en la página 131.

<sup>21</sup>Véase la Evaluación de Impacto de los programas gubernamentales, en la página 132.

de gestión pueden ser mejorados. La primera de estas formas es la *auditoría interna*; la segunda, la *auditoría externa*.

### **1.2.3.1. Auditoría interna.**

El MANUAL LATINOAMERICANO DE AUDITORÍA EN EL SECTOR PÚBLICO dice que la auditoría interna «es el examen objetivo, sistemático y profesional de las operaciones financieras o administrativas, efectuado con posterioridad a su ejecución, como un servicio a la gerencia por personal de una unidad de Auditoría Interna completamente independiente de dichas operaciones, con la finalidad de verificarlas, evaluarlas y elaborar un informe que contenga comentarios, conclusiones y recomendaciones»<sup>22</sup>. La auditoría cumple con dos grandes roles en las organizaciones.

1. Verifica la integridad patrimonial de la organización, revisando sus operaciones financieras y contables, y contrastándolas con la realidad. Esto, en conjunto con revisar la efectividad de la acción de la organización. Este es el sentido tradicional de la auditoría, denominado auditoría financiera.
2. Mide y evalúa la efectividad de todos los controles en la organización, determinando cuáles controles interfieren con el devenir normal de la organización y qué mejoras pueden hacerse.

La auditoría interna examina, desde una posición independiente de la jefatura central, el control interno y el control de gestión. En las grandes organizaciones no sólo hay unidades de control autónomas, sino que existen unidades de auditoría interna especializadas.

### **1.2.3.2. Auditoría externa.**

La auditoría externa, por su parte, es en «un examen crítico y sistemático, el cual se encuentra debidamente detallado, que se le realiza a un sistema de información empleado por cualquier tipo de empresa»<sup>23</sup>. La auditoría externa se centra en el examen de la información contable, de metas y

---

<sup>22</sup>INSTITUTO LATINOAMERICANO DE CIENCIAS FISCALIZADORAS (1981) *Manual Latinoamericano de Auditoría Profesional en el Sector Público*. 3.<sup>a</sup> edición. [En línea] (<http://www.asofis.org.mx/novedades/manual%20olacefs.pdf>).

<sup>23</sup>GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN (2009) *Auditoría Externa: un análisis sistemático y crítico de la compañía*. Internet [En línea] (<http://www.gestionyadministracion.com/auditoria/auditoria-externa.html>).

de resultados que la empresa le entrega al auditor, y es realizada por sujetos provistos de fe pública, y, en todos los casos, regulados por ley<sup>24</sup>.

La auditoría externa se centra, principalmente, en la revisión de los balances contables de la organización. Sin embargo, se pueden encargar auditorías externas de gestión, que evalúan la gestión de una organización basándose en modelos de gestión mundialmente aceptados, como la norma ISO 9001:2009<sup>25</sup>. Las sugerencias aquí realizadas deben ser implementadas por la jerarquía de la organización para poder cumplir con el *standard* de gestión que se pretende.

### **1.3. Recapitulación.**

El sentido común sobre lo que es el control, como se aprecia, reúne en sí tanto la inspección o vigilancia como la potestad de dominio o mando. Estas dos potestades, en la organización, adquieren una naturaleza diferente. Por una parte, en un sentido amplio, la gestión de las organizaciones se basa en la interacción entre dos mecanismos de control, el control interno, que involucra los mecanismos que tiene el liderazgo para impulsar la ejecución de un proyecto, y, por otro, el control de gestión, basado en la planificación estratégica de la organización para cumplir sus fines y en la evaluación que se tiene de dicha planificación. Esto se refuerza por la existencia de dos sistemas anexos, el sistema de información y el sistema de control, que informan a los responsables del control interno y del control de gestión de la marcha de los procesos en la empresa. El responsable último de ambos es el líder de la asociación.

Este concepto de control reúne el diseño de actividades concretas para ser ejecutadas, y, por otra, la movilización de las personas que componen la organización para ejecutar las actividades que han sido diseñadas. Por su parte, las unidades de auditoría interna revisan tanto la corrección del

---

<sup>24</sup>El artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a las juntas de accionistas de todas las sociedades anónimas la obligación de nombrar anualmente «dos inspectores de cuentas titulares y dos suplentes, o bien auditores externos independientes, con el objeto de examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros, debiendo informar por escrito a la próxima junta ordinaria sobre el cumplimiento de su mandato». Estos inspectores, además, están facultados para revisar el control interno y de gestión de la sociedad anónima, e informar de los hallazgos a la junta de accionistas. Por su parte, el artículo 52 de esta misma ley impone a la junta de accionistas de una sociedad anónima abierta la obligación de designar auditores externos independientes para esta tarea, para el examen de los balances contables, y les permite designar inspectores de cuentas cuya única función, esta vez, será el examen del control interno y de gestión. Estos auditores e inspectores tienen el derecho a concurrir a las juntas de accionistas, en las cuales tendrán derecho a voz pero no a voto, y están regulados por el Reglamento de Sociedades Anónimas y por la Superintendencia de Valores y Seguros, dejándose expresa constancia en la ley de que los responsables últimos del control no son los auditores, sino que los propios accionistas (Artículo 54, Ley de Sociedades Anónimas)

<sup>25</sup>Esta es la norma utilizada por el Programa de Mejoramiento de la Gestión Avanzado, seguido por el Gobierno de Chile. Sobre ISO y la vigencia relativa de las normas técnicas, véase la página 306.

sistema de control interno como la planificación realizada del control de gestión, junto con evaluar los resultados de los programas una vez ejecutados y otorgar sugerencias al respecto. PEREL dice, al respecto, que el control es «una de las partes de un sistema de flujo continuo que no tiene comienzo ni final, una tarea de administración que consiste en adoptar decisiones sobre el futuro y el presente, en función de datos del pasado».

El concepto de control aplicado a una organización, adquiere las siguientes características.

1. De ser una simple revisión de procesos acompañada de la facultad para intervenir directamente en ellos, el control pasa a ser la base para la actuación de la organización.
  - a) El sistema de control interno de la organización representa la cadena de transmisión de la voluntad organizacional a través de las partes de ésta.
  - b) El sistema de control de gestión, en tanto, guía el proceso transformativo de la realidad de la organización, desde la definición de sus fines hasta la planificación, realización y evaluación de sus acciones.
  - c) Ambos sistemas son evaluados por los sistemas de control, representados por las unidades de auditoría interna. Ellas intercalan controles en los procesos, que son los que cumplen con los requisitos del control, en sentido estricto.
    - 1) Objeto controlado, sujeto controlador. El sujeto controlador es el jefe de la Unidad especializada en el control, mientras que el objeto controlado pasa a ser un proceso determinado, una estructura concreta, o una gestión.
    - 2) Hecho medible a controlar. El auditor evalúa el proceso o la estructura, lo que, en ambos casos, constituye un proceso dinámico.
    - 3) Patrón de comparación. El auditor tendrá a su disposición modelos con los cuales comparar la gestión o el control interno de la entidad, como el *benchmarking* o los estándares de gestión internacionalmente aceptados.
    - 4) Medio que permite corregir la realidad para ajustarla a lo esperado. El contralor casi nunca tiene potestades directas de corrección, pero puede hacer sugerencias al jefe, quien será el responsable de la implementación de las medidas propuestas.
    - 5) Regla de retroalimentación. En las organizaciones, esto está dado por los sistemas de información, que suministran de información valiosa al responsable del control.

2. Los conceptos que componen la idea de control se mantienen, pero a la vez, se transforman.

a) La medición y comprobación de los procesos ocurre respecto de varios aspectos y en varios niveles.

1) En el nivel operativo, los procesos se separan, diseñándose controles e indicadores de información que van al final de cada proceso. La conducta de los sujetos controlados es supervisada, ya sea mediante controles automáticos o a través de la intervención de terceras personas. El responsable de esta evaluación *in situ* es el jerarca de la organización.

2) En un segundo nivel, tanto el control interno como el control de gestión son revisados por la Unidad de Auditoría Interna de la organización. Esta Unidad analiza tanto los resultados y la efectividad en la ejecución misma de los procesos, como los problemas que existen en la organización, para luego informar al jefe de la organización, quien será el responsable de realizar los cambios necesarios en la organización, desvincular o contratar personal, y ajustar de forma conveniente la planificación estratégica.

3) En un tercer y último nivel, otros órganos independientes de la organización realizarán auditorías externas, que revisarán los controles de gestión, la contabilización, y el control interno, para luego formular sugerencias desde afuera al jerarca de la organización.

b) La intervención directa para mantener la actividad controlada dentro de los parámetros deseados se convierte, a su vez, en:

1) La posibilidad de recabar toda la información necesaria para medir y comprobar los procesos, si se requiere, aun en contra de la voluntad de quienes componen la organización. Esto aparece consagrado en el organigrama, o, como veremos luego, en leyes.

2) La facultad de tomar medidas directas. Aquí aparecen:

*a'* La interpretación con fuerza obligatoria de las normas internas.

*b'* La emisión de órdenes particulares y de reglas generales.

*c'* La imposición de medidas cautelares y restauradoras de la situación establecida por la norma al objeto o sujeto controlado.

3. El control depende del fin de la organización, que mediante la planificación estratégica y por la acción del líder de la organización, se divide en objetivos más acotados. El control no sólo debe obedecer al fin último de la organización, sino que a los objetivos así fijados.

Los dos pilares del control en las organizaciones comunes y corrientes, como se ve, son el *control interno* y el *control de gestión*. Será la interacción entre ambos sistemas, desarrollada a través del liderazgo de la organización, evaluada por las unidades de auditoría interna y, en última instancia, por las auditorías externas, lo que produzca los resultados de la organización. Ellos no ocurrirán sin la colaboración de cada uno de los integrantes de la organización, ni sin una planificación adecuada de lo que se va a hacer. Esto es aplicable para *todas* las organizaciones: aun el Estado tiene un control interno y un control de gestión.

No obstante lo anterior, el Estado tiene una importantísima diferencia con una empresa privada: su actividad implica la generación de normas jurídicas que, en algunos casos, pueden ser aplicables al conjunto de la ciudadanía, algo que jamás podría ser hecho por una empresa privada. Esto, y el fin supremo del Estado, justifican la imposición de dos tipos adicionales de control: un *control de juridicidad*, que consiste en la revisión del apego sustantivo de las normas jurídicas generadas por el Estado a la Constitución y al Derecho vigente, y un *control democrático*, que revise cómo las decisiones del Estado se legitiman en la población, a la que el Estado dice representar y en cuyo nombre gobierna.

Por eso, al ser el Estado una organización, y al tener tales fines, una visión del control estatal que sólo comprenda el control de juridicidad y el control democrático, y que desprecie el control interno y el control de gestión, o viceversa, es necesariamente incompleta. Esto se vuelve aún más evidente después de la introducción positiva de ciertos principios que requieren una comprensión integral del control, como lo son el principio jerárquico, la transparencia, la probidad, la servicialidad, la eficiencia, la eficacia y la agilidad administrativas.

Como veremos a lo largo de este trabajo, el control interno y el control de gestión tienen profundas bases constitucionales, y, al estar subordinados a los fines de la organización en que se aplican, deberán, al aplicarse al Estado, subordinarse a los fines de éste, fines que tienen una mucho mayor profundidad de los que pudiere tener cualquier fundación, organización comunitaria o empresa con fines de lucro. Estos cuatro controles forman la base de lo que aquí llamamos *principio de control administrativo*, el control de la Administración del Estado, como veremos a lo largo de esta obra.

## Capítulo 2

# El Estado.

El Estado, entre todas las organizaciones, la más importante. Según la CONVENCIÓN DE MONTEVIDEO SOBRE DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS, un Estado independiente<sup>26</sup> se caracteriza por tener una población permanente; un territorio determinado; por poder imponer la fuerza y sus normas jurídicas en su territorio, con carácter monopólico, a plenitud; y por la capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados. El cumplimiento de todos estos requisitos es la base de la definición que el DICCIONARIO entrega del término «Estado»: el «conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano», entendiendo «país» como una «nación, región, provincia o territorio». Los Estados son la organización que se dan a sí mismas las «naciones», un «conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común», para autodeterminarse.

El Estado es, al mismo tiempo, un conjunto de personas autodeterminadas que se da normas propias para poder vivir y una organización que tiene el monopolio del uso de la fuerza sobre esas personas. Por ende, hay diferencias profundas entre el Estado y el resto de las organizaciones. El dominio sobre un territorio determinado, que las organizaciones comunes dan por sentado, debe ser asegurado precisamente por el Estado, reconocido por la comunidad internacional y reafirmado mediante la acción de instituciones estatales que convierten ese dominio en una situación real.

Mientras las personas tienen una relativa libertad para entrar y salir de una organización cualquiera, o de un grupo de personas cualquiera, es complejo adquirir o renegar de una vinculación jurídica con el Estado, lo que se llama «nacionalidad». Por su parte, mientras la capacidad jurídica para

---

<sup>26</sup>Artículo 1º, Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados.

actuar y relacionarse con otros que tienen las organizaciones comunes, que en su caso está definida por normas jurídicas, en los Estados está dada por la declaración de independencia y por el reconocimiento de la comunidad internacional.

Estas diferencias también afectan a los sistemas de control. LOEWENSTEIN clasifica a los estados, de acuerdo con los fines que se han fijado, en dos tipos: las autocracias y los Estados democráticos de derecho. Los principios de control sólo aplican de forma real en los últimos.

## **2.1. El estado autocrático.**

Las autocracias se basan, orgánicamente, en la obediencia al líder, y tienen, como finalidad, una que oscila entre el beneficio propio del patrimonio del líder (estado autocrático puro, *cleptocracia*), y la transformación del mundo mediante una filosofía universal que gobierna todos los aspectos de la vida de sus habitantes (estado totalitario). El bien común de su población no es un objetivo; las finalidades de estos estados pueden cumplirse perfectamente, sobre todo en el primer caso, sin sistemas de control. En estos Estados es frecuente la militarización de la sociedad y, en muchos casos, el culto a la personalidad del líder.

Las autocracias se diferencian así de los estados democráticos de derecho, donde el respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana es un valor central que está por encima del líder, que es un simple gobernante de turno. Los Estados democráticos de derecho usan como técnica la Constitución, que cumple la tarea de separar el poder mismo de la persona de quien lo ejerce, abstrayéndolo, lo que legitima la acción de órganos independientes del poder del líder. Estos órganos revisan entre sí sus actuaciones a través de *frenos y contrapesos*, y pueden perfectamente destituir a sus líderes en casos extremos. Estos estados, además, tienen la posibilidad de remover a los detentadores del poder a través de un mecanismo normal e indoloro, las elecciones, que no sólo no afectan la institucionalidad, sino que la refuerzan.

La despersonalización del poder es esencial para asegurar la independencia de quienes controlan respecto de quienes ejecutan las acciones, un requisito esencial de los órganos contralores, en sentido estricto. Por eso, no sólo los controles de juridicidad y los democráticos son privativos de los Estados democráticos de derecho; también las auditorías e incluso la naturaleza de los controles interno y de gestión.

LOEWENSTEIN sostiene que ambas clases de Estados se diferencian a través de sus procedimientos. El estado democrático de derecho tendrá elecciones democráticas con pluralismo real, donde todos los ciudadanos tendrán la posibilidad de presentar sus propuestas y de ser electos; tendrá asambleas, donde se discutirán las decisiones políticas, y estará dotado de una burocracia. En cambio, las autocracias se organizarán sólo por razones de división del trabajo, donde el control y la eficiencia dependen de los caprichos del líder y del fanatismo respecto de la idea central que guíe al estado. Naturalmente, cuando el líder no da importancia a la eficiencia, el Estado se repleta de aduladores del dictador y se desploma.

En la autocracia, al no haber una separación entre el líder y el Estado como institución, no es posible la existencia de órganos de control independientes de ningún tipo, salvo aquellos mecanismos que impongan a la población la obediencia al líder –léase, policías políticas y los mecanismos de control social tan propios de las dictaduras–. No hay planificación o evaluación posible, ya que los caprichos del líder pueden dar al tacho con cualquier plan, y las evaluaciones son poco creíbles porque los sistemas de información sólo buscan complacer al líder. Todo esto convierte a la auditoría en una tarea imposible, lo que trae, como lógica consecuencia, que los estados autocráticos en general tengan cifras abismales de desarrollo humano y sean mucho menos eficientes que las democracias<sup>27</sup>.

LOEWENSTEIN reconoce que no existen ni autocracias puras, ni democracias puras, ya que los Estados están en una permanente evolución. La gran diferencia entre las autocracias y los Estados sociales y democráticos de derecho está representada, precisamente, por la despersonalización del poder, en un sentido amplio, y por la existencia de mecanismos de control, en sentido restringido.

## **2.2. Los fines de los Estados democráticos de derecho.**

Los Estados democráticos de derecho, como ya se ha dicho, se caracterizan porque el ejercicio del poder en ellos está disociado de una persona en particular. Esto se logra a través de la teoría de la *separación de poderes* de MONTESQUIEU, que dará origen al constitucionalismo y que será perfeccionada en años posteriores. Los fines de estos Estados no consisten en beneficiar a su líder, sino que en el beneficio y el máximo desarrollo de las potencialidades de cada una de las personas

---

<sup>27</sup>Véase HALPERIN, M., SIEGLE, J. y WEINSTEIN, M. (2005) *The Democracy Advantage: How democracies promote prosperity and peace*. Open Society Institute [En línea] ([http://www.soros.org/initiatives/washington/articles\\_publications/publications/halperin\\_20041217/ch1.pdf](http://www.soros.org/initiatives/washington/articles_publications/publications/halperin_20041217/ch1.pdf))

que habitan en el Estado, lo que implica el pleno respeto a los derechos fundamentales. Esto, que se conoce como *bien común*, es la finalidad de este tipo de Estados.

El Estado democrático de derecho se sustenta en el reconocimiento de estos derechos fundamentales, que tienen como fundamento el hecho de que el ser humano es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser usado para otro fin. Por eso, el Estado democrático de derecho también reconocerá la diversidad y estimulará la participación de los ciudadanos en la generación y el ejercicio del poder.

Estos altos fines exigen a quien detenta el poder la obediencia a una institucionalidad que escapa a él y que está impresa en un texto, la Constitución, que no es sino el reflejo de la forma de vida del pueblo. Esta Constitución legitima la acción del propio Estado y es el instrumento por medio del cual los derechos fundamentales y los tratados internacionales que los regulan son reconocidos.

Los derechos fundamentales tienen dos fundamentos principales, uno, iusnaturalista y religioso, y el otro, consensual. Más allá de las creencias que se tengan, el consenso respecto de su existencia ha surgido luego de procesos históricos dolorosos, como la Segunda Guerra Mundial, por lo que no son cuestionados, y son protegidos mediante el Derecho Internacional y los sistemas de justicia internacionales.

La obediencia a la Constitución por parte del Estado y el respeto a los derechos fundamentales, sumado al reconocimiento explícito a la posibilidad de disentir y a la limitación del poder, provoca que las personas se sientan identificadas con el Estado del cual forman parte, legitimando entre ellas las decisiones que toma el Estado. CRUZ VILLALÓN nos dirá que «la conexión de sentido de los derechos fundamentales es la Constitución; los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución». La Constitución, como estructura, impide la arbitrariedad por parte del Estado, hace posibles los derechos fundamentales, y es la base de la comprensión del sistema de control del Estado como uno basado en cuatro pilares fundamentales<sup>28</sup>.

BASSOLS COMA sostendrá que el concepto de Estado de Derecho ha pasado por una constante reformulación, que involucra una progresión en la comprensión de los derechos fundamentales a través del tiempo. Esto puede sintetizarse de la siguiente forma<sup>29</sup>:

<sup>28</sup>CRUZ VILLALÓN, P. (1989) Formación y evolución de los Derechos Fundamentales. En Revista Española de Derecho Constitucional, 9, Nr. 25.

<sup>29</sup>BASSOLS COMA, M. (1978) Los principios del estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución. En GARRIDO, F., director *Organización y régimen jurídico de la Administración Pública en la Constitución*. [En línea] ([http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978\\_087\\_133.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978_087_133.PDF)).

1. Estado liberal de derecho. Se demistifica el poder del monarca, se despersonaliza el poder, y se crea la primera versión de la separación de funciones: la división del poder en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Junto con ello, la arbitrariedad del monarca es sobrepasada por la idea del imperio de la ley, y la obediencia a la ley del soberano. En esta etapa:
  - a) Se reconocen el derecho a la libertad personal, la propiedad y la seguridad, junto con reconocer a los particulares el derecho a exigirlos del Estado.
  - b) Desaparecen las diferencias formales entre las personas. Todas las personas son iguales ante la ley, tanto en su facultad para participar de los cargos públicos, como en la posibilidad que tienen de ser sancionados por sus actos.
  - c) Nacen dos facultades esenciales del control democrático:
    - 1) La facultad de verificar por sí mismos o por intermedio de sus representantes la necesidad de las contribuciones al erario público<sup>30</sup>. Ya en esta etapa hay un reconocimiento tímido a la idea de transparencia de la función pública.
    - 2) El derecho de pedir cuentas a los funcionarios públicos sobre su administración<sup>31</sup>.
2. Estado social de derecho. Se agrega a la libertad formal la idea de igualdad material, como correctora de la libertad. Esto se traduce en:
  - a) La determinación de una serie de necesidades básicas de las personas que son requisito para el ejercicio de su libertad. Estos son los Derechos Económicos y Sociales, como el derecho al trabajo, a la educación, a la protección de la familia y de la infancia, y el derecho a la vivienda.
  - b) El reconocimiento, más tarde, de derechos de mantenimiento de la libertad ante cualquier imprevisto, así como de derechos de mejora. El primer caso corresponde a la Seguridad Social; el segundo, la idea del desarrollo ulterior de la condición humana. Todos estos derechos reconocen un contenido esencial, que debe ser respetado<sup>32</sup>.
3. Estado democrático de derecho. Se renuncia a la idea de que es posible un Estado de derecho sin la democracia. En esta etapa:

---

<sup>30</sup> Artículo 14, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

<sup>31</sup> Artículo 15, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>32</sup> SANDOVAL, A. (2001) *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción [En línea] (<http://www.alop.org.mx/sites/default/files/desc.pdf>).

- a) La democracia pasa a ser en sí misma un derecho fundamental, a lo menos, en su vertiente representativa. Se introducen nuevas nuevas formas de pluralismo, concibiéndose la democracia como la unión de pluralismo político, participación política y decisión política por parte del pueblo.
  - b) Se conciben nuevos derechos fundamentales, los Derechos de los Pueblos, que se basan en la solidaridad, como lo son el derecho a la paz y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
  - c) La democracia, a su vez, deja de ser concebida como una mera forma de generación de autoridades, pasando a ser un principio. Esto viene aparejado con el empoderamiento de la ciudadanía y la participación ciudadana en los procesos de diseño de las políticas públicas.
4. Estado de justicia. Se caracteriza porque en él los derechos fundamentales tienen una protección directa, que cualquier persona puede invocar por sí misma del Estado.
- a) En una primera fase, esta visión comprende las acciones de amparo de garantías constitucionales.
  - b) En una segunda etapa, se comprende aquí a la jurisdicción internacional de los derechos humanos. Esta jurisdicción supervisa el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los Estados, y, en algunos casos, confiere a los ciudadanos la posibilidad de recurrir directamente.

La Constitución es la estructura que legitima el poder a través de la voluntad popular, permite la renovación constante de los cargos dirigenciales, establece frenos y contrapesos entre los órganos estatales, y permite la división de las tareas, la creación de órganos contralores independientes y la aplicación, en general, de las técnicas de control en el Estado. El constitucionalismo, en suma, hace posible que se logre el objetivo del Estado constitucional: el bien común de todos sus habitantes.

Si bien otros autores antes de él enfatizaron el rol del constitucionalismo para asegurar la democracia, fue LOEWENSTEIN quien vio en el constitucionalismo una estructura, ante todo, que permitía el control. El esquema de LOEWENSTEIN divide el poder entre la *policy determination* (la determinación de las decisiones políticas); *policy execution* (la actividad requerida para ejecutar las decisiones políticas tomadas) y *policy control*, o el control de la ejecución de las decisiones políticas.

### **2.2.1. *Policy determination.***

Las decisiones políticas fundamentales son aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes para la conformación de una nación. La primera función del Estado es determinarlas, puesto que definen, entre otras cosas, su sistema político y su sistema económico.

La toma de estas decisiones requiere, sin excepción, la forma, por lo menos, de una ley. Puede tratarse de una reforma a la Constitución, o bien puede ser una nueva Constitución. LOEWENSTEIN reconoce que la toma de decisiones políticas fundamentales se encuentra radicada en pocas personas, que pueden ser perfectamente los reales detentadores del poder, y, por el contrario, no está en posesión de quienes están legitimados para ocupar tales posiciones. En los regímenes democráticos, el gobierno y el parlamento, ambos, órganos representativos, se distribuyen la toma de la decisión política fundamental.

### **2.2.2. *Policy execution.***

La ejecución de las decisiones políticas fundamentales no debe confundirse con el Poder Ejecutivo tradicional. Las decisiones políticas fundamentales se ejecutan a través de leyes, reglamentos u ordenanzas que desmenuzan los lineamientos principales que la nación ha acordado para sí. Se comprenden aquí algunas leyes, los reglamentos de ejecución de ley que el gobierno dicta, y las sentencias judiciales, en cuanto aplican leyes preexistentes al caso concreto.

A diferencia de las decisiones políticas fundamentales, la ejecución de aquéllas es en sí misma valorativamente neutra. LOEWENSTEIN separa esta función del control que los jueces y el Parlamento ejercen respecto de las decisiones del gobierno. La ejecución de las decisiones políticas corresponde a los tres poderes clásicos del Estado. La Legislatura ejecuta las decisiones políticas fundamentales mediante las mociones parlamentarias que la ejecutan. El Ejecutivo lo hace a través de la potestad reglamentaria, mientras que los Tribunales lo harán a través de la traducción de los mandatos generales contenidos en la norma a soluciones concretas en los casos de conflictos de intereses con relevancia jurídica sometidos a un proceso, o litigios.

### **2.2.3. Policy control.**

El control de la ejecución de las decisiones políticas es el núcleo de la construcción teórica de LOEWENSTEIN. Al respecto, afirma que «si el fin más noble de la sociedad es alcanzar aquel estado que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación con aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político»<sup>33</sup>. LOEWENSTEIN traduce el control estatal en la atribución de diferentes funciones a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que, si bien tienen cierta autonomía para el ejercicio de sus labores, deben cooperar para formar una voluntad estatal común. La cooperación conlleva coordinación y también revisiones mutuas, que son los conocidos frenos y contrapesos. Todo esto con un norte: el cumplimiento de las decisiones políticas fundamentales que la Nación fijó para sí a través de la Constitución.

LOEWENSTEIN distingue en el Estado controles automáticos que se dan por el solo hecho de tratarse de un Estado constitucional, como el acuerdo del Senado para nombrar a un ministro de la Corte Suprema, y controles discrecionales, que constituyen facultades de detentadores del poder que pueden o no ser activadas, como el veto presidencial. Se asigna de esta manera responsabilidad a quien toma la decisión, y, en su caso, se le puede sancionar con un abanico de alternativas que no sólo contempla sanciones civiles o criminales, sino también sanciones puramente políticas, como la acusación constitucional<sup>34</sup>. LOEWENSTEIN distinguirá además entre los controles horizontales, que operan entre los propios órganos estatales, y controles verticales, que son aquellos controles que pueden ser ejercidos por la población respecto de cualquier aparato del Estado, en función de su naturaleza misma como Estado democrático.

## **2.3. Los objetivos del Estado de Chile.**

Como esbozáramos en nuestro primer capítulo, mientras los fines de una organización responden al motivo con el que ésta fue creada, los objetivos consisten, según SASTRE PELÁEZ, en metas y fines particulares de las personas que componen la organización. Algo parecido ocurre con el Estado de

<sup>33</sup>LOEWENSTEIN, K. (1961) *Teoría de La Constitución*. Editorial Ariel, pág. 68.

<sup>34</sup>GONZÁLEZ, J. A. (1965) La idea de Constitución en Karl Loewenstein. En *Revista de Estudios Políticos*, 139 [En línea] ([https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0209/2/material\\_alumnos/objeto/47163](https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0209/2/material_alumnos/objeto/47163)).

Chile, estado que es –en teoría– un Estado social y democrático de derecho, tiene como finalidad el lograr el bien común de todos sus habitantes, proclama respetar los derechos fundamentales y el desarrollo de las personas, contempla sistemas de control y establece un sistema democrático de generación de autoridades. Junto con ello, el Estado de Chile también contiene en su seno objetivos concretos, que responden a los grupos políticos que generaron la Constitución Política de la República de 1980, y a su visión respecto de cómo el Estado debía lograr el bien común.

La actual Constitución de Chile comenzó a gestarse poco después del golpe de estado del 11 de septiembre de 1973. El 11 de marzo de 1974, seis meses después del alzamiento, la Junta de Gobierno emite su Declaración de Principios, donde se dice que «el fin del Estado es el bien común general, definido por la propia Junta de Gobierno [...] como “el conjunto de condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los chilenos alcanzar su plena realización personal”».

El primer artículo de nuestra Constitución da luces sobre los principios que guían a nuestro estado.

Artículo 1°. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

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

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La Constitución de 1980 toma lecciones de las constituciones pasadas de 1833 y 1925, al tiempo que incorpora nuevos derechos fundamentales, mejora la acción de protección de garantías constitucionales, ya introducida en 1970, e innova con un intento de separar ciertas materias en las cuales el Presidente tiene la facultad de dictar reglamentos autónomos, de otras, en donde sólo se puede actuar a través de ley. Esto, entre muchos otros cambios.

Nuestra Constitución contiene decisiones políticas tendientes a forzar a los gobernantes a optar por el sistema neoliberal, lo que se fundamenta, a lo largo del proceso de génesis constitucional, como

una superación del marxismo allendista. El sistema contempla varias salvaguardas para ello, como un derecho de propiedad reforzado y el establecimiento, con rango cuasiconstitucional, de una acción que protege especialmente el derecho de los particulares a emprender, la acción de amparo económico.

Esto ha ido necesariamente de la mano con la interpretación de la Constitución. Una parte importante de los estudiosos, discípulos del ideólogo de la Constitución de 1980, Jaime GUZMÁN, ha ayudado a cimentar la tesis de que el modelo económico neoliberal es parte de la Constitución misma<sup>35</sup>, sobre la base de la interpretación de la Constitución a partir de su historia y de su texto –lo que ha venido en llamarse *interpretación originalista*–. El Estado no sólo tendría, según estos autores, los fines propios del Estado de derecho, sino que además, tendría como objetivo y deber el retirarse progresivamente de todas las actividades para dejarlas a cargo de privados, en la medida en que éstos puedan hacerse cargo de ellas<sup>36</sup>. Este deber es lo que se conoce, en la doctrina de los autores que siguen estas tesis, como *principio de subsidiariedad*.

El fin del Estado, que es el bien común, se desglosa en un conjunto de objetivos que debe ser respetado y que, de acuerdo con la doctrina dominante, forman parte de la Constitución y de la interpretación que ella hace del bien común. Estos fines son, junto con el ya mencionado *principio de subsidiariedad*, el *principio de juridicidad*, que es la exigencia de apego de la acción del Estado a la normativa vigente; el *principio democrático*, que persigue la promoción de la participación ciudadana y la exigencia de procedimientos democráticos de generación de las autoridades; el *principio de probidad y transparencia*; el *principio de servicialidad*, que pone a la gestión del Estado al servicio de la persona humana; y el *principio de control* propiamente tal, que consagra como un objetivo del Estado el mantener sistemas de control que verifiquen el cumplimiento de los demás principios.

---

<sup>35</sup>Cecilia AGÜERO, en su memoria de título *Sobre el principio de subsidiariedad en materia económica*, dirá que «en definitiva, a todo fin una función, esto es, al fin del bien común, una función, la subsidiariedad». AGÜERO desarrolla el principio de estado mínimo de Friedrich VON HAYEK para establecer una trilogía inseparable entre neoliberalismo, subsidiariedad y bien común. De la misma opinión es FERNANDOIS, quien dirá que «La subsidiariedad, en cuanto libertad económica, y libertad económica, en cuanto capitalismo, tiene ya varios autores dispuestos a defender sus bondades culturales y políticas. Dice FONTAINE: “La posición que definiendo concibe el sistema económico-capitalista de mercado como una –no la única, desde luego– de las garantías institucionales de la libertad cultural y política”». FERNANDOIS, A. (2006) *Derecho Constitucional Económico*. 2.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, ISBN 956-14-0841-4, pág. 93.

<sup>36</sup>Ejemplos de esta doctrina son el *principio de especialidad del giro*, que impone una interpretación restrictiva del giro a desarrollar por el Estado empresario, y la exigencia que se hace de ley de quórum calificado para entregar al Estado una actividad económica, que no existe cuando se trata de la derogación de dicha norma y de la privatización de una empresa estatal (STC 134/1991). Véase al respecto *Ibíd.*, pág. 226.

### 2.3.1. El principio de subsidiariedad.

Este principio, de origen católico, consiste, básicamente, en que los grupos superiores de la sociedad deben abstenerse de realizar lo que les corresponde a los inferiores. PÍO XI, al definirlo en la encíclica *Quadragesimo Anno*, sostendrá que «como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos»<sup>37</sup>.

Mientras la Iglesia Católica hizo del principio de subsidiariedad una base orgánica para evitar que los mandos superiores de la Iglesia intervinieran en cada parroquia a menos que fuera estrictamente necesario, GUZMÁN lo vio como una verdadera justificación, con base casi divina, para imponer al Estado la obligación de no intervenir en cualquier asunto público que los particulares pudieran desempeñar apropiadamente. GUZMÁN hará la siguiente lectura de este principio en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, de 1974:

Siendo el hombre el fin de toda sociedad, y emanando éstas de la naturaleza humana, debe entenderse que las sociedades mayores se van formando para satisfacer fines que las menores no pueden alcanzar por sí solas. El ser humano forma una familia para alcanzar fines que no puede lograr solo. Da vida luego a diversas formas de agrupación social más amplias, para lograr objetivos que la familia es incapaz de conseguir por sí. Y llega finalmente a integrar todas esas sociedades intermedias en un Estado, por la necesidad de que haya un orden común a todas ellas que las coordine en justicia, y que asuma las funciones que ninguna de aquéllas podría cumplir directamente.

Ahora bien, dicha realidad marca un límite al campo de acción de cada sociedad mayor respecto de la menor. Si la superior nace para cumplir fines que la inferior no puede realizar sola, si ésta es su justificación, resulta evidente que no le es legítima la absorción del campo que es propio de la menor, y dentro del cual ésta debe tener una suficiente autonomía. La órbita de competencia de la sociedad mayor empieza donde termina la posibilidad de acción adecuada a la menor. Tal idea matriz es lo que da origen al llamado principio de subsidiariedad. En virtud de él, ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores, y, en especial, la familia, como tampoco puede ésta invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana.

---

<sup>37</sup>PÍO XI (1931) *Quadragesimo Anno: Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica*. Ciudad del Vaticano: La Santa Sede [En línea] ([http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html)).

Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado. Respecto al resto de las funciones sociales, sólo puede entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades intermedias que de suyo estarían en condiciones de asumirlas convenientemente, por negligencia o fallas no lo hacen, después de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a que esas deficiencias sean superadas. En este caso, el Estado actúa en subsidio, por razón de bien común<sup>38</sup>.

El principio de subsidiariedad sería una consecuencia directa de la dignidad humana, y representaría la forma mediante la cual el bien común se realiza. No correspondería –según este principio– que las organizaciones mayores, como el Estado, intervengan en las organizaciones menores –como las empresas privadas– sino en la medida en que éstas no puedan satisfacer el bien común. Por eso, debe preferirse, de ser posible, la acción privada a la acción pública. Como visión política, el principio de subsidiariedad fluirá de vuelta a la propia Iglesia durante la década de los 80<sup>39</sup>, y planteará desde allí la vigencia de la subsidiariedad y el principio neoliberal como alternativa a la pérdida de libertad que implicaría el comunismo.

Esta visión está basada en fundamentos filosóficos que le dan una base trascendente a todas las organizaciones humanas. Reflejo de esto es la frase «El Estado *reconoce* y *ampara* a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos»<sup>40</sup>. Los grupos intermedios, anteriores al Estado, tendrían cada uno un fin y una función en la sociedad, que es trascendente, y están dotados de propiedades intrínsecas que no son conferidas por el ordenamiento jurídico, sino que *reconocidas* y *amparadas* desde el mundo de las ideas. Es así como el valor de las empresas, como organizaciones trascendentes y anteriores al Estado, debe ser reconocido, y el Estado, como la organización mayor de todas las que existe, debe, según esta visión, reservar los espacios necesarios para que las organizaciones con fines menores –como las empresas privadas– puedan actuar y desarrollar sus fines libremente.

---

<sup>38</sup>GOBIERNO DE CHILE (1974) *Declaración de principios del Gobierno Militar*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.archivochile.com/Dictadura\\_militar/doc\\_jm\\_gob\\_pino8/DMdocjm0005.pdf](http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf)).

<sup>39</sup>Véase la Encíclica *Centesimus annus* de JUAN PABLO II.

<sup>40</sup>Artículo 1º, inciso 3º, Constitución Política de la República.

Toda esta visión ha servido de fundamento para la confección de una verdadera teoría de cuándo debe intervenir el Estado y cuándo no. Según FERMANDOIS, para que el Estado pueda intervenir en una actividad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos<sup>41</sup>.

1. La intervención del Estado debe producirse en actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general.
2. Debe tratarse de actividades, fines o bienes particulares que los particulares no realicen, o que, si los estuvieren realizando, no lo hicieren a un nivel adecuado.
3. El Estado debe haber agotado todos los esfuerzos para que los particulares asuman tales actividades.

La intervención del Estado, en lo referente a las tareas subsidiarias, debe tender a que los particulares suplan el vacío cuanto antes y en la mayor medida posible, así como también fomentando la descentralización de las soluciones. La intervención debe terminar en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general.

Los particulares tienen varias garantías para protegerse ante los excesos que el Estado cometiere como resultado de no respetar este principio. Al ya mencionado recurso de amparo económico, dotado de una tramitación acelerada y de plazos extendidos para proteger a los particulares de la intervención del Estado en la economía, se suma la teoría del orden público económico como una categoría dotada de un contenido material, y que se encargará, a través de la interpretación de la Constitución y de otras normas jurídicas, de traducir el principio de subsidiariedad en una opción concreta por el sistema económico neoliberal de mercado, y posibilitar su cautela.

El orden público económico, en esta óptica, es definido por AVILÉS como «la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica –públicos o privados– que integran la comunidad, de la manera que ésta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre». Siguiendo a FERMANDOIS, el orden público económico es una noción metanormativa y tiene un contenido material claro definido por el Constituyente de 1980, en el sentido de definir ciertos lineamientos claros en materia económica.

---

<sup>41</sup>FERMANDOIS (2006) *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., págs. 90, 91.

Según Teodoro RIBERA, el orden público económico, ni más ni menos, «tiene por objeto evitar la implementación de un sistema económico basado en la intervención o en la planificación estatal»<sup>42</sup>.

El reconocimiento del orden público económico como principio con un contenido material implica además entregar a los tribunales de justicia las facultades para cautelar que los actos administrativos, e incluso las leyes, ejecuten esta opción económica tomada por la Constitución, facultad que FERMANDOIS ha documentado y denominado *revisión judicial económica*.

A diferencia del resto de los principios aquí reseñados, el principio de subsidiariedad es tremendamente resistido. Implica aceptar un conjunto de decisiones sobre el sistema económico que tomaran la Junta Militar y la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución como partes integrantes de la Constitución. Significa, ni más ni menos, que las opciones ofrecidas a los electores en el sistema político se deben limitar al mantenimiento del *statu quo* o la profundización de la intervención privada en las funciones públicas, llevada adelante a veces desordenadamente y con un motivo no técnico detrás, sino que ideológico. Esto puede verse agravado cuando estos estudiosos constitucionalistas confunden la «intervención» o la «planificación estatal» que se pretendió evitar, que, creemos, es la planificación central de la economía que ocurre en los socialismos reales, con la intervención estatal como control y la planificación estatal como regulación, degenerando todo ello en una verdadera y velada postura anarcocapitalista.

Una postura alternativa ante el orden público económico es la que da el profesor RUIZ-TAGLE, quien afirmará que la interpretación económica sobre la base de los principios del orden público económico y de subsidiariedad obedece a «una perspectiva iusfundamentalista y neoliberal». RUIZ-TAGLE, basado en la historia constitucional de Chile anterior a 1973, y, específicamente, en Gabriel AMUNÁTEGUI, sostendrá que los conceptos de libertad económica y derecho al emprendimiento, así como todo el armazón económico de la Constitución, pueden explicarse sobre principios de igualdades y libertades, por lo que no necesitan de las nociones de orden público económico o de subsidiariedad para un estudio satisfactorio.

Complementando lo anterior, RUIZ-TAGLE afirmará que «el principio de subsidiariedad se considera como relevante para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista. Incluso en este caso, la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino que

---

<sup>42</sup>FERMANDOIS (2006) *Derecho Constitucional Económico, op. cit.*, pág. 75.

una *forma ideológica variable*, sin un contenido claro que intenta servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado»<sup>43</sup>.

La discusión sobre la vigencia del principio de subsidiariedad y sus consecuencias en materia económica y jurídica exceden con mucho el ámbito de este trabajo. Sin embargo, sus consecuencias en el ámbito de las concesiones de obra pública no son menores. Existieron disposiciones en la Ley de Concesiones de Obras Públicas que provenían directamente de este principio, como la prohibición que se hace al Estado para continuar una obra concesionada como obra pública en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, prohibición que recién es derogada con la Ley 20.410<sup>44</sup>. El principio de subsidiariedad abonaría un interesante problema jurídico si se produjera una declaración de grave incumplimiento contractual de una concesión en explotación luego de la entrada en vigencia de la ley 20.410, dado que dicha ley, en teoría, no aplica a las concesiones licitadas bajo la vigencia de la anterior Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>45</sup>.

### **2.3.2. El principio de juridicidad.**

El principio de juridicidad consiste en la exigencia que se hace al Estado de someterse al conjunto del ordenamiento jurídico, esto es, la sumisión a la Constitución, a los derechos fundamentales, y a las leyes y reglamentos dictados de conformidad a la Constitución. Esta exigencia hace imposible que el jefe del gobierno pueda, mediante un acto unilateral, cambiar los fines del Estado. Este principio es la garantía que hace operativas las distinciones que demarca la propia Constitución y hace posible el control, y, por ende, su observancia es una tarea entregada a los propios sistemas de control del Estado.

---

<sup>43</sup>CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. (2006) *La República en Chile: Teoría y Práctica Del Constitucionalismo Republicano*. 3.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones LOM, ISBN 956-282-868-9, pág. 332. El énfasis es mío.

<sup>44</sup>El artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de 1996 dice que, ante un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato que genere el término anticipado de la concesión, «el Ministerio [de Obras Públicas] deberá proceder, además, a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste», esto, sin dejarle otra alternativa. Esto fue reformado con la ley 20.410, estableciéndose un mecanismo de indemnización para el concesionario, la posibilidad del Estado de optar libremente, en este caso, entre realizar una nueva licitación y continuar la obra como obra pública, e incluso, en el artículo 28 *ter*, dándose la posibilidad al Estado de terminar anticipadamente la concesión por grave motivo de interés público y sólo en la etapa de construcción, fijando un procedimiento para ello y estableciendo, también, una indemnización obligatoria para el concesionario.

<sup>45</sup>El problema jurídico en cuestión apunta al mantenimiento para el Estado de la restricción del antiguo artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, a pesar de que éste haya sido sustituido, en las obras que a) hayan sido licitadas antes de la entrada en vigencia de la ley 20.410; b) no se acojan al régimen de esta ley; c) sufran un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte de la concesionaria, y d) tengan un pronunciamiento de la Comisión Conciliadora devenida en Comisión Arbitral que así lo declare. Podría argumentarse que el estatuto jurídico nuevo no es aplicable, y que la obligación por parte del Estado de licitar obligatoriamente la obra se mantiene, aplicando directamente el principio de subsidiariedad. Sin embargo, esta interpretación es, en nuestra opinión, cuando menos discutible.

La Constitución consagra este principio en sus artículos 6° y 7°. El primero contiene el principio de supremacía constitucional, así como el de obediencia de los órganos del Estado a la normativa vigente; el segundo, en tanto, establece el principio de legalidad en la asignación de competencias administrativas, así como la nulidad de los actos que no respetaren dicho principio.

Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

El Estado sólo puede, y debe, actuar cuando una norma de rango legal dictada de conformidad con la Constitución así lo establezca. La Constitución es una norma jurídica aplicable directamente, tanto sustantiva como procedimentalmente. La Constitución Política, además, define las materias que pueden ser objeto de una ley, cuándo el Ejecutivo puede dictar reglamentos en ausencia de ley, y cuál es el valor de dichos reglamentos, lo que define el ámbito que corresponde a cada clase de norma jurídica y define la competencia del administrador para dictar normas jurídicas, algo que sin duda será relevante para los órganos de control de la Administración del Estado.

### **2.3.2.1. Sumisión del Estado a la Constitución y a las leyes.**

El artículo 6° de la Constitución impone al Estado el deber de someterse en su actuar a la Constitución y a las normas dictadas de conformidad a ella. CAZOR ALISTE, al respecto, sostiene la existencia de dos hipótesis básicas bajo las cuales la actuación del Estado está legitimada.

1. Vinculación positiva. Como regla general, la acción de cada órgano de la Administración del Estado debe estar legitimada, de antemano, por una norma jurídica específica de rango legal.

El Estado no puede actuar, en esta hipótesis, sin una norma específica que defina con precisión lo que el Estado puede hacer, norma que además debe ser interpretada restrictivamente. Los reglamentos que el Estado emite, por regla general, son sólo para ejecutar los mandatos de normas jurídicas de rango legal dictadas con anterioridad, las que a su vez legitiman la actuación estatal.

2. Vinculación negativa. La Constitución, de forma directa, confiere al Estado una habilitación genérica para que actúe. La hipótesis de la vinculación negativa se produce en las materias que la Constitución ha dejado fuera del dominio de la ley, materias en las que el Ejecutivo puede dictar reglamentos privados de cualquier fundamento legal y a la vez válidos dentro del sistema, que son los *reglamentos autónomos*.

Hasta 1989, el sistema chileno era un claro e incontestable *dominio máximo legal*, donde las materias de ley estaban claramente delimitadas y el Ejecutivo podía dictar reglamentos autónomos en todas aquellas materias no entregadas a la ley. Sin embargo, desde esa fecha, con la apertura de las materias de ley, que se sumó a la imposibilidad de afectar derechos fundamentales a través de reglamentos, el valor normativo del reglamento autónomo quedó sumamente comprometido.

**2.3.2.1.1. Dominio máximo legal.** El dominio máximo legal es aquel principio bajo el cual la Constitución entrega ciertas y determinadas materias a la regulación de la ley. En estas materias, sólo la ley puede actuar, quedando el ejercicio de la potestad reglamentaria limitado «nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular»<sup>46</sup>. El Estado no puede actuar en ninguna de estas materias sin una habilitación legal previa y específica.

Las materias que constituyen el dominio de la ley están fijadas en el artículo 63 de la Constitución. Las más importantes de ellas, para nuestro estudio, son:

1. (Artículo 63 N° 1) Las materias que en virtud de la Constitución deben ser reguladas por leyes orgánicas constitucionales.
2. Las autorizaciones al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para:

---

<sup>46</sup>STC 370/2003, considerando vigésimo tercero.

- a) (Artículo 63 N° 7) Contratar préstamos. También se requiere de autorización legal previa (Artículo 63 N° 9) para que las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratarlos. Si el plazo de pago del empréstito se extiende por sobre el actual periodo presidencial, la ley en cuestión debe ser de quórum calificado.
  - b) (Artículo 63 N° 8) Celebrar cualquier clase de operaciones que puedan comprometer directa o indirectamente el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades.
  - c) (Artículo 63 N° 10) Enajenar bienes del Estado o de las municipalidades, darlos en arrendamiento, o concesionarlos.
3. (Artículo 63 N° 14) Toda ley que la Constitución fije como norma exclusiva de iniciativa del Presidente de la República. Entre ellas está la Ley de Presupuestos.
  4. (Artículo 63 N° 18) Las leyes que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública.
  5. (Artículo 63 N° 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

El numeral 20 del artículo 63 de la Constitución abrió este sistema y originó lo que CAZOR ALISTE denomina como una «competencia genérica del legislador». De esta manera, el reglamento se convierte en la norma de clausura y tendrá un valor inferior al de la ley, aún cuando se trate de reglamentos autónomos.

La influencia de la ley en el sistema chileno aumenta, debido a que el artículo quinto transitorio de la Constitución de 1980 mantiene vigentes todas las leyes que, no habiendo sido derogadas, no regulen materias comprendidas en esta enumeración. Muchas de estas leyes hacen referencia a reglamentos que son de ejecución y no autónomos.

**2.3.2.1.2. Potestad reglamentaria autónoma.** Las materias no entregadas a la ley, en principio, son normadas por reglamentos. La Constitución habilita directamente a la Administración del Estado para dictar reglamentos en todas aquellas materias que no son objeto del dominio legal, en su artículo 32.

Artículo 32°. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:  
6°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;

La idea de la Comisión Constituyente era que la potestad reglamentaria fuera amplia, pero ella se vio muy restringida por el numeral 20 del artículo 63 ya señalado. A esto se suma, como veremos, que los reglamentos no pueden afectar derechos constitucionales. Por su parte, no hay claridad respecto al valor normativo de un reglamento autónomo dictado en silencio de ley, o si un reglamento autónomo puede derogar una ley dictada sobre la misma materia, siendo la negativa la respuesta más frecuente<sup>47</sup>.

**2.3.2.1.3. Reserva legal en materia de afectación de derechos fundamentales.** La mayor limitación de la potestad reglamentaria autónoma consiste en que ella no puede afectar directamente ningún derecho fundamental. El numeral 26 del artículo 19° de la Constitución protege de esta forma a las personas ante los abusos arbitrarios del poder público.

Artículo 19°. La Constitución asegura a todas las personas:  
26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como no está clara la jerarquía que el reglamento autónomo tiene dentro del sistema jurídico, la inmensa mayoría de la doctrina le niega el rango legal. Además, existen posturas como la del profesor SOTO KLOSS, que sostiene que sólo las *leyes* pueden afectar derechos, negándole esa facultad incluso a los decretos con fuerza de ley. Por ende, cualquier decreto que imponga sanciones a particulares sin una habilitación legal previa y específica es inconstitucional<sup>48</sup>.

Existen, por otro lado, posturas más moderadas, como la del profesor CORDERO, quien sostiene que la ley no sólo genera competencias, sino que configura esferas institucionales. De esta forma,

<sup>47</sup>Uno de los usos más frecuentes de la potestad reglamentaria autónoma ha sido la creación de comisiones o consejos, siendo los más importante de ellos para nuestro estudio, la Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas, y, hasta la promulgación de la Ley 20.410, el Consejo de Concesiones.

<sup>48</sup>SOTO KLOSS da varios ejemplos en su obra, todos los cuales, de una u otra manera, inciden en la libertad de los particulares para desarrollar actividades económicas. Se niega así valor a las normas que regulan cualquier actividad económica fijadas por reglamento, sosteniéndose, como conclusión, que cualquier regulación en vigor de la actividad de las concesionarias que no esté íntegramente comprendida en una ley es inconstitucional, por afectar al número 21 del artículo 19 de la Constitución Política.

basta que la ley determine los supuestos normativos que habilitan a la Administración para actuar, y que defina los lineamientos y procedimientos que la autoridad debe seguir. Es la tesis que ha sido recogida por la Contraloría y por el Tribunal Constitucional, desde 2001<sup>49</sup>.

### **2.3.2.2. Supremacía constitucional.**

El inciso segundo del artículo 6° impone el deber de someterse a la Constitución no sólo al Estado, sino que a toda persona, institución o grupo. Esto hace posible que, en teoría, los particulares puedan ser sancionados directamente por las conductas infractoras a los derechos fundamentales que cometieren. La aplicabilidad directa de la Constitución y el deber de someterse a ella por parte de la población ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y por los tribunales de justicia en varias sentencias<sup>50</sup>.

Sin embargo, este principio se ha visto bloqueado, según SILVA IRARRÁZAVAL, entre otras cosas, por la inderogabilidad fáctica de los reglamentos dictados en ejecución de una ley inconstitucional y por la restricción de las acciones judiciales de derecho público al mero examen de la legalidad en los procedimientos de los actos administrativos impugnados, excluyendo el examen sustantivo de ellos sobre la base de la Constitución y produciendo, en los hechos, una subordinación de la Constitución a la ley<sup>51</sup>.

### **2.3.3. El respeto a los derechos fundamentales.**

La calidad de Estado democrático de derecho necesariamente ha de venir acompañada de un compromiso por los derechos fundamentales. Chile, en esto, no ha sido una excepción a la regla. El compromiso del Estado chileno por los derechos fundamentales aparece plasmado de forma clara en el artículo 5° de la Constitución, que es también una base del control de juridicidad integral de la actuación estatal.

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por

<sup>49</sup>Por todas, STC 325/2001, STC 254/1999 y STC 370/2003.

<sup>50</sup>Por todas, STC 19/1983

<sup>51</sup>SILVA IRARRÁZAVAL, L. (2005) Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. En Estudios Constitucionales, 1, Nr. 1.

las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Más allá de la protección que se puede lograr en el caso concreto de ciertos y determinados derechos fundamentales, a través de la acción de protección de garantías constitucionales, las actuaciones del Estado de Chile deben respetar constantemente estos derechos. El Estado está sujeto a responsabilidad internacional por la violación de los derechos fundamentales, a través de los sistemas de justicia internacional, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **2.3.4. El principio democrático y la participación popular.**

El control democrático tiene en nuestro país una existencia y un reconocimiento que va mucho más allá de la escueta declaración del artículo 4° de la Constitución.

Artículo 4°.- Chile es una república democrática.

Este artículo, si bien parece claro, deja muchas dudas abiertas. No se especifica qué significa exactamente que Chile sea una república democrática. Algunos sostienen que un país democrático, simplemente, es aquel que designa a ciertas autoridades mediante procedimientos más o menos representativos, mientras que otros asumen una concepción progresiva de democracia, que involucra la exigencia al Estado de profundizar la participación de los ciudadanos en todos los niveles del proceso de toma de decisiones.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución vio a la participación ciudadana como algo necesario, pero que debía ser apolítico. Ella debía canalizarse a través de asociaciones gremiales, separadas de los partidos políticos y defensoras de intereses locales. El paradigma de la participación ciudadana de GUZMÁN, según MONCADA<sup>52</sup>, mezclaba grupos intermedios apolíticos y un gobierno autoritario, y se manifestaba a través de la figura de los consejos asesores no vinculantes,

---

<sup>52</sup>MONCADA, B. (2003) Autoritarismo y participación: el pensamiento político de Jaime Guzmán. En Anuario Filosófico, 35, Nr. 75 [En línea] (<http://hdl.handle.net/10171/102>).

donde los grupos intermedios pueden dar su parecer sobre las políticas públicas sin que les sea permitido influir directamente en la toma de decisiones por parte de los órganos políticos.

Esta visión es coherente con la concepción de la participación ciudadana luego del retorno a la democracia. Las instancias reguladas de participación ciudadana se restringieron por largo tiempo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y a los Planes Reguladores, donde siempre la participación tuvo un carácter consultivo. Sin embargo, esta visión ha sufrido una gran transformación con la reforma constitucional de 2005 y, sobre todo, con la aprobación de la Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana, en febrero de 2011.

La base del control democrático se encuentra, además, en la regulación constitucional misma del Parlamento como órgano de representación popular. El Parlamento es la sede donde los representantes de los distintos distritos debaten sobre la propiedad política de las normas jurídicas, si bien sus atribuciones son pocas producto del gran rol colegislador del Presidente de la República.

### **2.3.5. El principio de probidad y transparencia de la función pública.**

El control democrático sobre los actos de la Administración ha sido mejorado con el nuevo artículo 8° de la Constitución, incorporado a ella a través de la Ley 20.050. Este artículo mezcla uno de los más importantes principios de la gestión, el principio de probidad, con otro principio, el de transparencia, para aplicarlos al Estado. El texto del primer inciso del artículo 8° es el siguiente.

Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

La probidad y la acción directiva ética inspiran a las personas para acatar mejor la voluntad de las organizaciones, y la situación en el Estado no es diferente. Las faltas a la probidad son, de hecho, aún más graves, al ser el Estado custodio del interés de la comunidad. En esta línea la LOCBGAE definirá la probidad administrativa, en su artículo 52°, como «observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular».

La inclusión en la Constitución de este principio para *el ejercicio de las funciones públicas* en general, hace pensar que este principio no sólo es aplicable a las funciones públicas gestionadas

directamente por el Estado, sino que también lo es a las funciones públicas prestadas mediante asociaciones público privadas, siendo uno de tales casos la entrega en concesión de las obras públicas.

Continúa el artículo 8° de la Constitución, con el principio de transparencia.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado está regulada por la Ley 20.285, de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información del Estado. Esto se ve contrarrestado por el hecho de que la transparencia puede ser vista como una «afectación de los derechos de las personas», que en este caso son los prestadores privados de servicios públicos. Si la concepción actual de servicio público se ve restringida a los órganos de derecho público gestionados por el Estado, y se niega la existencia de empresas privadas prestadoras de servicios públicos a las cuales se pueda imponer esta obligación de transparencia<sup>53</sup>, las concesionarias no tendrán otra obligación en esta materia que la de entregar la información que les sea requerida por el Ministerio de Obras Públicas.

Concluye el artículo 8° con una norma que establece exigencias de probidad para las máximas autoridades del Estado.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

---

<sup>53</sup>STC 1.363/2009, considerandos decimonoveno, vigésimo, séptimo (disidencia) y octavo (disidencia). En línea con este razonamiento, se considera a las Corporaciones Municipales de Educación una verdadera anomalía dentro del derecho público chileno, y se las interpreta restrictivamente.

### **2.3.6. El principio de servicialidad.**

Si el principio de probidad administrativa está ligado al control interno, la servicialidad es la consagración del control de gestión como parte del quehacer estatal. La base constitucional de este principio es el artículo 1° de la Constitución, donde se establece que el Estado está al servicio de la persona humana. Esto implica, como ha desarrollado la LOCBGAE, que el Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades de la población de forma permanente y continua. La LOCBGAE, en su artículo 3°, precisa este principio, de forma explícita.

Artículo 3°. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

Este principio adquirió relevancia en Chile con los gobiernos radicales, y con la sustitución del Estado de policía decimonónico por el Estado prestador de servicios, en donde potentes servicios públicos como la CORFO asumieron la tarea de contribuir al desarrollo del país. Si bien el gobierno militar destruyó en buena medida la lógica del Estado prestador de servicios, pasándose a la del Estado regulador, el principio de servicialidad se ha transmutado en algo más genérico, pero que impone más exigencias no sólo a los servicios estatales tradicionales, entregados a los privados, sino que a los privados mismos que ahora prestan estos servicios: la exigencia de *calidad*.

Por calidad se entiende no sólo la prestación de un servicio al ciudadano de forma permanente y continua, sino que en dicha prestación se persiga la permanente satisfacción del ciudadano. Implica no sólo la incorporación de criterios de examen genéricos de rendimiento del servicio, sino que la evaluación de la atención, la efectiva recepción de los reclamos de los usuarios, y la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de los servicios. La calidad se ha convertido en una meta de gestión, perseguida por la Administración pública a través de las herramientas de evaluación del control interno y del control de gestión. Esta misma exigencia se impone a los privados prestadores de servicios públicos mediante órganos administrativos que los regulan especialmente.

Siguiendo al profesor MORAGA, la calidad comprende tres características sustanciales, que son el acceso –un determinado bien o servicio público debe poder ser conseguido por el ciudadano

con facilidad y sencillez-, la participación -la prestación de un servicio público debe contar con la participación de todos los interesados en él- y la información -no son sólo los ciudadanos quienes deben poder recibir información respecto de las actividades la Administración, sino que la Administración tiene el deber de informarse acerca de lo que los ciudadanos esperan de ella, y adaptarse a dichas expectativas<sup>54</sup>-.

## **2.4. La estructura orgánica del Estado.**

Los objetivos del Estado se cumplen a través de una estructura orgánica que defina las funciones que cada órgano desempeñará, para cumplir con los fines del Estado, estructura que se da a través de la Constitución Política de la República. Este texto describirá los órganos principales que forman parte del Estado de Chile, delimitará sus competencias y establecerá sus funciones, las que se corresponderán con la existencia de separación de funciones, despersonalización del poder y el establecimiento de un sistema de control.

José Luis CEA delimitará las funciones del Estado orgánicamente, siendo desempeñadas sólo por el órgano al que han sido confiadas; formalmente, siguiendo el procedimiento que para su ejecución dictan la Constitución y las leyes; y sustantivamente, debiendo ser realizadas con los contenidos y las finalidades también previstas en el ordenamiento jurídico. El profesor CEA clasifica las funciones del Estado de la siguiente manera.

1. Función constituyente. Es la función estatal que permite el establecimiento de una nueva Constitución, su reemplazo por otra, su reforma, o la supresión de la Constitución actual para dejar vigente la anterior a ella. Es la función suprema de la Nación, e involucra, como ya insinuáramos, en la gran mayoría de los casos la toma de una decisión política fundamental.
2. Función legislativa. Se manifiesta a través de la dictación de leyes.
3. Función gubernativa. Es el dominio de la organización llamada Estado, dirigiéndola al cumplimiento de sus fines. Se compone de las siguientes subfunciones.
  - a) Subfunción ejecutiva. Es aquella función encargada de hacer cumplir lo que las leyes señalan, realizándolas completamente, tanto en su letra, como en su espíritu. Esto se

---

<sup>54</sup>MORAGA, C. (2010) *Contratación Administrativa*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, ISBN 978-956-101-786-3, pág. 22.

realiza a través de la dictación de normas jurídicas reglamentarias de ejecución, que pueden ser reglamentos generales, decretos, o reglamentos particulares, o instrucciones, que se dirigen a los funcionarios.

- b) Subfunción administrativa. Es la función que se encarga de satisfacer permanentemente las necesidades públicas, a través de la acción de la Administración activa.
  - c) Subfunción política. Consiste en la toma de decisiones propiamente tal por parte del Presidente de la República, para ejercer la soberanía.
4. Función jurisdiccional. Es aquella función que busca dirimir controversias de relevancia jurídica, declarando el derecho aplicable, con autoridad de cosa juzgada, mediante la aplicación de un racional y justo procedimiento.
  5. Función contralora. Es la función que consiste en revisar las decisiones del órgano controlado para que se ajusten a la competencia, finalidades, trámites y formalidades señaladas, de antemano y con texto expreso, por la Constitución y las leyes. Los órganos contralores tienen la facultad de corregir o denunciar a los tribunales las transgresiones para que ellos determinen las responsabilidades.
  6. Función electoral. Ella define quiénes serán los representantes del pueblo, a través de la realización de elecciones y la transformación de sus resultados en designaciones concretas de nuevos representantes<sup>55</sup>.

El Presidente no sólo tiene la potestad de hacer ejecutar las leyes, sino que tiene la función, todavía más importante, de concentrar el gobierno supremo del Estado y la toma de decisiones políticas no fundamentales, a través de su rol como legislador y mediante su potestad de dirección. El profesor CEA considera que la función gubernativa sobrepasa la concepción tradicional del Poder Ejecutivo, y la separa en tres subfunciones: la dictación de normas jurídicas reglamentarias de ejecución (*subfunción ejecutiva*); la prestación de servicios públicos, lugar donde corresponde encasillar la construcción y operación de rutas concesionadas (*subfunción administrativa*); y la toma propiamente tal de las decisiones políticas (*subfunción política*). A diferencia de las dos primeras, el control que opera sobre la última es político, y se desencadena a través de un órgano político, la Cámara de Diputados.

---

<sup>55</sup>CEA, J. L. (1999) *Teoría del Gobierno: Derecho Chileno y Comparado*. 1.ª edición. Ediciones Universidad Católica de Chile, ISBN 956-140-502-4.

El esquema del profesor CEA contempla, junto con la función gubernativa, una función contralora que es independiente de la Administración y que busca, exclusivamente, revisar la conformidad de los actos de la Administración con el ordenamiento jurídico vigente. Esto es el reflejo de la posición que la doctrina nacional ha tenido sobre el principio de control: mientras el control de juridicidad y el control democrático, en su vertiente de control político, son importantes para el devenir del Estado, el control interno y el control de gestión son simples accesorios.

Lo cierto es que en todas las funciones señaladas está presente, de una u otra forma, el principio de control, y la incidencia de las otras funciones en el control del Estado es importante. Los órganos contralores tienen la facultad no sólo de intervenir indirectamente, instruyendo sumarios o aplicando sanciones, sino que pueden denunciar las irregularidades cometidas a los Tribunales de Justicia, que determinarán las responsabilidades. A su vez ellos, depositarios de la función jurisdiccional, también tienen potestades de control, que se restringen a la nulidad de los actos administrativos dictados con infracción de ley.

Paralelamente, están los controles que tienen como tribuna a la opinión pública, y que se canalizan a través del Parlamento, controlando las decisiones políticas no fundamentales. Actualmente vemos cómo la acción del Parlamento está fuertemente condicionada por lo que los medios de comunicación pública decidan poner en agenda, mientras la acción de los ciudadanos, si bien comenzó siendo muy poco importante y restringida a ciertos procesos regulados de participación ciudadana, toma fuerza con el principio de transparencia de la función pública. De lo ya expuesto vemos que el esquema aquí señalado no es perfecto; hay órganos que toman varias de estas funciones, como también lo reconoce el profesor CEA.

En nuestra exposición, hemos revisado el fin del Estado, que es el bien común, y los principios en que se desglosa dicho fin. Sin embargo, en la exposición de estos principios ha faltado uno, que es el principio de control. Este principio, que conecta la implementación de todos los sistemas de control del Estado con el fin último de éste, el logro del bien común, como es evidente, es parte de la materia de este trabajo y será tratado extensamente, a continuación.

## Capítulo 3

# El control en el Estado.

El control, como principio que guía la acción estatal, va mucho más allá de la mera revisión de la conformidad de su actuar con el ordenamiento jurídico. Podemos decir que inicia, como proceso, desde la determinación de su finalidad, algo en un Estado democrático de derecho, corresponderá siempre al *bien común*. Prosigue con la fijación de objetivos que se traducen en principios rectores, que responden, a su vez, a la visión que las personas que tomaron las decisiones políticas fundamentales de la nación, en la terminología de LOEWENSTEIN, tuvieron de cómo el Estado debía cumplir con sus fines.

Estos principios, como ya notáramos, son el principio de subsidiariedad, el principio de juridicidad, el respeto a los derechos fundamentales, el principio de servicialidad, el principio democrático y el principio de control, si bien puede haber otros más. Algunos de estos principios, como el principio de juridicidad, responden a una visión práctica de la sostenibilidad de la naturaleza del Estado, determinada por sus propios fines. Otros, como el respeto del Estado a los derechos fundamentales, corresponden a consecuencias directas del fin principal que el Estado se ha dado. Finalmente, habrá otros principios, como el principio de subsidiariedad, que buscan, a través del uso de ciertos criterios interpretativos por sobre otros, la imposición de visiones ideológicas expresadas por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el Consejo de Estado y las revisiones posteriores del general Pinochet y de Jaime GUZMÁN, por lo que su aceptación depende de los criterios de interpretación constitucional que se utilicen y de la simpatía que tenga el intérprete respecto de esas ideas.

El estudio del principio de control requiere partir por un estudio de las formas de actuación de

la Administración, las que pueden ser actuaciones materiales –acciones concretas realizadas por órganos de la Administración– o jurídicas, las que se expresan a través de *actos administrativos*.

Estos actos administrativos son las herramientas jurídicas que tiene la Administración para concretizar la aplicación de un plan definido y convertirlo en una solución a un problema específico, que se expresa en una norma jurídica. Estos actos constituyen situaciones normativas que justifican la actuación directa y material de la Administración del Estado en un caso concreto. Son, al mismo tiempo, expresión de la actividad del órgano público y baremos para el subsecuente control que el órgano público que actúa recibirá. Y, necesariamente, habrán de recaer, de forma directa o indirecta, en la solución de necesidades de los ciudadanos, dado que la actuación del Estado debe estar subordinada a su fin.

Es para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado que la Constitución, además de expresarlos como tales, establece sistemas de control que cautelan la no desviación de la actuación administrativa de su finalidad última. Estos sistemas están asignados al propio Estado, quien no sólo tiene la responsabilidad sobre su control interno (a través del principio jerárquico) o sobre su gestión (que es asegurada a través de los mecanismos de revisión de cuentas y, últimamente, a través de la labor de la Dirección de Presupuestos), sino que debe estructurar sistemas contralores independientes y asegurar a los particulares acciones que no sólo tutelen sus derechos, sino que los protejan de cualquier vicio objetivo de juridicidad. Todo eso responde a la función contralora, estructurada a través de la orgánica estatal y que, de acuerdo con el esquema del profesor CEA, es una de las funciones del Estado, con una definición no sólo orgánica y procedimental, sino que material.

El profesor CEA reconoce que la función contralora está dispersa en varios órganos, que no sólo son órganos especializados (Contraloría General de la República, las Superintendencias y el Tribunal Constitucional), sino que también se radica en lugares tan disímiles como el cuerpo electoral, el Parlamento, el propio Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, la Comisión Defensora Ciudadana (una suerte de *defensor del pueblo* circunscrito a los órganos y empresas del Estado<sup>56</sup>), e incluso, en los medios de comunicación.

Paralelamente, el énfasis del control ha transitado desde el tratamiento tradicional, que enfocó el control del Estado en las auditorías contables y en las verificaciones del cumplimiento de la legali-

---

<sup>56</sup>Sobre la Comisión Defensora Ciudadana, véase la página 94.

dad vigente en cuanto al procedimiento hacia un enfoque moderno, que no sólo mira la relevancia del apego formal a Derecho de las actuaciones del Estado, sino que ve al control interno y al control de gestión como la forma mediante la cual el Estado cumple los fines que se le asignan, logrando un cumplimiento material y real de las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone.

A partir de 1996, se comenzaron a adoptar dentro del Estado sistemas de evaluación de programas gubernamentales, que incorporaron variables de gestión. Por medio de diversas leyes y reglamentos autónomos se han ido integrando al Estado órganos especializados en la auditoría interna y en la coordinación del proceso de gestión de la administración del Estado, que son, por una parte, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y las Unidades de Auditoría Interna, y por la otra, la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, a la que se le han dado nuevas facultades de auditoría de gestión. Esto ha sido coronado por la Ley 19.817, que ha conferido a la Contraloría General de la República un rol de auditor externo respecto de todas las entidades sujetas a su control.

### **3.1. Un intento de integración.**

Este cambio de enfoque ha generado una rápida obsolescencia de la clasificación que la doctrina jurídico-administrativa tradicional ha empleado para tratar el control del Estado: la distinción entre el *control interno*, que agrupa a aquellos controles que tienen lugar dentro de la Administración del Estado, y *control externo*, como los controles ejercidos por la Contraloría General de la República y otros órganos externos a la Administración, sobre ella<sup>57</sup>. A la luz de la terminología moderna del mundo de la gestión, que ha sido abrazada por el Estado, dicha clasificación es confusa y se restringe a *ciertos* sistemas de control. La doctrina ha intentado subsanar las carencias inherentes a esta clasificación introduciendo un sinnúmero de categorías adicionales, como el control de mérito y de oportunidad, el control financiero y de resultado, el control de eficacia, de eficiencia, y, recientemente, los controles de probidad y de transparencia, pero dichas categorizaciones tampoco comprenden la realidad del control, centrándose en actividades específicas de control y aislándolas de la matriz central de este principio.

---

<sup>57</sup>Esta clasificación obedece a la historia de la Contraloría General de la República, a la pugna por la extensión de sus facultades, y, sobre todo, a la naturaleza del control que ella debe aplicar. Todos los manuales de Derecho Administrativo revisados reconocen esta clasificación: CARMONA, C. (2005d) *Unidad VI: El principio de control. La dimensión activa*. Apuntes de clase; CORDERO (2007b) *El Control de la Administración del Estado*; PANTOJA, R. (2006a) *Del principio de legalidad al principio de juridicidad*. Apuntes de clase; SILVA CIMMA y VERDUGO (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*

Una mejor aproximación al tema debe partir de la base que la división y despersonalización del poder, permitida por el Estado constitucional, también permite la creación sistemas de control independientes del jerarca. Estos sistemas de control pueden cumplir las siguientes funciones.

1. La verificación integral de los *procesos de gestión* del Estado. Esta revisión parte desde la planificación de la acción estatal, pasa por la asignación de recursos a dichos planes, continúa con la ejecución de los planes, sigue por su evaluación y termina con la retroalimentación de la evaluación realizada hacia la elaboración de nuevos planes. Todo este proceso, que, en sentido amplio constituye el control de gestión, debe ser eficiente y eficaz en el logro de los objetivos concretos que el servicio se ha fijado, cumpliendo con ello principios reconocidos por la Constitución y las leyes, como los principios de servicialidad y de juridicidad. En esta verificación se comprenden:

- a) Los controles de eficacia y eficiencia, los controles de resultados y las diversas formas de auditoría de gestión.
- b) Los controles de legalidad presupuestaria.
- c) El establecimiento de metas de gestión e incentivos para su cumplimiento.

2. La revisión del *control interno* del Estado. Aquí entendemos el control interno como el engranaje organizacional que transmite la voluntad del líder de la organización Estado a cada uno de sus funcionarios. En el control interno entran una serie de materias históricamente tratadas de forma inconexa:

- a) El principio jerárquico de la Administración, los controles de mérito y oportunidad de las actuaciones pasadas, comprendiendo también la revisión de las actuaciones administrativas a instancia de parte, como ocurre en los recursos administrativos de reposición y jerárquicos.
- b) El principio de coordinación administrativa, la revisión del organigrama del Estado y la transmisión de información entre organismos estatales. Naturalmente, esto comprende también los procedimientos de recolección, mantenimiento y tratamiento de la información, y la política de archivos de los servicios estatales.
- c) El establecimiento de una normativa contable y la verificación de su cumplimiento.

- d) El régimen completo de personal de la Administración del Estado, desde los procedimientos de concurso público para la contratación de personal, pasando por los beneficios concedidos al personal por el Estatuto Administrativo, hasta los procedimientos de desvinculación, que deben, en nuestra opinión, ser separados de la *responsabilidad administrativa* propiamente tal.
  - e) El respeto al principio de probidad, no sólo como principio jurídicamente exigible, sino que también desde el punto de vista de la gestión.
  - f) El respeto al principio de transparencia, en sus vertientes activa y pasiva.
3. La verificación de la conformidad de la actuación del Estado con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como *control de juridicidad*. Este control debe apegarse necesariamente a la totalidad del ordenamiento jurídico, y está asociado al control interno y al control de gestión. Mientras los dos primeros buscan asegurar que el Estado cumpla con los niveles de servicio exigidos por la ley, el control de juridicidad verificará que la actuación del Estado no viole la ley, o afecte derechos fundamentales, mediante:
- a) La detención de los actos administrativos ilegales.
  - b) La investigación y la determinación de responsabilidades ante la actuación ilegal por parte del Estado<sup>58</sup>.

A estas funciones se suma una cuarta que no puede constituir un sistema de control intraestatal por no ser ello posible: la provisión de legitimación democrática a las decisiones tomadas por el Estado, que arranca del principio democrático, un objetivo de todo Estado social y democrático de derecho. Tanto el Parlamento, como depositario de la representación popular, como los ciudadanos, tanto organizados como solos, pueden solicitar información al Estado sobre la ejecución de sus funciones. El Parlamento tiene, además, facultades para monitorear el avance de sus propias sugerencias, y puede, mediante indicaciones formuladas a la Ley de Presupuestos, requerir información y comportamientos de las autoridades por vía legal, actuando dentro de sus atribuciones. El conjunto de esto conforma lo que aquí llamamos *control democrático*.

Mientras el control de gestión y el control interno interactúan para llevar al Estado hacia la actividad que le es exigida por ley, los sistemas de auditoría interna y auditoría de gestión del Estado

---

<sup>58</sup>El control, como potestad, se detiene en la *determinación de responsabilidades* y en la formulación de una acusación ante un órgano jurisdiccional que, idealmente, deberá imponer una sanción si dicha determinación corresponde a los supuestos típicos señalados en la ley.

evaluarán tales controles. Por su parte, la conformidad sustancial de las actuaciones del Estado con el derecho vigente es revisada constantemente mediante controles de juridicidad, que contienen en sí mismos tanto la revisión de legalidad como de constitucionalidad de los actos de la Administración, y que operan constantemente a través de actividades de control enmarcadas dentro de los procedimientos administrativos y que son necesarias para legitimar los actos de la Administración dentro del sistema jurídico. A esto se deben agregar los recursos administrativos y jurisdiccionales, en la medida en que no buscan proteger un derecho vulnerado, sino que buscan la anulación de actos administrativos antijurídicos que afectan a particulares.

Por su parte, el control democrático reúne en sí tanto el control político, que es el que ejerce el Parlamento sobre la Administración, como los controles ciudadanos. Ambos controles permiten a la ciudadanía, o a los representantes de ésta, recolectar antecedentes sobre las actuaciones de la Administración, con fuerza coercitiva y plazos para su entrega. Sin embargo, la acusación constitucional, como expresión máxima del juicio político, está sólo en manos del Parlamento.

En suma, no es posible el estudio del control en el Estado sin la comprensión de que dicho control se encuentra inmerso en el proceso normal de gestión del Estado, y de que el principio de control no corresponde sino a los sistemas de control que tiene el Estado para asegurar una gestión acorde con sus fines. Son estos cuatro tipos de controles, la auditoría interna, la auditoría de gestión, el control de juridicidad y el control democrático, los mecanismos que mejor comprenden, en nuestra opinión, la totalidad de las actuaciones de control del Estado.

### **3.2. La Administración del Estado.**

La Administración del Estado y el Estado no son cosas muy diferentes. La Administración del Estado constituye un resumidero de todas las facultades del monarca que quedaron luego de serle separadas las facultades de promulgar leyes y dictar sentencias. Por eso es que sus funciones son muy amplias y esta es la razón por la que es completamente imposible que el Estado actúe sin su Administración.

La Administración del Estado ha sido definida por la LOCBGAE como el conjunto de los órganos que colaboran con el Presidente de la República en el ejercicio del gobierno y la función administrativa. La Administración del Estado es grande, como lo demuestra la definición de los órganos que la componen hecha en el primer artículo de la propia LOCBGAE.

Artículo 1º- El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

La Administración del Estado, valga la redundancia, se encargará de la gestión y de la *administración* del Estado, esto, en el sentido que ya JIMÉNEZ señalara: el orientar a una organización y a las personas que forman parte de ella para que, a partir de un conjunto de recursos concretos, se logren objetivos determinados con antelación. La LOCBGAE consagra como principios de la Administración del Estado ciertos objetivos específicos de la propia Administración, reunidos con objetivos propios del Estado.

1. Principio de juridicidad. Es un principio que debe ser respetado por el Estado en todos sus actos. El Estado debe someterse a la Constitución y las leyes no sólo en lo referente a su configuración normativa, sino que en su actuar diario.
2. Principio de servicialidad. El Estado debe promover el bien común a través de la atención de las necesidades públicas de forma continua y permanente, fomentando el desarrollo del país mediante el ejercicio de las atribuciones establecidas por la Constitución y las leyes. Esto, según la LOCBGAE, comprende la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance comunal, regional y nacional, y corresponde a la *gestión* del Estado. Como se ve, este es otro de los objetivos centrales del Estado.
3. Debe observar principios específicos de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, probidad, transparencia, publicidad, y de participación ciudadana. Todos estos son principios de gestión y de control interno, a excepción del principio de participación ciudadana, que es específico del Estado y que es parte del control democrático.
  - a) Principio de responsabilidad. El Estado responde por los daños que causen los órganos de la administración en ejercicio de sus funciones, ya sea por falta de servicio<sup>59</sup>, si se trata de actos ilícitos, o indemnizando sólo los daños efectivamente provocados, si los

---

<sup>59</sup> Artículo 4º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

actos son lícitos. La responsabilidad del Estado implica que las fallas detectadas en los procesos de control pueden tener consecuencias jurídicas si en efecto se llega a producir una consecuencia indeseable, lo que aparece explicitado por razones históricas.

- b) Principios de eficacia y eficiencia. El Estado debe buscar el cumplimiento absoluto de los objetivos que se ha formulado, utilizando para ello la menor cantidad de recursos. Este es un principio básico de gestión.
  - c) Principio de coordinación. El Estado debe cumplir sus objetivos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.
  - d) Principio de probidad. Los funcionarios estatales deben «observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado»<sup>60</sup>.
  - e) Principio de transparencia y publicidad. Estos principios fueron convertidos, por la Ley 20.285, en uno solo, tanto de transparencia activa (publicidad) como pasiva (transparencia propiamente tal). Esta ley dirá que «el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley»<sup>61</sup>.
  - f) Principio de participación ciudadana. La Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana impone al Estado la obligación de publicar y mantener procedimientos de participación ciudadana en el desarrollo de sus políticas y en la toma de sus decisiones, así como el deber de constituir consejos asesores con miembros de la sociedad civil, en las materias de competencia de los órganos respectivos.
4. Principio de subsidiariedad. A pesar de la controversia que dicho principio despierta en parte de la doctrina, el principio de subsidiariedad en el Estado tiene cuando menos una base de texto legal. El Estatuto Administrativo, junto con prohibir que las plantas funcionarias tengan funcionarios para desempeñar tareas que no sean estrictamente específicas del servicio, impone el deber al Estado de «procurar que el resto de las funciones necesarias del servicio

---

<sup>60</sup> Artículo 52°, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>61</sup> Artículo 4°, inciso 2°, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

que no le son asignadas por ley sean realizadas por el sector privado»<sup>62</sup>. El Estado, por su parte, debe garantizar la autonomía de los grupos intermedios y el respeto del derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica de conformidad con la Constitución Política y las leyes.

5. Finalmente, se debe a la defensa del interés general. Este concepto, también definido por la LOCBGAE, es un verdadero resumen de todos los principios que guían la acción de la Administración del Estado. «El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas, en lo razonable e imparcial de sus decisiones, en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones, en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan, en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley»<sup>63</sup>.

### **3.3. Sistemas de control en la Administración.**

Como ocurre en toda organización, la acción del Estado se produce a través de la interacción entre el control interno y el proceso completo de gestión. La evaluación de dichos sistemas de control interno y de gestión se produce a través de sistemas de control que deben ser revisados constantemente, para asegurar su actualización y su mantención al día con los requisitos de la organización. Por eso, no es sorprendente que existan analogías entre los principios de control en la Administración del Estado y los principios del control en el resto de las organizaciones. El profesor CORDERO señalará que los principios aplicables al control en la Administración son<sup>64</sup>:

1. Generalidad. La función contralora abarca la totalidad de las actuaciones de la Administración del Estado. Todas las actuaciones u omisiones de la administración son susceptibles de control: tanto la actividad material, jurídica, contable, como la gestión del Estado y las decisiones que éste toma. CORDERO comprende aquí el principio de suficiencia del control ya

---

<sup>62</sup> Artículo 2º, Estatuto Administrativo.

<sup>63</sup> Artículo 55, LOCBGAE. Incorporado a través del artículo 2º de la Ley 19.653.

<sup>64</sup> Véanse los requisitos del control en la página 6.

examinado para las organizaciones: «ningún campo de la actividad administrativa se encuentra exenta de control, pues como la Administración no tiene potestades originarias o propias al margen de la asignación legal, cualquier interés o fin, aun novedoso o imprevisto, que asumiera la Administración podrá ser reconducido a la Constitución, que afina un importante principio: la instrumentalidad del poder público»<sup>65</sup>.

2. Expansividad. Existe una superposición entre diversos tipos de controles, que revisan distintas materias. Cada órgano de control realiza sus funciones sin interferir con los demás.
3. Publicidad. El objeto que se va a controlar, los fundamentos de las resoluciones, el procedimiento y los resultados del control son públicos<sup>66</sup>, tanto respecto de las instituciones, como de los ciudadanos.

Los órganos que se encargarán de la supervisión de los procesos del Estado necesitan de ciertos resguardos ante el poder estatal, para poder realizar una auditoría coherente, resguardos que tienen que estar integrados en la orgánica misma de las instituciones contraloras. El profesor SILVA CIMMA resume de la siguiente manera los requisitos de los órganos de control.

1. Imparcialidad. Los órganos de control no pueden tener interés alguno, ni personal, ni institucional, en el destino del acto controlado.
2. Apoliticismo. Los órganos administrativos de control deben guiar su acción por razones de buen servicio y no para producir o evitar que se produzcan hechos políticos beneficiosos o perjudiciales para la coalición gobernante.
3. Independencia de la Administración activa. Idealmente, los órganos contralores no pueden recibir órdenes ni del Presidente de la República, ni de alguna de las autoridades superiores de la República.
4. Facultad de requerir información. Los órganos de control estatal deben contar con facultades de obtención de información amplias, en cuanto a su extensión, y compulsivas, en cuanto al deber jurídico de entrega de información que crean en el organismo controlado.

---

<sup>65</sup>PEÑA FREIRE, A. M., *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, 1997, citado por CORDE-RO (2007b) *El Control de la Administración del Estado*, op. cit., pág. 24

<sup>66</sup>Esto aparece especialmente consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República y en el artículo 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Además, aparecen normas que hacen referencia a la publicidad a lo largo de dicha ley, en la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y en otros cuerpos legales.

5. Facultad de intervención directa. El órgano contralor deberá estar dotado de facultades para intervenir en el perfeccionamiento jurídico de los actos del controlado. Esto, entendiéndose en el sentido más amplio.
6. Adecuado criterio contralor. Esto apunta a lo que SILVA CIMMA denomina el «principio de agilidad administrativa», lo que implica la reevaluación constante de los controles aplicados, buscando un equilibrio entre un control absoluto y una gestión provechosa<sup>67</sup>.

El control, como principio, hace posible que los resultados de la Administración del Estado, medidos en el bienestar para sus habitantes, sean mayores y mejores. Esto hace posible, a su vez, que las normas jurídicas que imponen al Estado la ejecución de prestaciones sean respetadas, siendo ejecutadas en un nivel apropiado para asegurar el bienestar de la población. SILVA CIMMA sostiene que «el control ha pasado a tipificar hoy en día uno de los principios fundamentales del Derecho Público moderno, que hermanado con los de legalidad, separación de funciones, constitucionalidad de las normas, reconocimiento de derechos subjetivos públicos, de derechos sociales y económicos por parte de un Estado, singularizan esencialmente lo que debe ser un Estado democrático en el cual la seguridad jurídica no se transforme en muro obstaculizante del cambio social, sino que sea lo suficientemente ágil y flexible como para permitir que a su amparo la colectividad logre satisfacción para sus anhelos esenciales de una vida mejor»<sup>68</sup>.

Todos estos requisitos hacen necesario que los órganos auditores tengan una independencia orgánica respecto de los órganos auditados, algo que sólo se cumple en parte en el Estado chileno.

### **3.3.1. Consagración constitucional de los sistemas de control.**

La Constitución de 1980 no reconoce un *principio de control* propiamente tal. Sin embargo, varios de sus principios fundamentan la aplicación de sistemas específicos de control, como ocurre con el principio de juridicidad. Además, se reconocen constitucionalmente algunos sistemas de control presupuestario, de gasto y de juridicidad, principalmente, en la configuración constitucional de la Contraloría General de la República y en la regulación especial de la tramitación de la Ley de Presupuestos.

---

<sup>67</sup>SILVA CIMMA y VERDUGO (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público, op. cit.*

<sup>68</sup>Ibíd., pág. 13.

### **3.3.1.1. Control de juridicidad.**

El fundamento original de la Contraloría General de la República, junto con la auditoría de las cuentas fiscales, fue la revisión de la juridicidad de los actos de la Administración. Por eso ambas funciones aparecen juntas en el artículo 98 de la Constitución, que es el que define las funciones de la Contraloría.

Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Si bien la Constitución comprende dentro de sus principios fundamentales el principio de juridicidad de la actuación estatal, no le da una base tan fuerte a los controles de juridicidad. Este control no se concibe como un principio integral que complemente la gestión estatal, sino que como una atribución orgánica de Contraloría, y, por ende, lo circunscribe a la toma de razón, sólo una de las formas que recibe este control<sup>69</sup>.

Resulta llamativo que la doctrina busque el origen de ciertos controles no relacionados con el control de juridicidad, como la auditoría interna o la auditoría de gestión, en el propio control de juridicidad, siendo que tal subsunción no es posible, por tener una naturaleza absolutamente diferente.

### **3.3.1.2. Control democrático.**

Los sistemas de control democrático tienen un tratamiento parcial en la Constitución. La concepción tradicional de control democrático no va más allá de los frenos y contrapesos entre el Ejecutivo y el Parlamento y de los mecanismos que tiene el Parlamento para supervisar la acción del Ejecutivo. La Constitución contiene todas estas regulaciones en su artículo 52, donde señala, entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, «la fiscalización de los actos de gobierno». Allí

---

<sup>69</sup>Artículo 99º, Constitución Política de la República.

se establecen una serie de recursos, como la posibilidad de crear comisiones investigadoras y de acusar constitucionalmente a autoridades.

El artículo 8º, introducido a la Constitución con la Ley 20.050 de 2005, eleva a rango constitucional los principios de probidad y transparencia, los que pueden ser utilizados por la ciudadanía para ejercer el control sobre el Estado, pero aún la Constitución no contempla una concepción integral de control democrático que vaya más allá de la declaración de que «Chile es una república democrática».

La Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública añadió varias herramientas para que los ciudadanos pudieran obtener información sobre las actividades de los órganos de la Administración con carácter imperativo, y la Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana ha integrado varios mecanismos de participación y ha simplificado la constitución de agrupaciones de ciudadanos.

Los órganos contralores, tradicionalmente, han tenido como una de sus facultades básicas la posibilidad de efectuar requerimientos de información con carácter vinculante, que es lo que la Constitución le confiere a los grupos de ciudadanos respecto de todos los actos y sólo con las excepciones establecidas en el texto constitucional. Esto no sólo se circunscribe a la Administración del Estado, sino que, como veremos más adelante, se extiende a toda actividad que involucre *ejercicio de funciones públicas*, con importantes consecuencias para las asociaciones público-privadas, como las obras públicas dadas en concesión.

### **3.3.1.3. Control interno.**

La Constitución desconoce el concepto mismo de control interno, si bien en ella están sus elementos más importantes, que son la definición orgánica misma del Estado y las normas que autorizan las actuaciones estatales. El texto de la carta fundamental estructura la pirámide jerárquica de la Administración del Estado, sienta las bases orgánicas de los órganos de la Administración del Estado y fija las características de las unidades territoriales en que dividirá su acción.

El artículo 24, al definir al Presidente de la República, lo coloca en la cúspide de la pirámide jerárquica de la Administración del Estado.

Artículo 24.- El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto

tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Las competencias del Presidente de la República son muy amplias, pero tienen como límite el deber de respetar los principios del Estado y la división de los poderes establecida en la Constitución y en las leyes. El Presidente de la República nombra a los intendentes<sup>70</sup>, sus representantes en las regiones, y a los gobernadores provinciales, quienes lo representan en las provincias<sup>71</sup>. Por su parte, si bien los municipios aparecen configurados como órganos más independientes y de elección popular, igualmente deben coordinarse con la acción del gobierno central<sup>72</sup>.

Además de esto, la Constitución delega a una Ley Orgánica Constitucional, en el primer inciso de su artículo 38, la fijación de la orgánica y de la política de personal de la administración. Las leyes que tienen tal rango y que se encargan de dicha función son la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), y la Ley 18.834, Estatuto Administrativo.

Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

La Constitución entrega a la Contraloría General de la República la responsabilidad de llevar la contabilidad de la nación sin profundizar en la determinación de las normas contables del Estado, que la Contraloría dicta en virtud de su propia ley orgánica. Ni los manuales de buenas prácticas, los procedimientos de la Administración o las normas sobre archivos, son mencionados en el texto constitucional.

La probidad, que puede ser entendida como parte del principio de gestión directiva ética, tiene un tratamiento especial en el primer inciso del artículo 8° de la Constitución, conjuntamente con la transparencia. Es un principio separado de rango constitucional, exigible a los máximos dirigentes del Estado y a los privados contratantes con la Administración. Las infracciones a la probidad son sancionadas por la LOCBGAE, que tipifica conductas específicas violatorias del principio de

---

<sup>70</sup> Artículo 111° y siguientes, Constitución Política de la República.

<sup>71</sup> Artículo 116°, Constitución Política de la República.

<sup>72</sup> Artículos 118° y siguientes, Constitución Política de la República.

probidad, y por el Estatuto Administrativo, que fija los procedimientos para aplicar las sanciones. Además, las leyes sectoriales pueden estipular infracciones específicas al principio de probidad.

#### **3.3.1.4. Control de gestión.**

La gestión del Estado, históricamente, no ha sido visto como un proceso integral. La eficiencia y eficacia de la gestión en un Estado que está al servicio de la persona humana era vista, ante todo, como un deber ético que los empleados públicos debían cumplir, sin que existiera tradicionalmente una planificación estratégica o un enfoque hacia el impacto y el logro de resultados. Por eso, la Constitución no contempla mecanismos de auditoría de gestión que la consideren como un proceso continuo. Sin embargo, la Constitución Política de la República regula fases aisladas del proceso de auditoría de gestión, a través del procedimiento especial de tramitación de la Ley de Presupuestos, y de la fundamentación constitucional de la labor de control contable que realiza la Contraloría General de la República.

La tramitación de la Ley de Presupuestos recibe un tratamiento especial en el artículo 67 de la Constitución, justificado por razones históricas y de separación de poderes, porque la formulación del presupuesto es una tarea que corresponde a la Administración. CORDERO señala con acierto que las atribuciones conferidas al Parlamento durante la tramitación de la Ley de Presupuestos no corresponden ni pueden corresponder a funciones realmente legislativas, sino que sólo constituyen el ejercicio de un control democrático sobre los gastos excesivos<sup>73</sup>.

Artículo 67°. El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente.

La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos.

No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

---

<sup>73</sup>CORDERO (2007a) Revista de Derecho Administrativo.

Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, deberá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera que sea su naturaleza.

La Ley de Presupuestos debe ser presentada ante la Cámara de Diputados, actuando el Senado como cámara revisora<sup>74</sup>. La Constitución impone la obligación de establecer ciertas partidas en esta ley que financien a los Tribunales de Justicia<sup>75</sup>, los Gobiernos Regionales y los Fondos Nacionales de Desarrollo Regional<sup>76</sup>.

La Ley de Presupuestos es el título que habilita al Estado para gastar cualquier clase de dinero. Esta es la razón por la cual se ha considerado el control contable y el control financiero como un control de juridicidad respecto del cumplimiento, por parte del Estado, de los clasificadores presupuestarios señalados en dicha ley. El artículo 100 de la Constitución no sólo señala esto explícitamente, sino que establece como principio constitucional el *pago contra entrada presupuestaria*, el principio de la auditoría de gestión del Estado vía presupuesto.

Artículo 100.- Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago.

La planificación y programación de la acción del Estado, así como la evaluación de los programas de cada uno de los órganos de la Administración del Estado, no ha recibido tratamiento en la Constitución.

### **3.3.2. Actos de control.**

La función en general de los sistemas de control es la introducción de controles específicos en los procesos, para revisar su marcha o sus actuaciones. Al tener el control como responsable último el superior jerárquico del Estado, los actos a través de los cuales se aplican estos controles no

---

<sup>74</sup> Artículo 65, inciso 2º, Constitución Política de la República.

<sup>75</sup> Artículo 97, Constitución Política de la República.

<sup>76</sup> Artículo 115, Constitución Política de la República.

se diferencian de los actos normales de la Administración en cuanto a su naturaleza. Los actos de control variarán, por ende, entre los que se pueden aplicar en órganos centralizados, órganos descentralizados, instituciones independientes del Estado, o, incluso, entes privados. Esto tiene relevancia tanto respecto de la intensidad de los controles que debe soportar cada uno de ellos, como en su fundamento.

El control interno de la Administración del Estado, impuesto a través del principio jerárquico y de reglamentos e instrucciones dictadas en virtud del Título II en adelante de la LOCBGAE, estará ausente en los órganos descentralizados. Por su parte, en toda la Administración del Estado, tanto centralizada como descentralizada, están presentes los lineamientos de control y las facultades de auditoría de la Contraloría General de la República, que tienen base constitucional. La Contraloría General de la República tiene potestades de control extensas sobre las empresas públicas y aquellas donde el Estado tiene participación, Aún las empresas privadas están afectas a algunos de estos controles, en la medida que reciben fondos públicos, a los que se pueden sumar los que ejercen sobre ellas las superintendencias en la medida en que ejerzan funciones públicas, por medio de la teoría de la *relación de sujeción especial*<sup>77</sup>.

El profesor SILVA CIMMA hace un compendio de los actos que la Administración tiene disponibles para establecer controles, clasificándolos de la siguiente forma<sup>78</sup>:

1. Actos de autorización. Consisten en actos administrativos trámite que tienen la función de otorgar a una autoridad o un órgano administrativo la facultad para emitir un acto administrativo final. Estos actos forman parte del procedimiento de tramitación del acto administrativo y son un requisito para su validez. Un ejemplo de acto de autorización puede ser el acuerdo del Senado que precede a un nombramiento que requiere tal acuerdo.
2. Actos de aprobación. Son actos administrativos que aceptan como buenos actos de otros órganos administrativos, o de personas particulares, otorgándoles con ello eficacia. La dife-

---

<sup>77</sup>LÓPEZ BENÍTEZ, en el marco del derecho administrativo español, definirá las relaciones de sujeción especial como «las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación». RUFÍAN, por su parte, aplica esta teoría para justificar la regulación especial que tienen las sociedades concesionarias de obras públicas. Véase RAMÍREZ, M. L. (2009) Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En *Vniversitas*, 1, Nr. 118 [En línea] ([http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/11-Consideracionesalafigura\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/11-Consideracionesalafigura_000.pdf))

<sup>78</sup>SILVA CIMMA y VERDUGO (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*, op. cit., págs. 66 a 82.

rencia con la autorización es que la aprobación se presta *a posteriori*, una vez que el acto a ser aprobado ya ha nacido a la vida jurídica. Es un requisito de eficacia de esos actos. Según SILVA CIMMA, la mayoría de los actos de control que realiza la Contraloría son actos de aprobación.

3. Actos de visa o consulta. Son actos administrativos trámite mediante los cuales, como parte de un procedimiento administrativo, se solicita una opinión a un órgano consultivo. No es necesario que el órgano consultivo apruebe o rechace el acto para que no haya vicio procedimental; basta con que se le pida la opinión. Un buen ejemplo de este tipo de actos es la consulta que hace el MOP al Consejo de Concesiones, al momento de declarar una propuesta privada como de interés público. Estas opiniones se denominan, en doctrina, «actos preparatorios de dictámenes».
4. Actos de inspección. Son hechos administrativos consistentes en la investigación material, arqueos de caja o visitas en terreno, entre otras. Buscan constatar la veracidad de las condiciones detectadas en los informes de gestión. Un gran ejemplo de esta clase de control es la inspección fiscal, en los contratos de concesión, que es el órgano que constata en terreno el cumplimiento del contrato de concesión de obra pública.
5. Actos de reparo. Son observaciones que se manifiestan por escrito a través de un órgano de control, respecto de una cuenta, una vez ésta ha sido examinada. Se fundan en actos previos de inspección, y, por ende, deben ser específicas y fundamentadas.
6. Actos de informe. Constituyen una relación detallada de la gestión de un órgano determinado, acompañadas de un juicio concreto sobre una materia consultada. Los Balances de Gestión Integral y la documentación solicitada a través de las bases de licitación en autopistas concesionadas son dos buenos ejemplos de actos de informe.
7. Actos de dictamen. Son actos administrativos que interpretan la ley vigente, la normativa contable o financiera, o las circulares regulatorias, emitidos por un órgano de la administración fiscalizadora y que versan sobre una materia determinada. Pueden ser, dependiendo de la legislación vigente, vinculantes. Las Superintendencias y la Contraloría General de la República, en conjunto con otros órganos, emiten dictámenes, que son vinculantes respecto de sus esferas de competencia.
8. Actos instrucciones. Son las órdenes manifestadas a través de actos administrativos que los

órganos del Estado pueden emitir para corregir situaciones anómalas detectadas, interviniendo de esta forma directamente en los procesos. Un ejemplo de esto son las órdenes que emite el Inspector Fiscal al concesionario, en virtud del contrato de concesión, para salvar un incumplimiento contractual.

9. Actos de asesoría. Son opiniones técnicas y consultivas, realizadas por el órgano contralor, con el fin de promover la eficiencia, la probidad y el mejoramiento del control interno de otros órganos de la Administración. Como veremos más adelante, la Administración puede contratar asesorías privadas, contratos que, en el caso del MOP, tienen una regulación específica.
10. Actos de sanción. Son actos que persiguen la corrección de situaciones anómalas a través de la ejecución directa de obligaciones a costa del incumplidor, la reparación de daños causados, la imposición de multas o el cobro de boletas de garantía. Tienen por objeto dotar de eficacia a las órdenes dictadas los órganos de control en ejercicio de su facultad para dictar instrucciones.

Los actos de control forman parte, en apariencia, de las facultades en sentido estricto de los órganos de control. Sin embargo, un examen más atento descubrirá que los actos instrucciones son la forma en la cual se manifiesta formalmente el principio jerárquico, mientras que los actos de dictamen y los actos de autorización pueden ser usados para introducir en el procedimiento administrativo guías de buenas prácticas y políticas de archivo. Por su parte, los actos de inspección y los actos de reparo se basan en la potestad inspectora de la Administración, que es propia de los órganos de control externo desde el punto de vista orgánico.

Mención aparte merecen los actos de sanción. Si bien la aplicación directa de las sanciones puede ser administrativa, éstas son impugnables ante los tribunales. La doctrina jurídico-administrativa moderna, al respecto, señala que en este caso es necesario observar estándares análogos a los del Derecho Penal, y será la Administración la que tenga la carga de probar la ocurrencia de la infracción y los elementos típicos que la constituyen.

### 3.4. Clasificaciones del control en el Estado.

La clasificación del control en el Estado que aquí se propone, de acuerdo con su naturaleza material (control interno, control de gestión, control de juridicidad y control democrático), se superpone a otras clasificaciones que han sido propuestas históricamente por la doctrina. De esta forma, un resumen de las clasificaciones propuestas por nosotros y por la doctrina queda como sigue.

#### 1. De acuerdo con la naturaleza material del control.

- a) Control interno. Consiste en el conjunto de planes, métodos y procedimientos adoptados por la Administración del Estado para asegurar la debida protección del patrimonio público, la adecuada contabilización de sus operaciones, y el desarrollo de la actividad de la Administración activa de acuerdo con la normativa vigente y según las metas y objetivos trazados por el Estado, y por cada uno de sus servicios. El control interno se basa en el principio jerárquico, por lo que, desde el punto de vista material, comprende los controles de mérito, oportunidad y conveniencia, además de las siguientes definiciones:
  - 1) Definición de la estructura organizacional. Si bien, en un primer nivel es definida por la ley o reglamento autónomo orgánico del servicio, el jefe del servicio es quien confecciona el organigrama interno y describe los cargos, mediante normativas internas.
  - 2) Normas de autorización y procedimiento. Las normas que, en un primer nivel, son definidas por la ley orgánica del servicio, la LOCBGAE y el Estatuto Administrativo, y, en un segundo nivel, mediante reglamentos y delegaciones de carácter particular que hace el Presidente de la República y los respectivos jefes de servicio, deben ser cumplidas, situación que la doctrina ubica en el control de juridicidad<sup>79</sup>.
  - 3) Archivo de antecedentes. Esta tarea se radica en cada servicio, respecto de las instrucciones internas, y en la Contraloría General de la República respecto de las normas que tengan efecto sobre terceros.

---

<sup>79</sup>Como veremos más adelante, la frontera entre la auditoría interna y el control de juridicidad, en lo que se refiere al cumplimiento de las normas de procedimiento, es sólida y está en el artículo 13 de la LBPA, expresada como el «principio de no formalización». La violación de la juridicidad sustantiva tiene consecuencias administrativas que son muy distintas a las que trae la simple inobservancia de normas de procedimiento.

- 4) Prácticas adecuadas. En los órganos públicos, sobre la base que impone la ley 19.886 y los reglamentos autónomos, se asientan los manuales de buenas prácticas institucionales.
  - 5) Personal. Sobre la base del Estatuto Administrativo, la LOCBGAE y la ley orgánica del servicio, cada servicio desarrolla una política de personal encaminada a enlazar al personal hacia el cumplimiento de los fines del servicio. Esto comprende la contratación, pasa por la capacitación y la evaluación, y termina con el despido, la promoción o la jubilación.
  - 6) Acción directiva ética. La ley 19.653 integró un título III completo a la LOCBGAE, sentando las bases del principio de probidad administrativa. El Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, además de los propios servicios, deben velar por su vigencia. La Contraloría General de la República, además de actuar como auditor externo, tiene aquí competencias sancionatorias específicas.
- b) Control de gestión. Es un proceso que parte desde interacción entre las unidades del Estado y pasa por el ciclo completo de actividad del Estado, que va desde la determinación de sus fines y objetivos, pasando por la planificación estratégica y el presupuesto, y que continúa con la ejecución del programa, su evaluación y la decisión sobre su continuidad. Este proceso está directamente ligado con el cumplimiento de los niveles de servicio exigidos por la ley al Estado, y comprende una serie de elementos.
- 1) El control presupuestario de la Administración<sup>80</sup>. Si bien el presupuesto mismo es un acto de planificación, el control de la ejecución presupuestaria alcanza todas las fases del proceso de gestión. Esto ocurre a dos niveles.
    - a' En un primer nivel (intraadministrativo), el control de la planificación presupuestaria y de la ejecución del presupuesto es llevado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.
    - b' En un segundo nivel, esto es realizado a través de las verificaciones contables y del juicio de cuentas, realizado por la Contraloría General de la República.
  - 2) La planificación de la gestión. Mientras la gestión propiamente tal está a cargo de los servicios, la planificación de la gestión corre a cargo de la Dirección de Presupuestos.

---

<sup>80</sup>Véase el artículo 51 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

- 3) La evaluación y revisión de la gestión del servicio. La gestión del servicio debe estar conforme con:
    - a' Los objetivos, misión y visión del servicio.
    - b' Las metas asignadas para el año calendario.
    - c' Las normas de gestión aprobadas, el mérito y la oportunidad que defina el jefe del servicio.
    - d' La revisión del control interno del servicio.
  - 4) El control de resultados y los controles finales. Usa los resultados obtenidos por el servicio para revisar los planes del servicio, reformular el propio servicio, o mejorar el proceso supervisado.
- c) Control de juridicidad. Es aquel que revisa la adecuación de los actos administrativos a las normas jurídicas constitucionales, legales y reglamentarias. Desde el punto de vista material comprende:
- 1) Los controles que internamente realiza cada servicio sobre sí mismo, para evaluar el cumplimiento de las normas de procedimiento.
  - 2) La toma de razón y los controles análogos a la toma de razón de la Contraloría General de la República.
  - 3) Las acciones de nulidad de derecho público y de protección que se siguen ante los Tribunales de Justicia.
- d) Control democrático. Corresponde a los mecanismos que tiene el pueblo, como detentador último del poder, para revisar la conformidad de las decisiones tomadas con la voluntad popular. Se agrupa en dos clases.
- 1) Los frenos y contrapesos que existen entre la administración activa y el Parlamento, sobre la base de la representación popular. Este es el *control político*, en su acepción tradicional.
  - 2) Las acciones directas de control que llevan adelante los ciudadanos, a través del derecho de petición, de las solicitudes de información, de las reclamaciones administrativas, del principio de transparencia activa y de los procesos regulados de participación ciudadana.

2. De acuerdo con el momento en que se realiza.

- a) Controles preventivos. Se ejercen antes de que los actos de la Administración entren en vigencia.
  - b) Controles concomitantes. Se activan en el mismo momento en que el acto entra en vigencia.
  - c) Controles *a posteriori* o represivos. Ocurren luego de que el acto ya ha entrado en vigencia.
3. De acuerdo con la naturaleza orgánica del control. Esta es la clasificación que históricamente ha usado la doctrina.
- a) Control interno. Corresponden al control que ejerce la Administración del Estado sobre sí misma. Pueden ocurrir dentro de un órgano de la Administración determinado (controles internos intraórgano), o entre dos o más órganos de la Administración (controles internos interórgano). Su fundamento es el principio jerárquico.
  - b) Control externo. Corresponde a varios tipos de controles, todos, caracterizados por ser titularidad de órganos ajenos a la Administración. El principal de ellos, en cuanto al rol contralor, es la Contraloría General de la República.
    - 1) Control de juridicidad. Corresponde al control que ejerce Contraloría respecto de ciertos actos administrativos. Comprende la *toma de razón*. Además, comprende algunas acciones de protección y de nulidad de Derecho Público llevadas adelante ante los Tribunales de Justicia, en cuanto dejan sin efecto actos administrativos antijurídicos.
    - 2) Control contable y financiero. Se refiere a las funciones de auditor que la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República le entrega a dicho organismo.
    - 3) Potestad inspectora de la Administración. Consiste en un ejercicio de poder público que regula a sujetos determinados, ya sean de derecho público o privado, que prestan servicios de interés público, y su fundamento está situado en relaciones de sujeción especial. Este es el control que realizan las Superintendencias respecto de privados que ejercen funciones públicas.
4. De acuerdo con el órgano que ejerce el control. Como veremos en su momento, es posible encontrar controles de todas las clases, en cuanto a la materia, en todos los órganos del

Estado, independientes o no.

- a) Controles parlamentarios. Son aquellos controles ejercidos por el Parlamento.
- b) Controles jurisdiccionales. Son los controles ejercidos por los Tribunales de Justicia<sup>81</sup>.
- c) Controles administrativos. Son actos de control realizados por los órganos de la Administración del Estado. Esta clasificación comprende toda la gama de controles que ocurren dentro de cada órgano de la Administración activa, los actos de control de la Administración fiscalizadora respecto de sujetos de derecho público y privado, y la Auditoría Interna General de Gobierno.
  - 1) Órgano de la administración activa. Cada órgano, junto con realizar actos de control sobre sí mismo, mantiene el control interno sobre sus empleados, suministra información sobre el control interno y el control de gestión al Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, e información contable.
  - 2) Sistemas de coordinación centralizada no independientes. Son la Dirección de Presupuestos y el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.
  - 3) Órganos de la Administración fiscalizadora. Estos órganos realizan controles especializados sobre la Administración, y, en ocasiones, controles sobre entes privados ubicados en mercados regulados. Son:
    - a' Contraloría General de la República. Es un órgano acentralizado y constitucional.
    - b' Superintendencias. Son órganos independientes que realizan controles acotados en mercados determinados, sobre sujetos de derecho público o privado.
    - c' Fiscalización de la Administración activa. En esta categoría caben órganos como la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la Dirección del Trabajo y la propia Inspección Fiscal del MOP, todos, órganos dependientes de la Administración que realizan controles sobre sujetos de derecho privado.

---

<sup>81</sup>Los Tribunales de Justicia no sólo resuelven controversias promovidas entre particulares, o entre un particular y el Estado, sino que ejercen, teóricamente, un poderoso control de juridicidad respecto de los actos de la administración a través del *contencioso administrativo anulatorio*. Éste, como se verá en su momento, se diferencia del *contencioso administrativo indemnizatorio*, que busca, más que la anulación de un acto administrativo determinado, invocar la responsabilidad del Estado y condenarlo a una indemnización por falta de servicio, en caso de acto ilícito, o determinar la necesidad del Estado de pagar una indemnización por la expropiación sufrida, en caso de actos lícitos.

### 3.5. Primera clasificación: Materia.

Históricamente, la doctrina ha distinguido aquí entre el control de legalidad o jurídico, que consiste en la revisión de la adecuación de los actos de la Administración a la ley, y el control político, que responde a ciertos frenos y contrapesos entre un poder del Estado, el parlamento, y la Administración del Estado. Como ya hemos adelantado, desecharemos esta clasificación, por obsoleta.

1. El *control interno*, que incluye a todos aquellos controles que emanan de la potestad jerárquica de la Administración que no son controles de juridicidad, es la columna vertebral sobre la cual se estructura la posibilidad real que tiene el gobernante de hacer realidad su programa de gobierno, lo que permite, finalmente, el cumplimiento de las exigencias que el ordenamiento jurídico impone al estado.
2. El *control de gestión*, a partir de la acción planificada y medida del Estado, permite, en efecto, concretizar los altos fines que la Constitución y las leyes impone al Estado, a través de la elaboración de programas, la asignación de recursos para ellos, su ejecución, la medición de impacto de dichos programas, y la realización de nuevos planes que tengan como referencia los resultados obtenidos. Tampoco se puede pensar el control sin tener en vista esto, que, dicho sea de paso, es el otro componente que permite al Estado cumplir con los niveles de servicio que la ley le exige.
3. El *control de legalidad* se ha expandido. Ya no basta con contrastar la actuación de la Administración con normas de rango legal, sino que también es necesario someterla a la Constitución, a los principios constitucionales, a los tratados internacionales, y al resto de las normas de inferior jerarquía, como otros reglamentos<sup>82</sup>. Por esto ya no se habla en la doctrina jurídico-administrativa más avanzada de control de legalidad, sino que de *control de juridicidad*.
4. El control político también se ha expandido. Los parlamentarios ya no son los únicos que tienen la información y la capacidad de requerirla, controlando a la Administración, sino que los ciudadanos pueden hacer eso directamente usando del principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas. Además, cada vez es más frecuente el ensamble de

---

<sup>82</sup>Esto se denomina en doctrina *inderogabilidad singular del reglamento*: si existe una norma de rango reglamentario de vigencia general, la Administración no puede realizar discriminaciones arbitrarias sobre la base de otras normas reglamentarias de vigencia particular.

grupos ciudadanos que intentan frenar un poder privado que en varios casos se equipara o supera al propio poder del Estado. Por eso, el control político se ha *democratizado*.

El control de juridicidad tiene como titular principal a la Contraloría General de la República, con una gran intervención de los tribunales de justicia y de la propia Administración; el control democrático se manifiesta a través de la acción de la ciudadanía y de sus representantes; la auditoría interna, que comprende las herramientas mediante las cuales el Estado moviliza sus funcionarios y recursos para la consecución de sus objetivos específicos, se desarrolla a través de la acción de los propios servicios y del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno; y el control de gestión, que comprende la creación, aplicación y evaluación de los programas que constituyen la acción del Estado, es revisado por la Dirección de Presupuestos. Tanto el control interno como el control de gestión, además, puede ser revisado por empresas auditoras externas, a solicitud de los servicios.

### **3.5.1. Control de juridicidad.**

El control de juridicidad consiste en la revisión de la adecuación de los actos de la Administración del Estado al conjunto del ordenamiento jurídico. Si bien, en sentido amplio, se puede decir que todas las formas de control que se ciernen sobre la Administración del Estado son formas de control de juridicidad en la medida en que existan normas jurídicas que exijan diversos estándares de servicio, gestión e incluso participación al Estado, en un sentido estricto el control de juridicidad se cierne sobre las actuaciones de la Administración que involucran una producción normativa, y vigila la conformidad de los decretos, resoluciones, instrucciones y reglamentos con el ordenamiento jurídico sustantivo, tanto de rango constitucional, como legal y reglamentario<sup>83</sup>.

Las ilegalidades de procedimiento cometidas como parte de la dictación de un acto administrativo son, como regla general, materia de control interno y no de control de juridicidad<sup>84</sup>. De esta forma, cualquier vicio de procedimiento que no recaiga en requisitos esenciales de los actos administrativos y que no afectare intereses de terceros no será un vicio de validez del acto, y el evitar tales

---

<sup>83</sup>La doctrina reconoce que los reglamentos de vigencia general deben ser respetados cuando el Estado dicta reglamentos particulares. Esto, que en doctrina se llama la «inderogabilidad singular del reglamento», también es parte de un control de juridicidad integral.

<sup>84</sup>Esto es duramente combatido por SOTO KLOSS, quien en el artículo *La Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, ¿Aleluya o Miserere?*, sostiene que la LBPA adolece de varios vicios de inconstitucionalidad, puesto que la Constitución exige el cumplimiento estricto de todas las normas jurídicas en la dictación de actos administrativos, aún de las más mínimas.

ilegalidades se vuelve materia propia de las guías de procedimiento asociadas a la gestión pública. El límite entre ambos tipos de control, en lo que se refiere a los actos administrativos, está dado por el artículo 13° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Artículo 13°. *Principio de la no formalización.* El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

El control de juridicidad opera a varios niveles, tanto dentro de cada servicio, que busca evitar la ilegalidad en su propia actuación, como fuera, existiendo un órgano cuya función por excelencia es precisamente este tipo de control. La excepción a esta regla vendrá dada, precisamente, cuando el ordenamiento jurídico señale otra cosa, o cuando, producto de la omisión de la regla, se produzca un perjuicio, traducido en afectación de derechos fundamentales, al interesado.

#### **3.5.1.1. Control de juridicidad intraórgano.**

La frontera del artículo 13 de la LBPA no obsta a que la juridicidad sustantiva de los actos administrativos pueda ser controlada por los propios órganos de la Administración activa, como de hecho ocurre. Esto se ve reforzado al ser el superior jerárquico del servicio responsable de la juridicidad de todos los actos del servicio.

Todos los actos administrativos cuentan con una presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad ante los administrados, que les es otorgada por el artículo 3 de la LBPA. Esta presunción sólo se romperá a través de una orden que puede ser dada por la propia Administración o por un tribunal, en el marco de un procedimiento impugnatorio. Sin embargo, el jefe del servicio, como responsable de la juridicidad de los actos de un servicio, puede, de oficio, invalidar dichos actos de conformidad a las disposiciones del artículo 61 de la LBPA, esto es, a menos que la ley o la naturaleza del acto lo impidan, o que se afecten derechos que un tercero ha adquirido de forma legítima. A contrario sensu, sería posible despojar a un tercero de los derechos adquiridos a causa

del error de la Administración cuando dicha adquisición no es legítima, a ojos del interés público, del procedimiento seguido o de los derechos de otros que compiten con el tercero afectado.

Artículo 61. *Procedencia [de la revisión de oficio de los actos de la Administración]*. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado.

La revocación no procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
- c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

Los servicios cuentan con unidades especializadas que revisan internamente que las actuaciones del servicio se adecuen, materialmente, a las exigencias legales. Estas unidades son las Fiscalías y las Unidades Jurídicas, configuradas por las propias leyes orgánicas de cada servicio. Ambos tipos de unidades, además de revisar internamente que los actos administrativos emitidos por el servicio sean conformes a derecho, asesoran al jefe del servicio y colaboran para que la gestión del servicio sea en todo momento apegada a Derecho. Estas Fiscalías y Unidades Jurídicas están sujetas a la dependencia técnica de la Contraloría General de la República, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por estos funcionarios<sup>85</sup>.

### **3.5.1.2. Contraloría General de la República.**

El control de juridicidad, en sentido amplio, puede justificar la aplicación de cualquier clase de control en la medida en que una norma jurídica así lo exija. Esta concepción ha ayudado a que un órgano originalmente concebido para aplicar el control de juridicidad de los actos administrativos en un sentido restringido, la Contraloría General de la República, haya asumido con el tiempo funciones de auditoría interna y de gestión. Sin embargo, la función primordial de la Contraloría es el control de juridicidad en sentido restringido, y la Constitución le entrega la forma más importante de ejercicio de dicha función, la *toma de razón*, de forma exclusiva y excluyente.

La Contraloría General de la República, si bien está definida por su propia Ley Orgánica, la Ley 10.336<sup>86</sup>, es un órgano constitucional e independiente. Tres artículos de la Constitución definen

<sup>85</sup> Artículos 6º inciso 4º y 19º, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

<sup>86</sup> Si bien no es propiamente tal una Ley Orgánica Constitucional, tiene rango de tal en virtud de la disposición cuarta transitoria de la Constitución.

su existencia, su independencia absoluta de todo otro órgano, le asignan como función exclusiva y excluyente una parte importante del control de juridicidad sustantiva de los actos administrativos, y delimitan los otros tipos de potestades que como órgano tiene la Contraloría, las que apuntan a la revisión de los informes contables de los servicios y al juicio de cuentas.

El primer artículo de la Ley 10.336 define de la siguiente manera a la Contraloría.

Artículo 1°. La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención.

La Contraloría estará obligada a ejercer en forma preferente las atribuciones señaladas en el inciso anterior, en los casos de denuncias hechas o investigaciones solicitadas en virtud de un acuerdo de la Cámara de Diputados.

La Constitución no sólo determina la existencia de la Contraloría General de la República, sino que establece el núcleo de sus competencias públicas, que por ese solo hecho se transforman en únicas, exclusivas y excluyentes. La Contraloría es totalmente autónoma del Presidente de la República, y éste ni siquiera puede vigilarla, ya que es la Constitución quien fija el procedimiento para nombrar, acusar y destituir al Contralor General<sup>87</sup>, el jefe directo de la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República extiende sus potestades de control de legalidad sobre:

1. Los servicios institucionales fiscales, semifiscales, organismos autónomos, servicios públicos en general que son creados por ley, y las empresas del Estado, creadas por ley de quórum calificado.
2. Las Superintendencias, pero sólo en lo relativo a la observancia de instrucciones y la entrega de los informes y antecedentes que la Contraloría requiera.

---

<sup>87</sup> Artículo 98, Constitución Política de la República; Artículo 3° inc. 1°, Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

3. Los particulares, sólo en la medida en que reciban fondos del Estado. La Contraloría General de la República revisará que estos fondos hayan sido destinados al fin que se tuvo en vista cuando el Estado los entregó.

Las funciones de la Contraloría General de la República son administrativas y de control. Salvo en el juicio de cuentas, la Contraloría no ejerce funciones jurisdiccionales, ni siquiera cuando instruye sumarios y aplica sanciones a trabajadores del Estado. Su relevancia es notable, y tiene competencias de control sobre otras áreas ajenas al control de juridicidad que examinaremos oportunamente.

**3.5.1.2.1. Estructura orgánica.** La Contraloría General de la República tiene una estructura relativamente flexible. Sus bases orgánicas están dadas por su Ley Orgánica Constitucional, pero el Contralor General de la República tiene amplias atribuciones para reestructurar el servicio de la manera en que estime conveniente<sup>88</sup>.

Su jefe es el Contralor General de la República, quien debe ser un abogado. Su nombre es propuesto por el Presidente de la República al Senado, que aprobará su nombramiento con el voto de tres quintos de sus miembros. Dura 8 años en el cargo, es inamovible, tiene fuero, y sólo puede cesar en su cargo cumpliendo su periodo, cumpliendo más de 75 años de edad, o a través de una acusación constitucional por notable abandono de deberes<sup>89</sup>. Junto con dos abogados destacados en la labor profesional o universitaria, propuestos por el Contralor General al Presidente de la República, conforma el tribunal de segunda instancia en el juicio de cuentas, un juicio de responsabilidad ante la disconformidad de las cuentas de un servicio público que será analizado posteriormente.

Bajo el Contralor General de la República se ubica el Subcontralor, un funcionario de confianza del Contralor General y quien le subroga. Además, se dedica a estudiar materias que le son encomendadas por el Contralor General, puede firmar en su nombre, y es el tribunal de primera instancia en el juicio de cuentas<sup>90</sup>. Al igual que el Contralor General, es inamovible y tiene fuero. Es el juez de primera instancia en el juicio de cuentas.

El Contralor y el Subcontralor General son apoyados por un gabinete de su entera confianza. El jefe de gabinete puede servir como secretario en los comités que el Contralor decida, y el gabinete

---

<sup>88</sup>El artículo 2° de la LOCCGR permite al Contralor General nombrar, con cargo al presupuesto de la Contraloría, tantos funcionarios como sean necesarios con cargos inferiores al de jefe de departamento, suprimir, crear, o fusionar subdepartamentos.

<sup>89</sup>Artículo 4°, LOCCGR.

<sup>90</sup>Artículo 27°, LOCCGR.

realiza el seguimiento de los acuerdos adoptados e informa al Contralor sobre el cumplimiento de los plazos.

La Contraloría General de la República está compuesta por los siguientes departamentos y subdepartamentos<sup>91</sup>.

1. Secretaría General. Se encarga de la administración interna de la Contraloría<sup>92</sup>. Esto comprende:

- a) El mantenimiento y evaluación del control interno dentro de la Contraloría. Esta unidad administra la política de personal, lleva la contabilidad del servicio, hace los pagos y rinde las cuentas respectivas, y evalúa todos los criterios del control interno en la línea de los lineamientos generales para la Administración del Estado.
- b) Recibe los documentos sometidos a tramitación, envía los documentos tramitados a los servicios, y manda instructivos internos a las distintas regiones, además de manejar otra correspondencia.
- c) Mantiene el archivo de la documentación de la Contraloría. Para esto, recopila todas las leyes, reglamentos y decretos de interés general, así como el registro de todos los funcionarios sujetos a la obligación de rendir caución, y las cauciones recibidas.

2. División Jurídica. Su función principal es el examen y la emisión de dictámenes sobre la legalidad o constitucionalidad de los decretos supremos y de las resoluciones que expidan los Jefes de Servicios u Oficinas, así como sobre los antecedentes que los servicios remiten en consulta jurídica al Contralor.<sup>93</sup> Además:

- a) Expide informes cuando se constatan, en una inspección en terreno, hechos que pueden servir de base para invocar la responsabilidad civil o criminal de un funcionario.
- b) Informa en derecho sobre las apelaciones deducidas contra las resoluciones de primera instancia en los juicios de cuentas.

---

<sup>91</sup>Se advierte al lector que el esquema aquí ofrecido puede parecer confuso. Se ha intentado aquí conjugar el esquema de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República con el esquema orgánico actual de la Contraloría, estructurado a través de resoluciones del Contralor General.

<sup>92</sup>Artículo 43, LOCCGR.

<sup>93</sup>Artículo 33°, LOCCGR.

3. Departamento de Contabilidad. Le corresponde llevar la Contabilidad General de la Nación<sup>94</sup>. Para este menester, este departamento cumple con una triple función.
  - a) Fija la normas de contabilidad general. Cada servicio se encarga, bajo este modelo, de llevar su propia contabilidad, a través de su Unidad de Contraloría Interna. Esta información es consolidada luego por este Departamento.
  - b) Consolida la información de contabilidad de los servicios, fiscalizando apropiadamente el uso de los recursos y remitiendo esta información al Contralor General. Se examinan las cuentas de los servicios sujetos a la fiscalización de la Contraloría, de las empresas estatales o aquellas en que el Estado tiene participación mayoritaria y los organismos descentralizados. Este examen se relaciona también con:
    - 1) La mantención actualizada de la Ley de Presupuestos. Ello incluye la reasignación de recursos y la modificación de estimaciones de ingresos y egresos, a través de la toma de razón de los decretos que lo autorizan.
    - 2) La actualización mensual de los ingresos de las Municipalidades.
  - c) Presenta al Contralor informes mensuales sobre el estado de avance de la ejecución del Presupuesto y, a fin de año, el Balance General de la Hacienda Pública y la Cuenta de Inversión correspondientes al ejercicio financiero de cada año. Este balance incluye el estado de los activos y pasivos fiscales.
4. Fiscalía. Le corresponde emitir la vista fiscal en el Juicio de cuentas. También es quien ejerce las acciones ejecutivas respecto de los créditos adeudados al fisco y de las sentencias de los juicios de cuentas, y, en general, entabla los recursos que interesan al Fisco o a una institución determinada.
5. Toma de razón y registro. Se encarga de dos competencias claramente diferenciadas en la LOCCGR: la toma de razón<sup>95</sup> y el registro de los funcionarios públicos<sup>96</sup>. Sus competencias son las siguientes.
  - a) Toma razón de los actos de la Administración referentes, principalmente, a los derechos y deberes de los funcionarios. Se propone al Contralor la toma de razón de estos actos, su representación, observación, o los alcances que se decida hacer.

---

<sup>94</sup> Artículo 34°, LOCCGR.

<sup>95</sup> Artículo 37°, LOCCGR.

<sup>96</sup> Artículo 38°, LOCCGR.

- b) Estudia la legalidad de todos los decretos de nombramiento de personal de los servicios fiscalizados por Contraloría, y realiza el registro de todas las resoluciones y decretos exentos, así como de los decretos de nombramiento de personal de las municipalidades. Aquí se lleva un registro de los funcionarios públicos, ya sean de planta o contratados, fiscalizándose el pago de las remuneraciones de los funcionarios públicos y del personal contratado a honorarios.
  - c) Estudia la legalidad de los desahucios y de la concesión de beneficios previsionales a los funcionarios públicos, así como de los sumarios administrativos.
  - d) Realiza inspecciones en terreno, siempre en materias relativas a personal y de acuerdo con las observaciones planteadas en procesos de toma de razón.
6. Auditoría. Su función consiste en realizar auditorías en los servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría, que evaluarán el cumplimiento que se tiene en el servicio de los principios de gestión y de la normativa contable otorgada por el Departamento de Contabilidad. Además puede:
- a) Realizar inspecciones especiales, por medio de delegados designados por el Contralor, en cualquier oficina pública o servicio fiscalizado por la Contraloría General de la República. Estas investigaciones pueden estar motivadas por denuncias hechas por parlamentarios, así como por otras autoridades. Estas inspecciones se harán por medio de una unidad especial, la Unidad de Auditorías Especiales.
  - b) Instruir sumarios administrativos para perseguir eventuales responsabilidades funcionarias, en el caso de que las hubiere.
7. Infraestructura y Regulación. Es una división especializada encargada de tomar razón de los decretos y resoluciones emanados del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, así como de todos los decretos y resoluciones emanados de jefes de servicio y relativos a obras públicas. Esta es la división que tiene a su cargo la ejecución de auditorías externas en la construcción de obras públicas.
8. Coordinación e Información Jurídica. Es la que ordena, sistematiza y compila la jurisprudencia administrativa, y atiende cualquier consulta que sobre ella tengan los servicios públicos y la propia Contraloría General de la República. Esta jurisprudencia está constituida por los

dictámenes emanados por los diferentes Departamentos y Subdepartamentos de la Contraloría General de la República<sup>97</sup>. Además, archiva las leyes y decretos reglamentarios, los boletines de sesiones del Congreso Nacional y las historias de la ley.

9. Municipalidades. Esta división toma razón de los decretos supremos y resoluciones de las autoridades administrativas no municipales, en cuanto se refieran a materias regidas por el derecho municipal. También:

- a) Propone al Contralor General los dictámenes relativos a materias propias de la legislación municipal, y emite instrucciones sobre la aplicación de las normas de derecho municipal.
- b) Efectúa auditorías e inspecciones respecto de los organismos municipales.
- c) Registra a los funcionarios municipales, y las resoluciones que les afectan<sup>98</sup>.

Este andamiaje es replicado en cada región, bajo el mando de los Contralores Regionales, que sólo responden al Contralor General, a su Subcontralor, y a su gabinete.

Además de esto, en cada servicio y Ministerio fiscalizado por la Contraloría General de la República debe existir una Contraloría Interna, o Unidad de Auditoría Interna. Esta unidad tiene dependencia técnica de la Contraloría General de la República, y tiene ciertas particularidades que serán analizadas en su momento.

Como se puede apreciar, las competencias que aparecen en el organigrama de la Contraloría General de la República son inmensas. La Contraloría no sólo está definida por su rol en el control de juridicidad de los actos de la Administración, sino que realiza además auditorías de gestión, emite dictámenes y registra el personal, además de tener algunas facultades anexas que no son de control. Sin embargo, su función principal ha sido, históricamente, el control de juridicidad a través del procedimiento conocido como *toma de razón*.

**3.5.1.2.2. Toma de razón.** La toma de razón es una prerrogativa que le corresponde a la Contraloría por mandato constitucional. El profesor CORDERO, al respecto, la define como «el análisis

---

<sup>97</sup>La jurisprudencia administrativa sólo está compuesta por las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República, en las materias a las que se refiere el artículo 1º de la LOCCGR (Artículo 6º LOCCGR).

<sup>98</sup>Artículo 46, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

que el órgano de control efectúa sobre un acto administrativo para verificar la conformidad con el derecho objetivo, lo que supone la verificación de la juridicidad de los actos de la Administración»<sup>99</sup>.

La toma de razón se limita a revisar si el acto se ajusta a las normas del ordenamiento jurídico, ya sean constitucionales, legales o reglamentarias, siempre que ellas no involucren la omisión de formalidades no declaradas por la ley como esenciales, o que no afecten derechos de terceros, según el artículo 13 de la LBPA. No comprende en su seno, por ende, la calificación de los motivos que tuvo la Administración para concluir el acto administrativo. Tampoco comprende requerir el cumplimiento de formalidades que no apuntan a la protección de los derechos de terceros o al cumplimiento de las exigencias legales, puesto que dichas formalidades no esenciales caben dentro del control interno de la Administración y escapan, por ende, de la esfera del control de juridicidad.

La toma de razón, además, se realiza sólo respecto de cierta clase de actos administrativos: los *decretos* y las *resoluciones*<sup>100</sup>. Eso deja fuera a las instrucciones, a los actos de las municipalidades, que sólo deben ser registrados, y a aquellos actos que el Contralor General exima del trámite de toma de razón, mediante resolución, por tratarse de actos que concedan licencias, feriados, o permisos con goce de sueldo, o se refieran a otras materias no esenciales.

Los actos que no pasan por el trámite de toma de razón se denominan *actos exentos*. Ellos deben ser registrados, y pueden ser revisados después de haber entrado en vigencia a través de una revisión integral de juridicidad *ex post* llamada *control de reemplazo*, que puede ser impulsada de oficio (en forma aleatoria respecto de los actos del archivo) o a instancia particular.

El rol que juega la toma de razón en los actos administrativos que la requieren es debatido. Mientras algunos profesores, como CARMONA, sostienen que este trámite es parte del procedimiento de generación del acto, y, por ende, sin toma de razón no hay acto administrativo, hay otros, como CORDERO, que sostienen que la toma de razón es sólo un requisito de eficacia del acto, entre otras razones, por la posibilidad de deferir la toma de razón por razones de urgencia sin que el acto pierda por ello eficacia.

El procedimiento de toma de razón puede finalizar con uno de los siguientes resultados:

1. Toma de razón del acto. La Contraloría señala que el acto es conforme a derecho.

---

<sup>99</sup>CORDERO (2007b) *El Control de la Administración del Estado*, *op. cit.*, pág. 63.

<sup>100</sup>Artículo 99, Constitución Política de la República.

2. Toma de razón con alcance. La Contraloría señala que el acto es conforme a derecho siempre y cuando se adopte la interpretación que Contraloría integra en él. De esta manera se pueden corregir de oficio algunos vicios de forma del acto relativos a vacíos, omisiones o interpretaciones, sin que eso impida que el acto entre en vigencia.
3. Observación. Esto ocurre cuando el acto presentado tiene vicios de forma que hacen improcedente que el acto sea tomado de razón. La Administración puede, ante esto, corregir los vicios de forma y dar curso al acto, o puede no actuar, en cuyo caso el acto no nacerá a la vida jurídica.
4. Representación. Esto ocurre cuando el acto presentado a toma de razón es ilegal o inconstitucional. La representación puede definirse como una comunicación al Presidente de la República en la que, fundadamente, la Contraloría señala los vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad que puedan afectar al acto.
  - a) Vicios de ilegalidad. Si el acto es ilegal, el Presidente de la República puede enmendar el acto, solicitar la reconsideración de la toma de razón a la Contraloría, o dictar un decreto de insistencia con la firma de todos sus ministros.
  - b) Vicios de inconstitucionalidad. Si el acto es inconstitucional, sólo le queda al Presidente de la República enmendar el vicio de inconstitucionalidad o presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, que dirimirá si se desea perseverar en el acto.

La toma de razón genera los siguientes efectos.

1. Permite que el acto administrativo afecto continúe con su tramitación normal, que culmina con la publicación.
2. Origina una presunción de legalidad, que es una suposición de que el acto administrativo fue dictado conforme a derecho. Esta presunción simplemente legal es un juicio de valor sobre la legalidad del acto que sólo podrá ser destruida en un tribunal, con prueba en contrario.
3. Provoca el desasimio de la Contraloría. Una vez la Contraloría emite una decisión, ésta no puede modificarla, dejarla sin efecto, alterarla o retirarla.

Existe controversia sobre la extensión del control de juridicidad que se hace a través de la toma de razón. Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha considerado que la toma de razón debe

circunscribirse a la mera revisión de los aspectos formales de su tramitación, debiendo las controversias sobre la juridicidad material de los actos administrativos ventilarse ante los tribunales, mediante acciones ordinarias de derecho público<sup>101</sup>. Por otro lado, mediante la extensión del derecho de petición y de la posibilidad que tienen los particulares de interponer ante ella recursos administrativos impugnando la toma de razón, Contraloría ha creado verdaderos procedimientos judiciales contencioso-administrativos, declarando derechos y emitiendo pronunciamientos<sup>102</sup>.

En nuestra opinión, el control de juridicidad que realiza Contraloría es material, y proviene de la Constitución, debiendo confrontarse el acto administrativo revisado no sólo con las normas legales, sino que con la interpretación de la normas que más acorde resulte a la Constitución Política de la República. La toma de razón configura una presunción de legalidad del acto que es simplemente formal y que, por ende, puede ser derribada en los tribunales de justicia, a través de la presentación de las acciones correspondientes, y una vez la vía administrativa ha sido agotada. Paralelamente a esto, la toma de razón puede ser revisada por la propia Contraloría, pero las hipótesis bajo las cuales la Contraloría podrá hacer esto están limitadas por el artículo 61 de la LBPA.

### **3.5.1.3. Recursos administrativos.**

El principio jerárquico, que es lo que funda el control interno, no sólo sirve para que el jefe revise de oficio la legalidad de las actuaciones del servicio, sino que es el fundamento para que los particulares interesados puedan reclamar de los actos que se estime ilegales. Esto es lo que se denomina como *recurso jerárquico*, tratado extensamente en la LBPA.

Este recurso va unido con el recurso de reposición, que busca obtener que la misma autoridad que emitió el acto administrativo lo revise. Este recurso se tramita como una solicitud por escrito, y debe interponerse ante el superior jerárquico de quien emitió el acto administrativo.

El procedimiento de tramitación de estos recursos es simple y desformalizado. El plazo para la resolución de estos recursos es de 30 días. En la tramitación del recurso jerárquico, el superior debe oír los descargos del órgano recurrido, y este recurso no procederá contra los actos del Presidente,

---

<sup>101</sup>Caso Santa Rosa de Las Condes, protección, RICAp 8344-2005 Corte de Apelaciones de Santiago; RICSUp 2224-2006

<sup>102</sup>Sobre concesiones de obra pública, véase Dictamen 13.208/2003, Contraloría General de la República. Véase además CORDERO, L. (2010) La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. En Anuario de Derecho Público, 1, Nr. 1.

de un Ministro de Estado, de un alcalde, o de un jefe de un servicio descentralizado; allí sólo procede el recurso de reposición.

El uso más importante de los recursos administrativos se produce en la Contraloría General de la República, donde, por medio de la presentación de estos recursos, se busca la anulación de la toma de razón de ciertos decretos o resoluciones emitidos por la Administración, incluso habiéndose llegado a pedir por esta vía la anulación de decretos con fuerza de ley. Nuestra postura al respecto es que la potestad de la Contraloría para anular la toma de razón de un decreto o resolución, emitida por ella misma, reconoce un límite en el artículo 61 de la LBPA, que prohíbe la anulación de dichos actos administrativos cuando:

1. Se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
2. La ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
3. Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

En estos casos, podría pensarse que, como la facultad de tomar razón de los actos administrativos es exclusiva de la Contraloría General de la República, no existe otra forma de impugnar dicho acto, pero tal razonamiento nos conduciría a error. Quienes deben anular una toma de razón que afecta derechos adquiridos son, en virtud del principio de superposición de los controles, los tribunales de justicia, titulares de facultades de control de juridicidad que analizaremos a continuación. Los tribunales tampoco podrán cautelar el cumplimiento de formalidades no esenciales; dicha tarea es privativa de la Administración.

#### **3.5.1.4. Recursos jurisdiccionales.**

Una vez la vía administrativa se agota, los particulares interesados, cuyos derechos se ven afectados, pueden acudir a los tribunales, quienes fallarán en derecho sobre la procedencia y la legalidad del acto. Este factor hace que estas acciones constituyan un poderoso control de legalidad posterior a la entrada en vigencia de los actos reclamados, sin perjuicio que, como parte de algunas de estas acciones, se determinen responsabilidades y posteriores indemnizaciones.

En los recursos judiciales es vital la existencia de un derecho que se vea afectado, o, por lo menos, de una posición que permita reclamar el acto que se va a impugnar. El nivel de afectación de

derechos requerido es diferente, de acuerdo con la acción intentada, pero siempre se requiere, como mínimo, una posición de interesado. El artículo 21 de la LBPA da más luces al respecto.

Artículo 21. *Interesados*. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En el contencioso administrativo se reconocen dos grandes ramas: el *contencioso indemnizatorio*, que persigue la declaración de la responsabilidad del Estado y la condena a indemnizar a los particulares afectados por un daño, cometido por el Estado, en virtud de su falta de servicio<sup>103</sup>, y el *contencioso anulatorio*, o las acciones que los particulares pueden interponer para anular actos estatales, siendo este último el único que conlleva el ejercicio de atribuciones de control de juridicidad. Dentro del contencioso anulatorio existen dos grupos básicos de acciones que los particulares pueden interponer para impugnar los actos ilegales de la Administración: las acciones ordinarias de derecho público, y la acción de protección de garantías constitucionales.

**3.5.1.4.1. Acciones ordinarias de derecho público.** El profesor SILVA CIMMA describe cuatro acciones que la doctrina iusadministrativista reconoce como posibles de interponer ante los tribunales de justicia, para reclamar ante un acto administrativo ilegal o afectatorio de derechos. Todas estas acciones se tramitan en los tribunales ordinarios, bajo procedimiento sumario<sup>104</sup>.

1. Acción subjetiva o acción de plena jurisdicción. Se llama así por mezclar el contencioso indemnizatorio con el contencioso anulatorio. Conjuntamente con la anulación del acto reclamado, se persigue la determinación de responsabilidades y la dictación de medidas reparatorias que subsanen el daño provocado por el acto, así como la condena al Estado al pago

<sup>103</sup>De acuerdo con la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia más reciente, el Estado responde por sus actos ilícitos en la medida en que en su actuar se verifique *falta de servicio*, o una disminución verificable del servicio entregado respecto del estándar exigido por la ley, lo que configura una verdadera «culpa organizacional». Por lo tanto, podemos considerar como superada la tesis del profesor SOTO KLOSS, que establecía la obligación del Estado de responder objetivamente por todo daño, fuera ocasionado por un acto lícito o ilícito.

<sup>104</sup>Artículo 53, inciso final, Ley de Bases del Procedimiento Administrativo; Artículo 680 N°1, Código de Procedimiento Civil.

de una indemnización. Sólo puede ser interpuesta por la persona directamente afectada por el acto ilegal o afectatorio de derechos, y sólo tiene efecto respecto del demandante.

2. Acción objetiva o acción de anulación. A diferencia de la acción de plena jurisdicción, sólo persigue la nulidad del acto reclamado, sin determinar responsabilidades, condenar a indemnización, ni ordenar medidas reparatorias. La puede interponer cualquier persona con una posición de interesado, y provoca la nulidad del acto ilegal o afectatorio de derechos con carácter absoluto.
3. Acción de interpretación o aclaración. Esta acción, que cualquier persona con posición de interesado puede presentar, persigue que se fije el verdadero sentido de un acto de la Administración.
4. Acción de represión. Esta acción persigue que los tribunales ordenen a la Administración aplicar medidas disciplinarias contra uno o varios funcionarios.

El profesor BERMÚDEZ SOTO, al respecto, da cuenta de un cambio en la jurisprudencia que ha afectado gravemente la efectividad de las acciones ordinarias de derecho público. Este cambio ha vuelto improcedentes las acciones de nulidad de derecho público por ilegalidades sustantivas de los actos administrativos impugnados, reduciendo el espectro de estas acciones únicamente a la anulación de actos administrativos por vicios de forma o por haber sido dictados fuera de las competencias contempladas en la ley. BERMÚDEZ SOTO plantea que, ante la falta de normativa que regule la anulación de actos administrativos por desviación de poder o ilegalidad sustantiva, deben ser usadas las normas genéricas que anulan actos jurídicos por tener un objeto ilícito: el artículo 1.462 del CÓDIGO CIVIL.

**3.5.1.4.2. Acción de protección.** Por su rapidez, la acción de protección ha reemplazado en muchos casos a las acciones ordinarias de derecho público. Sin embargo, el núcleo de la acción de protección no es la anulación de los actos ilegales o arbitrarios, sino la afectación de ciertos derechos fundamentales, los que están establecidos taxativamente en el artículo 20 de la Constitución.

Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su

libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

La acción de protección requiere que quien la interpone haya sido *privado, perturbado o amenazado* respecto de los derechos mencionados. La acción de protección tiene un plazo de 30 días para interponerse, contado desde la emisión del acto arbitrario o ilegal, o desde la resolución del recurso administrativo que se intentó contra dicha resolución.

Era llamativo hasta hace poco que algunas Cortes de Apelaciones extendieran el radio de acción del recurso de protección hasta más allá de sus competencias, entrometiéndose incluso con la labor legislativa. Sin embargo, dicha tendencia se ha revertido. BERMÚDEZ SOTO da cuenta que, gracias a una interpretación restringida del Auto Acordado para la Tramitación del Recurso de Protección de 2007, la Corte Suprema ha comenzado a rechazar recursos de protección interpuestos contra actos administrativos, basándose para ello en que los actos administrativos no constituyen hechos que violen derechos garantizados por la Constitución. De esta forma, según el razonamiento de la Corte Suprema citado por dicho autor en *Valenzuela con Comisión Nacional del Medio Ambiente*, una Resolución de Calificación Ambiental, que es un acto administrativo, no se trataría de un hecho que genera o que pudiere generar contaminación, por lo que su impugnación carece de fundamento jurídico.

Tanto en el caso de la acción de protección como en el de las acciones de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación o aclaración y de represión, BERMÚDEZ SOTO, nuevamente, apunta a la falta de normativa jurídico-administrativa que sustente las acciones aquí señaladas y la falta de control que se tiene sobre interpretaciones jurisprudenciales que pueden ser abiertamente inconstitucionales, opinión a la que no podemos sino sumarnos<sup>105</sup>. La Corte Suprema está exigiendo que, para impetrar la nulidad de un acto administrativo, se establezca con precisión el medio procesal para hacerlo, la acción, algo que no existe. Por ende, bajo esta interpretación, la Administración

<sup>105</sup>BERMÚDEZ SOTO, J. (2010) El estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? En Revista de Derecho, 23, Nr. 1 [En línea] (<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art05.pdf>).

puede escudarse, para dictar actos ilegales, en la inexistencia de una consagración legal de las acciones de derecho público, un fundamento que debería caer a pedazos cuando se tiene en cuenta el principio de supremacía constitucional.

PANTOJA va aún mas lejos, y alerta sobre el hecho de que lo que el artículo 38 de la Constitución hace no es una atribución directa de competencia a los tribunales de justicia, sino que una mera remisión a la ley. Por ende, ante la no existencia de una ley que asigne de forma explícita la competencia a los tribunales ordinarios de justicia para conocer del contencioso administrativo, la posibilidad de revisar los actos de la Administración en sede judicial es, en realidad, resultado de una interpretación jurisprudencial, que no está en la ley, y que podría, eventualmente, cambiar. Todo esto demuestra la necesidad urgente de reformar el contencioso administrativo en Chile<sup>106</sup>.

### **3.5.2. Control democrático.**

El segundo gran grupo de controles corresponde a los controles democráticos. Ellos revisan la conformidad de la sustancia de las decisiones que toman las autoridades con la voluntad popular, y, en ese sentido, responden a una concepción de democracia que supera la mera participación del pueblo en elecciones.

El control democrático agrupa a los controles que pueden ser invocados por los representantes del pueblo ubicados en el Parlamento, que corresponden al «control político» tradicional; los controles que están en manos de los ciudadanos solos u organizados, que se manifiestan a través de las solicitudes de información y de los procedimientos institucionalizados de participación ciudadana, y, finalmente, el gran espacio de control que significa el que cierta información esté, en todo momento, a disposición de la ciudadanía, lo que se denomina como «transparencia activa».

#### **3.5.2.1. El control del Parlamento; control político propiamente tal.**

El control político, que corresponde al ejercido por la Cámara de Diputados, es uno de los frenos y contrapesos entre poderes del Estado. La Cámara de Diputados puede usar varias herramientas para controlar la acción del Ejecutivo. Todas ellas requieren un quórum intencionalmente bajo, para abrir las puertas de la fiscalización parlamentaria a las minorías políticas<sup>107</sup>.

<sup>106</sup>PANTOJA, R. (2006c) *Principio de Justiciabilidad: La Administración sometida a la justicia*. Apuntes de clase.

<sup>107</sup>Véase el artículo 52 N° 1 de la Constitución Política de la República.

1. Proyectos de acuerdo. Mediante este expediente la Cámara de Diputados sugerirá observaciones con el acuerdo de la mayoría de los diputados presentes, los que se transmitirán por escrito al Presidente de la República. El presidente debe darles una respuesta fundada, por medio de un Ministro de Estado, en un plazo máximo de 30 días<sup>108</sup>.
  - a) No se considera admisible que el Estado responda a través de una mera respuesta formal. Sí son admisibles, en cambio, las respuestas que, fundadamente, nieguen la información u objeten el procedimiento.
  - b) Los proyectos de acuerdo no pueden invocar responsabilidades políticas, ni mucho menos remover ministros o funcionarios de la Administración del Estado.
2. Interpelación de ministros. La Cámara, por acuerdo de un tercio de sus miembros en ejercicio, puede realizar preguntas a los ministros respecto de materias vinculadas al ejercicio de su cargo.
  - a) Un mismo ministro no puede ser citado más de 3 veces en un mismo año calendario, a menos que se cuente con el acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de la cámara.
  - b) La asistencia del ministro citado es obligatoria, como también lo es el tener que contestar las preguntas que se le formulen.
3. Creación de comisiones investigadoras especiales. La Cámara, por acuerdo de dos quintos de sus miembros en ejercicio, puede crear comisiones investigadoras.
  - a) Ellas tienen la facultad de citar personas y de solicitar antecedentes, requiriendo en ambos casos el acuerdo de un tercio de sus miembros.
  - b) Los ministros y funcionarios de la Administración del Estado tienen la obligación de comparecer y de suministrar los antecedentes solicitados. No estarán obligados a comparecer más de 3 veces a la misma comisión, a menos que sean citados por la mayoría absoluta de los miembros de ésta. Si no comparecen, pueden ser sancionados con la retención de 1 sueldo mensual, sanción que puede ser duplicada en caso de reincidencia.

---

<sup>108</sup>Véase el artículo 52 N° 1 de la Constitución Política de la República.

Además de lo anterior, cualquier legislador, ya sea senador o diputado, puede solicitar antecedentes determinados al Gobierno, siempre que cuente con el voto favorable de un tercio de los diputados o senadores asistentes a la sesión. Este mecanismo debe cumplir con los siguientes requisitos.

1. Los antecedentes deben ser indicados con precisión.
2. Los antecedentes deben ser solicitados al Gobierno. El Ejecutivo debe entregar la información actuando como un ente recopilador, sea cual sea el servicio público específico que tenga la información requerida.
3. El Gobierno debe entregar todos los antecedentes que le sean solicitados, con excepción de aquellos que sean designados, por una ley de quórum calificado, como secretos o reservados. De la entrega de la información solicitada responde el jefe superior del servicio requerido, quien podrá ser sancionado de la forma antes señalada.

La Ley de Presupuestos constituye, además, otro mecanismo de control político. Si bien, en estricto rigor, el proceso presupuestario es, en su gran mayoría, objeto de una regulación técnica que queda en manos de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, la Constitución entrega al Parlamento la posibilidad de vetar ciertos gastos. Además, el carácter periódico de la Ley de Presupuestos hace que, en su discusión parlamentaria, se integren a ella artículos de vigencia anual que establecen modalidades de gestión para el Estado y que pueden imponer a los diferentes órganos del Estado el deber de informar a la Comisión Mixta de Presupuestos sobre determinadas materias de gestión que son de interés del Parlamento.

### **3.5.2.2. La Ley de Acceso a la Información Pública.**

El artículo 8° impone a la Administración Pública, junto con el deber de probidad en el ejercicio de la función pública, el deber de transparencia en el ejercicio de la misma. Este último principio es, según la Constitución, un deber de los ministerios, de los gobiernos regionales y provinciales, y de los servicios y empresas públicas de toda clase, que les impone la obligación de hacer públicos sus actos y resoluciones, de responder a los requerimientos de información que les hagan los particulares, y de mantener publicada cierta información.

La Ley 20.285, de Acceso a la Información Pública, amplía este deber. Junto con establecer varios principios que amplían y precisan el sentido de la obligación que tienen los entes público

de mantener todos sus procedimientos y cierta información específica a disposición del público, esta ley impone la obligación de mantener información actualizada constantemente a disposición del público; impone el deber de responder con toda la información relevante a las consultas que hicieren los ciudadanos, y crea un organismo encargado de velar por la mantención de condiciones de transparencia, el Consejo para la Transparencia.

**3.5.2.2.1. Transparencia activa.** Los órganos del Estado deben mantener publicada cierta información sobre sí mismos, deber que les impone la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, actualizada por lo menos mensualmente<sup>109</sup>. Entre otras cosas, los órganos deben publicar:

1. El organigrama de cada institución. Eso incluye las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades internas.
2. El marco normativo que les es aplicable. Deben publicarse:
  - a) Las normas orgánicas del servicio, empezando por la ley orgánica del servicio propiamente tal y continuando con las normas jurídico-administrativas relevantes de rango legal.
  - b) Las normas que asignan potestades, responsabilidades, facultades, funciones y atribuciones al servicio.
3. El personal del servicio. Se debe publicar el nombre de cada funcionario, su grado o cargo E.U.S., su estamento, y las declaraciones de interés realizadas. En el caso de los funcionarios a contrata y los regidos por el Código del Trabajo, se debe publicar además la duración del contrato. Los contratos de los empleados a honorarios también deben ser publicados, con una descripción de la función contratada, la experiencia profesional requerida, la vigencia del vínculo, y el monto pagado por los servicios prestados.
4. Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso. Se distingue:

---

<sup>109</sup>Véase al respecto la Instrucción General N°4 del Consejo para la Transparencia.

- a) Contrataciones sometidas al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración. Se publica un vínculo a la página correspondiente del Sistema de Información de Compras Públicas.
  - b) Contrataciones no sometidas a este sistema. Se registran separadamente. Se publica el acto administrativo que consigna el contrato, se individualiza el contratista con sus socios o accionistas relevantes (con un 10% o más de participación), el monto y la duración del contrato, y un vínculo al texto de éste.
5. Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios. Aquí se realiza una nueva distinción, de acuerdo con si la organización receptora está comprendida en el registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos de la Ley 19.862 o no.
- a) Personas jurídicas registradas. Basta la publicación del vínculo a la base de datos electrónica de dicho registro.
  - b) Personas jurídicas no registradas. Se incorporan a un registro separado, donde se consigna, cronológicamente, la fecha en que se realiza la transferencia, denominación, imputación presupuestaria, objeto y finalidad, así como la identificación de la persona jurídica que recibe la transferencia de fondos.
6. Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros. Se deben publicar las normas jurídicas de rango reglamentario que son dictadas por el organismo público y que son objeto de publicación en el Diario Oficial. Además, deben publicarse especialmente:
- a) Las instrucciones, dictámenes y circulares dictadas por el órgano público que sean aplicables a terceros.
  - b) El reconocimiento de derechos.
  - c) Las concesiones, autorizaciones y los permisos otorgados.
  - d) Los llamados a concursos o convocatorias para postular a proyectos o programas públicos o concesiones, autorizaciones y otros permisos.
  - e) Los llamados a concursos de personal.

- f)* Los actos que convoquen audiencias, consultas o informaciones públicas u otros mecanismos de participación ciudadana.
  - g)* Los actos administrativos que aprueben convenios de colaboración o cooperación.
  - h)* Los actos administrativos sancionatorios.
- 7. Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano. Estos trámites y requisitos deben ser conectados con los servicios que presta el órgano y con la posibilidad de realizar el trámite en Internet. Debe indicarse también el valor del servicio, o su gratuidad, en caso de ser gratuito.
- 8. El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución. No serán publicadas las nóminas de beneficiarios de programas sociales cuando esa publicación implique revelar datos que puedan ser usados para discriminar a los beneficiarios.
- 9. Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso. Los servicios suelen tener un Manual de Participación Ciudadana, que puede contemplar alguno de los siguientes mecanismos de participación ciudadana, cuya disponibilidad debe ser informada a la población.
  - a)* Audiencias.
  - b)* Consultas e informaciones públicas.
  - c)* Participación directa.
  - d)* Consejos consultivos.
- 10. La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año. Debe publicarse la siguiente información.
  - a)* En una primera planilla se publica el presupuesto asignado a través de la Ley de Presupuestos, así como las modificaciones a éste impulsadas por decreto, con la indicación del número del decreto modificatorio.
  - b)* En una segunda planilla se publica la ejecución presupuestaria, según la desagregación contenida en la propia Ley de Presupuestos.

11. Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan. Los órganos públicos deben publicar el informe final de la auditoría externa que realiza la Contraloría General de la República o la empresa externa a la que se ha encomendado dicha función.
12. Todas las entidades en que el órgano en cuestión tenga participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica. Se debe publicar el nombre de la entidad en que se participa, el tipo de vínculo, la fecha de inicio y término de la vinculación, la descripción del vínculo, en conjunto con un enlace al texto del decreto que autoriza dicho vínculo.

Como se ve, los organismos deben publicar toda la información que pueda servir de base para reclamaciones de organizaciones ciudadanas, o, incluso, para investigaciones periodísticas, respecto a conflictos de interés de las autoridades que asumen y de los funcionarios que resuelven; a las fallas detectadas por Contraloría en la ejecución de los programas públicos; a la efectiva inversión de los recursos asignados, y a las formas que existen de participación de la propia ciudadanía.

**3.5.2.2.2. Transparencia pasiva: la solicitud de información.** Por su parte, la Ley de Transparencia contempla un procedimiento de solicitud de información, que la ciudadanía organizada, o un particular, puede utilizar para obtener cierta información, con plazos de entrega y un procedimiento de reclamación ante la negativa arbitraria por parte de la autoridad a entregar dicha información.

La Ley 20.285 define el propio principio de transparencia, señalado en el artículo 8° de la Constitución. Toda la información en manos de los entes públicos se presume relevante y pública, a menos que esté sujeta a excepciones que requieren una ley de quórum calificado. Todo ciudadano tiene el derecho de requerir esta información, la que debe ser entregada en los términos más amplios posibles y de forma totalmente gratuita, cobrándose sólo los costos de reproducción de la misma. La información debe ser entregada en plazos razonables y sin exigir requisitos que puedan entorpecer la entrega de la información. Finalmente, los órganos de control interno tienen la facultad de modificar los procedimientos de las organizaciones públicas para que se ajusten a las exigencias de transparencia.

Las solicitudes de información se tramitan a través de un formulario que contiene el nombre y domicilio del solicitante o de su apoderado, la identificación clara de la información requerida, la mención del órgano administrativo al que se dirige la solicitud, y la firma del solicitante. Si el órgano no tuviere la información pedida, la solicitud de información se reenviará al organismo que la tuviere. El plazo para entregar la información es de 20 días hábiles. No está de más decir que cualquier persona puede solicitar la información, sin tener que acreditar algún interés.

El órgano público entrega la información, debiendo el solicitante pagar sólo el costo de su reproducción. Si la información ha sido publicada con anterioridad, el organismo público cumplirá con su obligación simplemente indicando al solicitante el lugar desde donde puede acceder a la información pedida.

Para negarse a la solicitud, el órgano público sólo puede aducir razones establecidas en leyes de quórum calificado, y por las causales que la Constitución establece, que son la afectación de derechos de terceros, el debido cumplimiento de las funciones de los órganos requeridos, el interés o la seguridad nacional. De particular interés resulta aquí la afectación de derechos de terceros como causal de denegación a la entrega de información.

1. Los terceros afectados deben ser notificados de la solicitud, y del derecho que les asiste a oponerse a ella, en el plazo de dos días desde la recepción de la solicitud de información.
2. Una vez notificados, los terceros tienen un plazo de 3 días para oponerse a la solicitud de entrega de información. Si no se oponen dentro de plazo, se entiende que acceden a la entrega.

El artículo 21 de la Ley 20.285 precisa y da cuenta que la afectación de intereses económicos es una causal válida para oponerse a la entrega de información.

**3.5.2.2.3. El Consejo para la Transparencia.** Junto con establecer la obligación de las reparticiones públicas de publicar cierta información, la Ley 20.285 crea una serie de recursos que aseguran la exigibilidad de estas obligaciones, junto con crear un organismo encargado de conocer de ellas, el Consejo para la Transparencia. Este consejo está compuesto por 4 personas, propuestas por el Presidente de la República y votadas por el Senado. La función principal de este Consejo es precisamente la de conocer de las acciones de amparo por entrega de información.

Si los estamentos estatales no publican la información que les es requerida de forma legal, si no responden a una solicitud de información dentro del plazo ya citado de 20 días, o si niegan la entrega de información, el solicitante puede solicitar amparo ante el Consejo para la Transparencia. Esto debe ocurrir en un plazo de 15 días desde la notificación de la respuesta de la autoridad que denegó la entrega de la información o del vencimiento del plazo. Cuando se reclama por la no publicación de información requerida por ley, en tanto, no hay plazo para la interposición del reclamo.

La notificación al tercero involucrado, si lo hay, y al organismo recurrido, ocurre por carta certificada, y ambos tienen un plazo común de 10 días para hacer sus descargos. Luego de los diez días el Consejo tiene 5 días para resolver. La resolución del Consejo puede ser recurrida ante la Corte de Apelaciones, sólo por el interesado, en el caso de que el Consejo para la Transparencia hubiere negado la entrega de la información, o por el tercero afectado que se hubiere opuesto dentro de plazo, en su caso, a la entrega.

### **3.5.2.3. La Comisión Defensora Ciudadana y el *ombudsman*.**

La defensa de los ciudadanos no se limita a las solicitudes de información. En otras latitudes existe una organización cuya implementación en Chile ha sido considerada: la del Defensor del Pueblo, u *ombudsman*. Se trata de un funcionario encargado de la promoción de los derechos de las personas ante las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado y de las empresas privadas reguladas que realizan servicios de interés público. Su función principal es, en otros países, la facultad de interponer, en representación de los ciudadanos afectados, acciones ante los entes reguladores y los tribunales de justicia.

En Chile existe una institución parecida, pero circunscrita a la defensa de los derechos de las personas en el ámbito de los servicios públicos, sin la facultad para interponer acciones cuando los derechos de las personas están en riesgo, y que ha sido creada en virtud de la potestad reglamentaria autónoma: la Comisión Defensora Ciudadana, que depende del Ministerio Secretaría General de la Presidencia en virtud del D.S. 65/2001 SEGPRES. Esta comisión, en apariencia, sin mayores facultades, se encarga de gestionar de forma centralizada los reclamos que pudieren haber contra la acción de los diferentes servicios públicos, lo que incluye:

1. La coordinación de las Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias, que fueron incorporadas a los ministerios en virtud del D.S. 680/1990 Interior.
2. La información mensual al Presidente de la República sobre la atención que las diversas dependencias brindan a los ciudadanos, en conjunto con la formulación de propuestas para su mejora.
3. La facultad de mediar entre los organismos públicos y los administrados, en caso de que ocurriera algún conflicto. La mediación, que en apariencia no es vinculante, lo es en la medida en que la actitud del organismo público puede ser modificada por el Presidente de la República, superior jerárquico común de la Comisión Defensora Ciudadana y del organismo público reclamado.

#### **3.5.2.4. La participación ciudadana institucionalizada.**

La ley, por regla general, no establece la existencia de procedimientos de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones estatales, y, cuando lo hace, relega la participación a un mero rol consultivo. El rango de posibilidades de la acción de la ciudadanía, sin embargo, se ha incrementado enormemente, primero, con la Ley 20.417 que ha modificado la Ley de Bases del Medio Ambiente en el sentido, entre otras cosas, de incorporar procesos de participación en los procesos de regulación territorial, y, sobre todo, con la Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana.

**3.5.2.4.1. Ley de Bases de la Participación Ciudadana.** El fomento a la participación ciudadana, si bien estaba expresado inorgánicamente en varios cuerpos normativos, no había gozado de un tratamiento conjunto, hasta la dictación de la Ley 20.500 de Bases de la Participación Ciudadana, en Febrero de 2011. Esta ley desarrolla caros principios filosóficos de la Constitución, reinterpretrándolos para conducir a la participación ciudadana a un estado de principio general de la gestión pública.

Artículo 1º. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos.

Este derecho comprende la facultad de crear asociaciones que expresen la diversidad de intereses sociales e identidades culturales.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Las asociaciones no podrán realizar actos contrarios a la dignidad y valor de la persona, al régimen de Derecho y al bienestar general de la sociedad democrática.

Artículo 2°. Es deber del Estado promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil.

Los órganos de la Administración del Estado garantizarán la plena autonomía de las asociaciones y no podrán adoptar medidas que interfieran en su vida interna.

El Estado, en sus programas, planes y acciones, deberá contemplar el fomento de las asociaciones, garantizando criterios técnicos objetivos y de plena transparencia en los procedimientos de asignación de recursos.

La LBPC impone el deber a los órganos de la Administración central del Estado de reconocer, amparar y fomentar la organización de la ciudadanía, introduciendo un nuevo Título IV a la LOCB-GAE y exigiendo al Estado:

1. La constitución de consejos asesores, compuestos de asociaciones de la sociedad civil especialistas en la materia que es de competencia del organismo respectivo.
2. La cuenta pública de sus actuaciones respecto de las asociaciones, cuenta que debe ser dada por cada servicio y región.
3. La definición de materias de interés ciudadano y, eventualmente, la realización de consultas organizadas a la ciudadanía.

La LBPC simplifica drásticamente el procedimiento de constitución de agrupaciones con y sin personalidad jurídica, definiendo la existencia de organizaciones de voluntariado y de organizaciones de interés público, e introduciendo un Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público.

**3.5.2.4.2. Ley de Bases del Medio Ambiente.** El Estado, al momento de tomar una decisión que afecte el medio ambiente de una comunidad determinada, no puede dejar de considerar ni de promover la participación de la ciudadanía. Con la participación de los ciudadanos se pueden diseñar mejores medidas de mitigación de los impactos ambientales que tuviere la normativa a aprobar, o el proyecto a ejecutar, y así lo deja establecido el primer inciso del artículo 4° de la LBMA.

Artículo 4°.- Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

La participación ciudadana se entiende como una forma de comprender todas las actividades normativas que tienen que ver con la afectación del medio ambiente. La participación ciudadana se integra, de esta forma, en los siguientes procesos.

1. Evaluación Ambiental Estratégica. Los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, así como los planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas, y toda otra normativa que de acuerdo con el Presidente de la República genera un impacto ambiental significativo, debe pasar por una Evaluación Ambiental Estratégica.

a) Ella es definida por la LBMA como «el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales»<sup>110</sup>.

b) La LBMA exige la incorporación en la EAE de mecanismos de participación ciudadana, si bien los mecanismos en sí mismos son dejados a un reglamento que, a la fecha de conclusión de este trabajo, aún no ha sido dictado<sup>111</sup>.

2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La participación ciudadana se incorpora aquí por una doble vía. Por un lado, los proyectos a presentar al SEIA deben necesariamente concordar con la normativa que fue evaluada estratégicamente de acuerdo con el procedimiento anterior. Por otro, en tanto, la ciudadanía tiene derecho a participar en la evaluación misma de impacto ambiental del proyecto. La participación ciudadana dentro del SEIA comprende:

---

<sup>110</sup>Artículo 2°, letra *i bis*), Ley de Bases del Medio Ambiente.

<sup>111</sup>Artículos 7° *bis*, 7° *ter* y 7° *quater*, Ley de Bases del Medio Ambiente. En lo que respecta al reglamento del EAE, el Ministerio del Medio Ambiente está trabajando en él. Véase la información correspondiente en <<http://www.mma.gob.cl/eae/1315/w3-channel.html>>

- a) La obligación para el Estado de publicar un extracto del Estudio de Impacto Ambiental presentado, para que la ciudadanía sepa del proyecto. Esto también impone la obligación al proponente de publicar por radio el proyecto, junto con sus características.
  - b) La existencia de un plazo de 60 días, dentro del cual cualquier persona podrá formular observaciones al proyecto.
  - c) La facultad que tienen las organizaciones ciudadanas de, en los 10 días siguientes a la publicación de una Declaración de Impacto Ambiental, solicitar la apertura de un proceso de participación ciudadana.
3. Acceso a la información ambiental. Junto con la información que se puede pedir a través de solicitudes de información vía Ley 20.285 al Ministerio del Medio Ambiente, las personas pueden solicitar información, de acuerdo con el artículo 31 *bis* de la LBMA, sobre el estado del medio ambiente en una región determinada, en la acepción más amplia de medio ambiente, y comprendiendo cada una de sus variables.

El artículo 22 de la Ley de Bases del Medio Ambiente establece la obligación, para el Estado, de someter los proyectos públicos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, según procediere. Esto es relevante, dado que los proyectos concesionados son presentados, muchas veces, por el Ministerio de Obras Públicas, y la participación ciudadana en dichos proyectos se da en el marco del procedimiento de EIA.

**3.5.2.4.3. Los consejos de participación ciudadana estables.** La participación ciudadana, de acuerdo con los principios de GUZMÁN, debía ser al mismo tiempo una participación apolítica, gremial y consultiva. Estas ideas quedaron reflejadas en los órganos establecidos en la LOCGAR y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades para canalizar la participación ciudadana: los Consejos Económicos y Sociales, de inspiración corporativista y carácter consultivo. El artículo 48 de la LOCGAR define de la siguiente manera al Consejo Económico y Social Provincial.

Artículo 48.- En cada provincia existirá un órgano consultivo y de participación de la comunidad provincial socialmente organizada, denominado consejo económico y social provincial.

El Consejo Económico y Social Provincial se compone de 8 representantes de organizaciones laborales, 8 delegados de patronales, 3 representantes de los artistas y de las organizaciones culturales,

3 representantes de gremios de profesionales y dos delegados de fundaciones y corporaciones sin fines de lucro. Además de ellos, lo forman un representante de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, un representante de Carabineros, y los rectores de las universidades que funcionaren en la provincia, con un máximo de 4, y en estricto orden de antigüedad. Este Consejo es presidido por el Gobernador de la provincia, quien lo convoca, aunque el Consejo también puede ser convocado por un tercio de sus miembros.

Junto con aprobar su propio reglamento de funcionamiento, este Consejo tiene como funciones, principalmente, la de asesorar al Gobernador en lo que respecta a los anteproyectos de Planes Regionales de Desarrollo Urbano y de presupuesto del Gobierno Regional, además de presentar estudios y planes propios para que el Gobernador provincial los considere.

La réplica de este Consejo en la comuna es el Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil, que el artículo 94 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades define de la siguiente forma.

Artículo 94.- En cada municipalidad existirá un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil.

Éste será elegido por las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional, y por las organizaciones de interés público de la comuna. Asimismo, y en un porcentaje no superior a la tercera parte del total de sus miembros, podrán integrarse a aquellos representantes de asociaciones gremiales y organizaciones sindicales, o de otras actividades relevantes para el desarrollo económico, social y cultural de la comuna.

La regulación del número de representantes que tendrá cada estamento, el reglamento interno del Consejo Comunal y sus funciones específicas se dejan a la regulación de cada comuna. Sin embargo, dicha regulación debe seguir lineamientos similares a los que guían al Consejo Económico y Social Provincial.

**3.5.2.4.4. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.** La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establece mecanismos adicionales e ingeniosos para posibilitar la participación de la ciudadanía, que inician con la obligación legal de mantener una Ordenanza General de Participación Ciudadana. El artículo 93 de dicha ley define dicha obligación de la siguiente manera:

Artículo 93.- Cada municipalidad deberá establecer en una ordenanza las modalidades de participación de la ciudadanía local, teniendo en consideración las características singulares de cada comuna, tales como la configuración del territorio comunal, la localización de los asentamientos humanos, el tipo de actividades relevantes del quehacer comunal, la conformación étnica de la población y cualquier otro elemento que, en opinión de la municipalidad, requiera una expresión o representación específica dentro de la comuna y que al municipio le interese relevar para efectos de su incorporación en la discusión y definición de las orientaciones que deben regir la administración comunal.

Con todo, la ordenanza deberá contener una mención del tipo de las organizaciones que deben ser consultadas e informadas, como también las fechas o épocas en que habrán de efectuarse tales procesos. Asimismo, describirá los instrumentos y medios a través de los cuales se materializará la participación, entre los que podrán considerarse la elaboración de presupuestos participativos, consultas u otros.

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contempla dos mecanismos, la audiencia pública y el plebiscito no vinculante, que pueden ser invocados por la ciudadanía bajo las condiciones establecidas en los artículos 97 al 104 de dicha ley. Además, de forma optativa, la LOCM faculta a las municipalidades para establecer procedimientos adicionales de consulta pública y de presupuestos participativos, por medio de ordenanzas municipales.

#### **3.5.2.5. La opinión pública y los medios de comunicación.**

El último mecanismo de control democrático sobre la labor del gobierno es la opinión pública. Ella puede ser definida como «la discusión y expresión de los puntos de vista del público (los públicos) sobre los asuntos de interés general, dirigidos al resto de la sociedad y, sobre todo, al poder»<sup>112</sup>.

La opinión pública decide, en definitiva, sobre la permanencia de los gobernantes actuales en el poder, o sobre su cambio por una coalición diferente, y está determinada, en última instancia, por los medios de comunicación, que son entidades privadas que construyen discurso público. Los medios de comunicación actúan como intermediarios entre la gente y lo que sucede, y sus capacidades para comunicar al público las fallas del gobierno actual, o sus virtudes, se ven mejoradas con el principio de transparencia. Sin embargo, esta función de interés público se corrompe cuando existe autocensura o una excesiva uniformidad en la información entregada.

<sup>112</sup>BADILLO, Á. y MARENGHI, P. (2001) De la democracia mediática a la democracia electrónica. En Cuadernos de Información y Comunicación, 1, Nr. 6 [En línea] (<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93500604>).

Esta falencia intentó ser corregida a través de la Ley de Prensa, al intentar establecerse porcentajes máximos de participación de una determinada sociedad controladora en el mercado de los medios de comunicación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que «el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas reciban información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones»<sup>113</sup>. El proyecto de ley en cuestión sancionaba el silenciamiento deliberado de informaciones, sanción que fue declarada inconstitucional, como también fue declarado inconstitucional el establecimiento de porcentajes máximos de participación en el mercado.

Sostenemos aquí que el Tribunal Constitucional no reparó en ningún momento en el rol de control democrático que cumple la opinión pública. Solucionó el problema a partir de las concepciones clásicas del derecho a la información y del derecho a ser informado, haciendo primar el derecho a desarrollar una actividad económica y señalando, en los hechos, que la libertad de expresión es un derecho del propietario de un medio a decir lo que estime conveniente.

La teoría que da a la opinión pública el rango de mecanismo de control democrático es desconocida en el ordenamiento jurídico positivo chileno y ha sido apenas tratada en la doctrina chilena, no obstante la extensa bibliografía que la consagra en el mundo de las comunicaciones.

### **3.5.3. Control interno y auditoría interna.**

El tercer gran grupo de controles, según la materia, corresponde a una serie de actos que ha sido tratado por la doctrina iusadministrativista de forma aislada, como el control de mérito, oportunidad y conveniencia, que no son más que emanaciones del principio jerárquico. Este principio, los actos derivados de él, así como las herramientas de las que dispone el Estado para imponer y realizar la voluntad de la organización-Estado, coordinar a sus unidades, evitar la duplicación de trabajo, motivar a sus funcionarios y permitir el archivo y la posterior reconstrucción de los actos y operaciones realizadas, entre otras cosas ya señaladas, constituyen el control interno de la Administración del Estado. Su fundamento normativo es el artículo 11 de la LOCBGAE.

Artículo 11.- Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

---

<sup>113</sup>STC 226/1995

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

El control interno es, en su acepción más simple, el conjunto de procedimientos a través de los cuales el jefe de la organización realiza la voluntad de la organización. Mediante ellos se consiguen, entre otras cosas, la protección de los activos, el registro contable de las operaciones realizadas, y la ejecución de las metas de la organización. Quienes tienen la responsabilidad de la mantención del control interno son los jefes de los respectivos servicios, quienes deben liderar a los funcionarios a su cargo, conduciéndolos hacia el logro de los objetivos trazados. Luego, el control interno será auditado por la Unidad de Auditoría Interna, que no sólo proporcionará al jefe del servicio los datos relevantes, sino que formulará sugerencias y buscará aplicar en el servicio las directivas centrales de control interno. Todo este proceso está coordinado por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

Los elementos del control interno son varios, y ya nos hemos extendido suficientemente sobre ellos. A lo largo de esta sección veremos cómo ellos aplican en el Estado, cómo se les identifica, y cómo son evaluados.

### **3.5.3.1. Estructura organizacional.**

La estructura organizacional, en lo referente al Estado, es aquello que permite al funcionario saber con claridad, en una situación concreta, quién es su superior jerárquico, a quién responde, quién calificará su desempeño y quién puede darle órdenes. Si bien ella aparece esbozada en la Constitución, al definirse allí las funciones del Presidente de la República, del Parlamento, del Poder Judicial, algunas subdivisiones territoriales y las funciones de algunos órganos de la Administración independiente, tiene como auténtica base la LOCBGAE. Esta ley:

1. Describe a los Ministerios y los desglosa en Subsecretarías y Secretarías Regionales Ministeriales. Junto con ello, caracteriza a los Ministerios y a sus subdependencias como órganos administrativos colaboradores del Presidente de la República.
2. Describe, a su vez, a los servicios públicos como órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. A su vez, sujeta a estos servicios públicos a la supervigilancia o dependencia de un ministerio, o excepcionalmente, del propio Presidente de la República.

3. Distingue entre los *órganos centralizados*, que pueden ser concentrados o desconcentrados, y *descentralizados*. Esta clasificación estará relacionada con la mayor o menor intensidad con que se deleguen las decisiones de la gestión del servicio.
  - a) Órgano centralizado concentrado. Es un órgano donde las jefaturas superiores concentran nominalmente la decisión sobre todos los aspectos de la gestión del servicio. Los funcionarios no directivos pueden, no obstante, tomar algunas decisiones, en virtud de delegaciones. El alcance de las delegaciones es variable y depende de actos administrativos emitidos por el superior jerárquico, tomándose todas las decisiones en un solo lugar físico.
  - b) Órgano centralizado desconcentrado. Es aquel órgano donde la ley permite la reasignación de ciertas funciones, por parte del superior jerárquico, fuera del lugar físico donde está emplazado el servicio y hacia otras zonas (*desconcentración territorial*) o a otras unidades, en razón de requerir un tratamiento especializado (*desconcentración territorial*). La diferencia con el órgano centralizado concentrado radica en que aquí los servicios son titulares de las funciones que ejercen por ley; no actúan en virtud de delegaciones variables.
  - c) Órgano descentralizado. Es el órgano que actúa bajo varias unidades independientes, con alta flexibilidad para definir su estructura, y donde cada unidad independiente toma sus propias decisiones, permaneciendo todas bajo la vigilancia del jefe superior.
4. Impone, a menos que la ley orgánica del servicio señale algo distinto, los siguientes niveles jerárquicos para los servicios.
  - a) Ministerio: División, Departamento, Sección, Oficina.
  - b) Servicio público: Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Departamento, Subdepartamento, Sección, Oficina.
5. Impone la existencia de los niveles jerárquicos, en este orden, de División, Departamento, Sección y Oficina.

La LOCBGAE también establece el procedimiento de delegación, que es la manera a través de la cual un funcionario de alto rango puede asignar parte de sus competencias a funcionarios subalternos, y describe la desconcentración funcional, que es la asignación directa de tareas, por la vía

de la ley, a funcionarios subalternos. Todo esto permite, por la vía de los reglamentos, definir los organigramas definitivos de los servicios.

**3.5.3.1.1. Leyes orgánicas.** Cada Ministerio y servicio público posee, por mandato constitucional, una ley orgánica que fija su esfera de actuación y, en muchísimos casos, su organigrama, o al menos, ciertos lineamientos bajo los cuales éste debe ser construido. La ley orgánica enumera con detalle las funciones del servicio, describe los cargos y las funciones asociadas a ellos, y, finalmente, enumera las divisiones y departamentos que tendrá el ministerio o servicio, según el caso.

Es frecuente que la ley orgánica de un organismo público dé a éste libertad para establecer su organigrama con relativa libertad, dentro de los marcos legales y debiendo cumplir con las funciones asignadas por ley. Esto, que sucede con la Contraloría General de la República, hace que la estructura del servicio esté, desde un principio, entregada al reglamento de ejecución.

Las leyes orgánicas van acompañadas por otras leyes que fijan las *plantas funcionarias*, estableciendo el número de funcionarios públicos que tendrá el servicio, y las calidades de éstos.

Puede ocurrir que haya órganos creados mediante reglamentos autónomos. Ello requiere que su creación no importe un desembolso mayor para el erario nacional, y estos órganos no podrán afectar derechos fundamentales. Los órganos creados de esta forma su mayoría comisiones asesoras y comités de coordinación, siendo dos ejemplos de ello importantísimos para el desarrollo de este trabajo el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.

**3.5.3.1.2. Organigrama interno.** La LOCBGAE y las leyes orgánicas de los servicios no bastan para explicar la estructura que tiene, en un momento dado, un órgano público. Esto se debe a tres razones.

1. Las herramientas de delegación y comisión de servicio, que pueden utilizar los jefes de servicio de forma normal, para crear sobre la marcha unidades.
2. La flexibilidad que las leyes orgánicas de muchos servicios les dan a los propios directores de los servicios para fijar su estructura. Esto varía de acuerdo con el servicio del cual se trata.

3. La potestad reglamentaria autónoma, que, si bien no puede crear órganos públicos, puede crear comisiones asesoras y otros órganos sujetos a los presupuestos de sus unidades correspondientes, encargados de funciones específicas.

El organigrama normativo de los servicios públicos está fijado a través de reglamentos, los que, dependiendo del servicio, pueden ser emitidos por el propio jefe del servicio o pueden necesitar de la aprobación del Presidente de la República. Sobre la base de este organigrama normativo operará el organigrama real del Ministerio o servicio público, que no sólo contendrá las menciones legales, sino que contemplará las readecuaciones realizadas mediante instrucciones del jefe y la asignación de tareas específicas a unidades concretas.

Los organigramas en el Estado pueden, de acuerdo con la sofisticación del liderazgo del jefe del servicio, llegar a ser tan dinámicos como los organigramas del sector privado. Sin embargo, deberán estar sujetos a las restricciones legales y al hecho de que el empleo en el Estado es mucho más rígido que en el sector privado.

### **3.5.3.2. Procedimientos de autorización, de ejecución y registro.**

Estas normas son las que permiten al funcionario saber qué es lo que puede hacer y lo que no, qué procedimientos debe seguir, y cuáles son las normas contables que debe seguir para registrar operaciones que tengan alguna base financiera. Es el segundo elemento del control interno, y es el único con un claro contenido normativo, tanto respecto de organizaciones públicas como privadas.

El artículo 7° de la Constitución es el fundamento de este elemento. Menciona, en su primer inciso, tanto el procedimiento genérico de habilitación de los funcionarios públicos (la investidura regular), como su esfera de acción, o competencia. Además, establece que sólo la ley puede establecer, desde un punto de vista genérico, los procedimientos para ejecutar las funciones del servicio.

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

El profesor CEA desglosa estos requisitos constitucionales de la siguiente forma.

1. Investidura previa y regular. La *investidura* consiste en la asunción del oficio o toma de posesión del cargo por quien ha sido elegido o designado para servirlo en un órgano estatal. Sólo la investidura válida confiere a una persona la calidad de autoridad, y, para que dicha investidura sea en efecto válida, debe sujetarse al ordenamiento jurídico tanto en lo referente a su procedimiento, como en los requisitos materiales tenidos en vista para investir al funcionario. La investidura es una ceremonia solemne, de la cual debe dejarse constancia.
2. Actuación dentro de su competencia. La *competencia* es la suma de potestades, funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan, limitadamente, a cada órgano del Estado. Cada órgano debe actuar sin exceder el marco de las atribuciones que la Constitución y las leyes le han conferido expresamente y por anticipado, en texto escrito y claro de ley, con sentido o alcance restringido, acotado o tasado.
3. Obrar en la forma que prescriba la ley. Los actos de los órganos estatales son siempre solemnes, al menos en cuanto deben constar por escrito, satisfaciendo exigencias de génesis y de forma determinadas, debiendo ser firmados por quienes los expidieron y posteriormente publicados. Los pasos genéricos que deben seguir los actos administrativos para su total tramitación están definidos en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, y en las leyes del servicio. Los casos en que la infracción de normas de procedimiento devienen en la anulabilidad del acto también están contemplados en la LBPA.

Por su parte, la exigencia para el Estado de procedimientos de registro contable arranca de una base diferente: el artículo 98 de la Constitución, que asigna a la Contraloría General de la República el deber de llevar la contabilidad general de la nación. La Contraloría será, por ende, quien dictará las normas de contabilidad del Estado.

**3.5.3.2.1. Normas de autorización.** Las reglas análogas a las normas de autorización de las organizaciones en el Estado corresponden a la investidura regular y a la actuación dentro de la competencia asignada, de acuerdo con el esquema del profesor CEA.

**Investidura regular.** La investidura regular es, según QUIROZ, «aquella potestad conferida a una persona, por el órgano que corresponda y conforme a derecho, consistente en la calidad de representante del poder público»<sup>114</sup>. A través de este procedimiento, una persona adquirirá la calidad de funcionario público. La LOCBGAE y el Estatuto Administrativo, salvo los casos en que se trate de funcionarios de confianza del Presidente de la República, exige que tal calidad se adquiera a través de un concurso público. Una vez se ingresa a la administración pública, se pasa a la planta funcionaria y se adquieren los derechos y deberes impuestos por el Estatuto Administrativo.

Existen funcionarios a contrata, que son transitorios. Ellos pueden desempeñar labores en la Administración Pública, pero sus cargos, transitorios, expiran por el solo ministerio de la ley el último día de cada año. Tanto los funcionarios de planta como los funcionarios de contrata tienen, para los efectos de las funciones entregadas a los órganos respectivos, las facultades y la calidad de funcionarios.

Los funcionarios pueden ser autorizados para desempeñar tareas específicas por la ley del servicio, o a través de delegaciones de facultades que vengan dadas por el organigrama reglamentario del servicio, o que se hicieren en el momento, mediante un decreto o resolución del Presidente de la República, o del jefe del servicio, según sea el caso.

**Competencia.** La competencia, siguiendo a QUIROZ, es «el ámbito de atribuciones que la Constitución o la ley fija a la autoridad para el conocimiento y resolución de determinados asuntos»<sup>115</sup>. La ley, basándose en las funciones preasignadas a cada uno de los órganos, asigna funcionarios a dichos órganos, describe ciertos cargos directivos y determina las funciones de cada uno de ellos, funciones que no pueden escapar a las propias de cada órgano público<sup>116</sup>. En última instancia, las competencias de los órganos públicos están dadas por la ley.

**3.5.3.2.2. Los procedimientos de ejecución. El procedimiento administrativo.** La Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo fija el procedimiento general que deben seguir todos

---

<sup>114</sup>QUIROZ, S. (2007) *El control administrativo en el Derecho Municipal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, pág. 9.

<sup>115</sup>Ibíd., pág. 10.

<sup>116</sup>Artículo 2º, Estatuto Administrativo.

los actos administrativos para su conclusión<sup>117</sup>. Esta ley, en su artículo 18, define el procedimiento administrativo como «una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal».

La LBPA distingue entre actos administrativos trámite y actos administrativos terminales, siendo los primeros conducentes hacia los segundos. Los actos administrativos, a su vez, se clasifican en decretos, resoluciones, dictámenes y decisiones, de acuerdo con el funcionario que los dicta y la naturaleza del acto. Todos los actos administrativos están dotados de una presunción de legalidad, y, si bien se requiere que la Administración siga normas de procedimiento, esa exigencia está temperada por la afectación de derechos fundamentales. Mientras la omisión de formalidades esenciales, exigidas por la ley, o que protejan derechos fundamentales produce la ilegalidad del acto, las meras omisiones procedimentales son objeto del control interno<sup>118</sup>.

El procedimiento administrativo tiene como principios la escrituración, la gratuidad, la celeridad, el principio conclusivo, la economía procedimental, la contradictoriedad, la imparcialidad, la abstención de los funcionarios interesados en el acto, la no formalización, la inexcusabilidad, la impugnabilidad, la transparencia y la publicidad, principios todos que la LBPA define en sus artículos 4 y siguientes.

Con el objeto de dar respuestas a la ciudadanía más rápido y evitar la afectación de derechos producto de la inacción administrativa, se contempla un régimen de *silencio administrativo*, que permite a la persona invocar la falta de pronunciamiento de la Administración en su favor como si fuera un acto administrativo que resuelva en algún sentido la petición. Esto, para permitir al particular la impugnación de este silencio, o el ejercicio de sus derechos.

Los procedimientos específicos, tanto legales como reglamentarios, para la ejecución de las funciones del servicio se basan en la LBPA, y dependen de la tarea a realizar y de las particularidades del servicio.

---

<sup>117</sup>No está de más reiterar la definición que la propia LBPA, en su artículo 3º, da de acto administrativo: una decisión formal, emitida por un órgano de la Administración del Estado, en la cual se contiene una declaración de voluntad realizada en el ejercicio de una potestad pública, así como los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

<sup>118</sup>Artículo 13, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

**3.5.3.2.3. Los procedimientos de registro.** Los procedimientos de registro son las normas de contabilidad usadas para registrar cada uno de los movimientos económicos y financieros de una organización. En el caso del Estado, la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República la tarea de dirigir el Sistema de Contabilidad General de la Nación, dictar las normas contables del Estado, y colaborar en la ejecución presupuestaria de la Ley de Presupuestos, que establecerá las cuentas que deberán ser registradas de conformidad con estas normas. Esta facultad aparece descrita en el artículo 20 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Artículo 20°. La Contraloría propondrá al Presidente de la República las disposiciones supremas que crea necesarias para establecer y uniformar los métodos de contabilidad y los procedimientos que han de seguir los funcionarios o encargados del manejo de fondos o administración de los bienes del Estado o de los Servicios sometidos a su fiscalización, para presentar sus cuentas, formar y confrontar sus inventarios, así como para todo lo que se refiera a la inversión o enajenación de esos fondos o bienes.

Las normas generales de contabilidad del Estado son fruto de una coordinación entre la Contraloría General de la República, como organismo externo e independiente, y la Dirección de Presupuesto, como órgano interno y dependiente de la Administración central.

El artículo 63 del D.L. 1.263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, define al Sistema de Contabilidad General de la Nación como «el conjunto de normas, principios y procedimientos técnicos, dispuestos para recopilar, medir, elaborar, controlar e informar todos los ingresos, gastos, costos y otras operaciones del Estado». Por mandato legal, este sistema debe comprender la totalidad del sector público<sup>119</sup>, y debe obedecer a los siguientes requisitos básicos.

1. La contabilización debe ser llevada por una Unidad de Contabilidad asociada al servicio, que informará al jefe del servicio sobre el estado patrimonial del propio servicio o Ministerio. Estas unidades están bajo la supervigilancia técnica de la Contraloría General de la República.
2. Estas unidades deben elaborar, al cierre del ejercicio, esto es, el 31 de Diciembre de cada año, un *balance general* y un *estado de resultados*. Ambos serán enviados a la Contraloría General de la República y a la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

---

<sup>119</sup>Artículo 7°, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

3. Los ingresos de cada repartición pública sin patrimonio propio provienen de la Cuenta Única Fiscal, que está formada por la Cuenta Principal, o Rentas Generales de la Nación, y cuentas subsidiarias, correspondientes a cada ministerio o servicio y fijadas por la Ley de Presupuestos. Los fondos que ingresen al Estado deben ser depositados en la Cuenta Única Fiscal, y son manejados por la Tesorería General de la República.
4. La Contraloría General de la República será quien emita el Balance General Consolidado del servicio o Ministerio. Asimismo, será este organismo quien, de ser necesario, audite este Balance.

La supervisión de la contabilización de las operaciones se entrega a la Unidad de Auditoría Interna, que se analizará posteriormente.

### **3.5.3.3. Sistemas de archivos.**

La función de los archivos, el tercer elemento del control interno, consiste en proporcionar a la organización la historia de sus propias actuaciones, para evitar la duplicación del trabajo y para actuar eficientemente. En el Estado, esta función se le asigna, en principio, a cada repartición pública, que, a través de su propia Secretaría General, la que está configurada normalmente como una División, en el caso de los ministerios, o Departamento, en el caso de los servicios públicos, realizará esta tarea.

El archivo central de todos los actos de la Administración corre por cuenta de un órgano especializado, el Archivo Nacional. Este órgano fue creado por el Decreto con Fuerza de Ley 5.200/1929 MINEDUC, la ley orgánica de la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos. Este decreto establece, como política de archivo, que los documentos de los Departamentos de Estado que hayan cumplido 5 años de antigüedad deben entrar a él<sup>120</sup>.

Existen ciertos documentos del archivo que pueden ser eliminados. Para definir cuáles serán estos documentos, el Decreto 721/1980 MINEDUC establece la existencia de una comisión de descarte que propondrá todos los años al Ministro de Educación documentos para su eliminación definitiva. Esto se complementa a través de la Ley 18.845, que establece la posibilidad de microfilmear los actos administrativos, para su respaldo.

---

<sup>120</sup>Véase además el Oficio 28.704/1981 de la Contraloría General de la República, sobre disposiciones y recomendaciones referentes a eliminación de documentos.

Las leyes específicas de los servicios pueden establecer plazos y tiempos distintos para la conservación de documentos, diferenciándose entre los documentos con valor legal y los documentos que les sirven de fundamento. Casos especiales son los registros de los Conservadores de Bienes Raíces, los libros copiadores de sentencias y los expedientes judiciales, que no pueden ser destruidos.

#### **3.5.3.4. Manuales de buenas prácticas.**

El cuarto elemento del control interno es lo que permite al funcionario saber diferenciar entre una buena y una mala ejecución de una tarea específica, ver qué elementos se favorece, y poder trabajar hacia un mejor cumplimiento de las propias funciones. Los manuales de buenas prácticas, que son manuales internos que guían la mejor ejecución de procedimientos, en el caso de la Administración, tienen jerarquía reglamentaria.

La confección de estos manuales en el Estado es supervisada por las unidades de auditoría internas y coordinada por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno. Junto con ello, es frecuente que los órganos públicos produzcan manuales para interpretar las leyes del servicio y explicárselas a aquellos funcionarios que no saben Derecho.

#### **3.5.3.5. Política de personal de la Administración.**

El quinto elemento del control interno consiste en el conjunto de normas que regulan el personal, no en cuanto a la línea de mando jerárquica –ya definida por el organigrama– sino en cuanto a todo lo demás: la selección del personal, las oportunidades profesionales que tiene, los beneficios conexos al empleo y la política de desvinculación y despido. Si bien aparecen esbozos de estas normas en la Constitución y en la LOCBGAE, este elemento está regulado, para el Estado, en una ley especial, la Ley 18.834, mejor conocida como Estatuto Administrativo.

La política de personal de la Administración se resume en la carrera funcionaria, que, según el artículo 45 de la LOCBGAE, debe proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter profesional, técnico y jerarquizado. El Estatuto Administrativo hace que sólo sean tutelados por esta función pública quienes pertenecen a la planta funcionaria.

Existen dos modalidades de contratación, en teoría excepcionales, que han devenido en la forma habitual mediante la cual el Estado suma personal: la expansión de la figura de los *funcionarios a*

*contrata*, quienes, en teoría, deberían ser contratados sólo para funciones temporales, y la introducción de la contratación de servicios de personas que no son funcionarias, que no gozan de beneficio alguno y que ni siquiera están afectos a previsión o sistema de salud alguno, para el desempeño de funciones regulares del servicio, verdaderos «funcionarios a honorarios» con un régimen laboral paralelo. Ellos forman un estamento de empleo precario y que puede ser despedido o contratado libremente por el Presidente de la República, en cualquier momento.

**3.5.3.5.1. La carrera funcionaria.** La carrera funcionaria, según el artículo 3 letra f) del Estatuto Administrativo, es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.

El ingreso a la carrera funcionaria se da cuando, por medio de un concurso público, se ingresa a un cargo de la planta en calidad de titular. Las plantas de funcionarios pueden ser de directivos, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares. La carrera funcionaria, como se ve, no contempla la situación de los funcionarios de confianza del Presidente de la República, sino que comienza en los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a la de los funcionarios de confianza. El ingreso a la planta se puede dar en la calidad de funcionario titular o suplente. Al estar la subrogancia definida en virtud de normas legales y reglamentarias, no se puede ingresar a la planta por esa vía.

Para ingresar a la Administración Pública, junto con cumplirse los requisitos específicos impuestos para el cargo al que se postula, se debe ser ciudadano, haber cumplido con las exigencias de la Ley de Reclutamiento y Movilización, tener salud compatible, la educación básica cumplida como requisito mínimo, no estar inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos, no estar cumpliendo condena, ni haber sido separado de la Administración Pública por malas calificaciones o por sumario administrativo dentro de los 5 años siguientes a la separación. La persona pasa a ser funcionario de la Administración Pública una vez el decreto de nombramiento en el cargo ha concluido su tramitación y ha sido registrado por la Contraloría General de la República.

**3.5.3.5.2. Ascensos.** Los funcionarios pueden escalar a lo largo de la carrera funcionaria, a través de los *ascensos* en las plantas de administrativos y auxiliares, y mediante concursos públicos

internos, en las plantas de directivos y profesionales. Estos ascensos muchas veces están acompañados por la exigencia de realizar cursos de capacitación específicos para el ascenso, sobre materias específicas a ser fijadas por el servicio. Esto se suma a la capacitación permanente que debe tener el personal<sup>121</sup>.

El artículo 26 del Estatuto Administrativo entiende por capacitación «el conjunto de actividades permanentes, organizadas y sistemáticas destinadas a que los funcionarios desarrollen, complementen, perfeccionen o actualicen los conocimientos y destrezas necesarios para el eficiente desempeño de sus cargos o aptitudes funcionarias».

Los ascensos dependerán de las calificaciones obtenidas en los ítemes establecidos por la dirección del servicio. Existen 4 listas distintas en las cuales se agrupa a los funcionarios, de acuerdo con su rendimiento.

1. Lista 1, de distinción. Se selecciona de aquí a los funcionarios a ser promovidos. Es la única lista que permite el ascenso del funcionario a cargos directivos, así como la mantención del funcionario en dichos cargos.
2. Lista 2, buena. Sólo pueden ser ascendidos funcionarios de esta lista si no hay candidatos idóneos en Lista 1.
3. Lista 3, condicional. No se puede ascender desde esta lista. La mantención de un funcionario por dos años consecutivos en esta lista es causal de desvinculación.
4. Lista 4, de eliminación. Quien ha sido calificado en esta lista, una vez firma su calificación, queda desvinculado del servicio.

La calificación es responsabilidad de la jefatura del servicio, que no es calificada, y se debe basar en el informe de precalificación que entregará el jefe directo del calificado, las notas de mérito y las notas de demérito del funcionario, que son parte de su hoja de vida y su hoja de calificaciones.

Si no mediaren sanciones, los funcionarios únicamente podrán cesar en sus funciones por renuncia, jubilación, fallecimiento, o por otra causal legal.

---

<sup>121</sup> Artículo 27, Estatuto Administrativo.

**3.5.3.5.3. Beneficios para los funcionarios.** Los funcionarios deben trabajar en la jornada laboral que contempla el Estatuto Administrativo, esto es, 44 horas semanales. El Estatuto Administrativo contempla un recargo del 50% respecto de las horas trabajadas sobre este límite, siempre que no se pudieren compensar con descanso complementario.

La remuneración, así como las asignaciones adicionales que la ley estableciere, son un derecho de los funcionarios. Las asignaciones que contempla el Estatuto Administrativo, entre otras, son los viáticos, la asignación de movilización y las horas extraordinarias.

Además, hay una serie de beneficios funcionarios establecidos por ley.

1. Los funcionarios destinados a otra región tienen el derecho a habitar en las casas institucionales, pagando como renta el 10% de su salario. Esto, siempre y cuando no fuere propietario de una vivienda en el lugar.
2. El feriado legal corresponde a un periodo de descanso de 15 días hábiles para los funcionarios con menos de 15 años de antigüedad, 20 días hábiles para los funcionarios con más de 15 años y menos de 20 de servicios, y 25 días hábiles, para los funcionarios más antiguos. A esto se suma el derecho a solicitar hasta 6 días de permiso, que pueden ser fraccionados en medios días.
3. El funcionario tiene derecho a la asistencia médica total correspondiente hasta su total recuperación, si ha sufrido un accidente relacionado con el ejercicio de sus funciones.
4. Los funcionarios tienen derecho a las asignaciones maternal y familiar.

Paralelamente, cada institución contempla servicios propios de Bienestar, cuya personalidad jurídica es otorgada por la Superintendencia de Seguridad Social. Los funcionarios tienen el derecho a afiliarse a dichos servicios.

**3.5.3.5.4. Medidas disciplinarias y la desvinculación del servicio.** Las medidas disciplinarias están asociadas al principio de la responsabilidad administrativa. Esta responsabilidad corre por una cuerda separada a la responsabilidad civil del Estado, o a la responsabilidad criminal del funcionario, e impone la obligación de aplicar sanciones al funcionario que incurre en una conducta generadora de responsabilidad. Estas sanciones pueden ser:

1. Censura. Es una amonestación por escrito con una calificación negativa asociada de 2 puntos menos en el ítem respectivo.
2. Multa. Es una reducción del sueldo que puede llegar hasta el 20 % de éste. Trae asociada una calificación negativa, de hasta 4 puntos menos en el ítem respectivo.
3. Suspensión del empleo desde 30 días hasta 3 meses. Esto consiste en la imposibilidad de hacer uso de las prerrogativas de funcionario, y en la reducción del sueldo en hasta un 50%. Trae asociada una calificación negativa de 6 puntos menos en el ítem respectivo.
4. Destitución del cargo. La pérdida de la calidad de funcionario sólo se produce cuando se produce un incumplimiento grave de las obligaciones funcionarias. Esto incluye la formación de sindicatos dentro de la Administración pública, la que está absolutamente prohibida<sup>122</sup>.

Todas las sanciones señaladas se imponen a través de un procedimiento de sumario administrativo, que asegure la adecuada defensa del funcionario. Este procedimiento es verbal y se regula en el Estatuto Administrativo.

#### **3.5.3.6. El principio de probidad.**

El último principio del control interno se incorporó, con fecha relativamente reciente, a la Constitución Política: el principio de probidad administrativa<sup>123</sup>. La probidad está asociada por mandato constitucional al ejercicio de funciones públicas, lo que significa que no sólo los funcionarios públicos se encuentran afectos a este principio, sino que todas las personas que ejercieren funciones públicas, aún tratándose de ministros de estado<sup>124</sup>, trabajadores contratados a honorarios o personas regidas por el Código del Trabajo que laboraren para el Estado<sup>125</sup>.

El artículo 52 de la LOCBGAE define este principio como «observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular». Los funcionarios y quienes que trabajen para el Estado pueden ser

---

<sup>122</sup>Artículo 84 i) Estatuto Administrativo.

<sup>123</sup>De forma llamativa, el artículo 61 de la LOCBGAE, que concede a «las reparticiones encargadas del control interno en los órganos u organismos de la Administración del Estado» la facultad de velar por el respeto al principio de probidad, es el único artículo de dicha ley que explícitamente menciona el control interno y confiere facultades a los órganos encargados de su aplicación.

<sup>124</sup>Dictamen 73.040/2009, Contraloría General de la República

<sup>125</sup>Dictamen 49.700/2009, Contraloría General de la República.

sancionados o incluso desvinculados del servicio si ocurren infracciones graves a este principio, que siempre pueden ser denunciadas<sup>126</sup>. El artículo 62 de la LOCBGAE tipifica varias conductas que constituyen violaciones graves de este principio.

En virtud de este principio, las autoridades del Estado deben realizar una declaración de intereses que debe individualizar todas las actividades económicas en que participan; hacer una declaración de patrimonio, que debe individualizar sus inmuebles, muebles y valores, y hacerse una prueba de consumo de drogas.

Como veremos luego, existen disposiciones en las leyes y reglamentos respectivos que cautelan el cumplimiento del principio de probidad en el ejercicio de funciones públicas, aún cuando ellas sean ejercidas por empresas privadas.

#### **3.5.3.7. La auditoría interna.**

La imposición de mecanismos de control interno, de una forma sistemática, es imposible sin que exista un órgano que, en la misma jerarquía de la organización Estado, evalúe cómo cada uno de los elementos del control interno se está cumpliendo, elabore documentos y sugiera cambios en la estructura o en los procedimientos, y proponga patrones de gestión comunes que coordinen al Estado. Esta labor está asignada a unidades especiales, las Unidades de Auditoría Interna, coordinadas por un organismo central creado por reglamento autónomo, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

El sistema de auditoría interna del Estado busca mejorar la vigencia del principio jerárquico dentro de la Administración activa, cautelando, por mandato legal expreso, los principios de probidad y transparencia. Para ello, el sistema de auditoría interna organiza y coordina las Unidades de Auditoría Interna, que se estructuran a través de decretos internos de cada repartición. Este sistema también persigue mejorar las carencias técnicas de las distintas reparticiones, recopilando y difundiendo las normas técnicas correspondientes como manuales de buenas prácticas.

**3.5.3.7.1. Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.** Este Consejo es un organismo dependiente del Ministerio Secretaría General de Gobierno, creado por el decreto 12/1997

---

<sup>126</sup>Artículo 125, Estatuto Administrativo.

SEGEOB, y se trata de un órgano asesor del Presidente de la República. No es ni un servicio público ni un organismo de control independiente, y nunca se ideó como tal, ya que su fin es la evaluación del control interno para mejorar, en definitiva, la gestión del servicio. Esto lo realiza mediante una triple tarea de recolección de información sobre el control interno de los servicios, la investigación y elaboración de sugerencias, y la exposición de dichas sugerencias al Ejecutivo.

El CAIGG está formado por 7 consejeros y es presidido por uno de ellos, designado por el Presidente de la República, que se denomina Auditor General de Gobierno. Él tiene a su cargo la ejecución de las políticas acordadas por el Consejo y la dirección superior del servicio. El CAIGG es asesorado por un Consejo de Asesoría Técnica, compuesto por los Auditores Internos de cada ministerio y presidido por el Secretario Ejecutivo del CAIGG.

Debajo de estos dos consejos, existen las siguientes unidades, todas, con personal a contrata asimilado a grados del Ministerio Secretaría General de Gobierno<sup>127</sup>.

1. Unidad de Gestión Institucional. Tiene por función apoyar al Auditor General de Gobierno en la planificación de las actividades anuales, el control de cumplimiento de las tareas asignadas, la coordinación con las Unidades de Auditoría Interna de los Ministerios y servicios públicos, y el apoyo técnico a las gerencias de Auditoría Interna y Riesgos Corporativos de las empresas estatales.
2. Unidad de Estudios y Difusión. Se ocupa de proponer, evaluar y formular los lineamientos, metodologías, guías técnicas y herramientas tecnológicas que se usarán para mejorar los sistemas de control interno gubernamental y minimizar los riesgos de las decisiones que se toman en el Estado. Para ello se identifican las áreas que requieren innovaciones técnicas, para luego evaluar y aplicar tecnologías que apoyen la gestión de los servicios. Esto incluye el gobierno electrónico.
3. Unidad de Coordinación de los Objetivos Gubernamentales. Se encarga de supervisar el proceso completo de control interno, implementando, coordinando, retroalimentando, evaluando el cumplimiento de los objetivos de Auditoría Interna fijados por el Presidente de la República, y capacitando al personal.
4. Unidad Jurídica. Asesora jurídicamente al Consejo en lo relativo a las normas jurídicas relativas a las 6 fases ya señaladas.

---

<sup>127</sup>Dictamen 30.757/2008, Contraloría General de la República.

**3.5.3.7.2. Unidades de Auditoría Interna.** Desde el punto de vista operativo, la auditoría interna se desarrolla a través de las Unidades de Auditoría Interna, que son divisiones dependientes de cada uno de los órganos estatales auditados y que tienen, cada una, un jefe de auditoría. Estas Unidades de Auditoría Interna tienen una doble dependencia. Por una parte, están coordinadas por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno. Por otra, están sujetas, según el artículo 18 de la LOCCGR, a la supervisión técnica de la Contraloría General de la República.

La dependencia técnica de la Contraloría General de la República les confiere importantes funciones a estas Unidades.

1. Tienen la facultad de realizar por sí mismas el control de legalidad de los actos del servicio. A diferencia de lo que ocurriría con otras unidades, si la Unidad de Auditoría Interna representa la legalidad de un acto administrativo al jefe del servicio, éste no puede perseverar en el acto sin un pronunciamiento favorable de la Contraloría General de la República. Sin embargo, este control de legalidad está limitado por la inexistencia de independencia entre la Unidad de Auditoría Interna y el jefe del servicio, que es su superior jerárquico. Por esto, el control de legalidad que esta unidad puede ejercer es relativamente irrelevante.
2. Tienen asignadas labores de auditoría contable, respecto de los estados de resultado y balances parciales emitidos por la Unidad de Contabilidad del servicio. Esto, que en estricto rigor es parte de la auditoría interna, se maneja de acuerdo con las disposiciones técnicas que en la materia emite la Contraloría General de la República y bajo las disposiciones de la LOAFE.

Las Unidades de Auditoría Interna, además, tienen asignada la función que las define, la *auditoría interna*. Ella no sólo comprende el análisis contable, sino que responde a la evaluación constante del control interno. Esto se realiza a través de un plan de 5 fases.

1. Planificación general. La estructura orgánica del ministerio o servicio público es comprendida y analizada, así como los elementos internos y externos a ella, para luego, proceder a elaborar un plan de auditoría. Este plan guía la acción de la Unidad de Auditoría Interna.
  - a) El plan debe ser coherente con la misión y los objetivos del organismo público, y debe procurar añadirle valor. Su prioridad debe ser trabajar en aquellas áreas con mayor nivel de riesgo.

- b) Se formula un plan de auditoría, para un año calendario. Este plan debe considerar los siguientes factores.
    - 1) La evaluación anual de los riesgos que enfrenta el servicio.
    - 2) Los trabajos de auditoría solicitados por el jefe del servicio, con los fines arriba mencionados. El jefe del servicio también puede hacer comentarios y sugerencias.
    - 3) Las competencias del personal de la propia Unidad de Auditoría Interna.
    - 4) Los recursos disponibles. La cantidad de recursos requeridos debe ser comunicados por el Jefe de Auditoría al Jefe de Servicio, para su aprobación formal.
  - c) El jefe de la Unidad de Auditoría Interna, mientras el plan de auditoría se ejecuta, debe:
    - 1) Informar al Jefe del Servicio sobre el desempeño de la auditoría interna. Esa información incluye todos los aspectos relevantes del plan, los riesgos que enfrenta el servicio, así como cualquier consulta pertinente que realice el jefe de servicio.
    - 2) Supervisar la ejecución de los trabajos, ya sea directamente o delegando a un funcionario para la tarea.
2. Programación de auditoría. En esta fase cada auditor interno selecciona un procedimiento a auditar, aplica en él las normas técnicas de la auditoría y planifica cómo se van a medir sus procedimientos y resultados, para después pensar en potenciales optimizaciones. El programa de trabajo de cada auditor interno debe ser visado por el Jefe de la Unidad de Auditoría Interna, y debe considerar los siguientes elementos.
- a) La programación de cada auditoría. Cada auditoría se registra, junto con su alcance, los objetivos que ella persigue, el tiempo que toma y los recursos invertidos en ella.
  - b) Cada una de las auditorías debe considerar:
    - 1) Los objetivos de la actividad que es auditada y los medios con los cuales la actividad controla su desempeño.
    - 2) Los riesgos significativos de la actividad, sus objetivos, recursos y operaciones, así como los medios con los cuales el impacto potencial del riesgo se mantiene a un nivel aceptable.
    - 3) La eficacia de los sistemas de gestión de riesgos y control de la actividad. Para ello, se comparan con un modelo de gestión relevante.

- 4) Las oportunidades para introducir mejoras en los sistemas de control interno de cada unidad, si cabe.
3. Ejecución de la auditoría. Aquí se obtiene y analiza la mayor cantidad posible de información sobre cada proceso aislado que se audita. El auditor interno evaluará que tan expuesto está un proceso determinado a los riesgos de gestión, qué cosas causan estos riesgos, y cómo la ocurrencia de los riesgos puede afectar a la Administración. Luego de ello, formula recomendaciones.
4. Informe o comunicación de los resultados. El auditor interno emite un informe con un análisis y recomendaciones para minimizar los riesgos de gestión. Se debe intentar que las recomendaciones produzcan la mayor mejora posible en la gestión, con pleno respeto a los principios de transparencia y probidad.
5. Seguimiento. Esta etapa ocurre cuando el servicio ha adoptado las sugerencias realizadas en el marco del proceso de auditoría, y aquí se busca asegurar que a través de las medidas adoptadas se corrijan efectivamente las desviaciones y se logren los resultados deseados en la forma y en los tiempos previstos. Para esto:
  - a) El auditor dejará constancia escrita de las ocasiones en que los riesgos de gestión superen el nivel admitido.
  - b) El Jefe de Auditoría discutirá la situación con el Jefe del Servicio cuando éste admita que en el servicio existan niveles de riesgo superiores a las expectativas, y no se hayan adoptado las medidas correctivas o preventivas de los hechos que sustentan esa situación, informados por la auditoría.

Las unidades de auditoría interna están conectadas con los órganos encargados del control de gestión, no sólo en cuanto a la asistencia para que los organismos estatales puedan cumplir con sus propias metas de gestión, sino que en cuanto a su propia orgánica, al tener ellas mismas asociadas indicadores de desempeño. Volveremos inmediatamente sobre el punto.

#### **3.5.4. Control de gestión y auditoría de gestión.**

La cuarta y última clasificación del control, según su materia, consiste en el control de gestión. Esto es lo que la doctrina conoce como el «control de eficiencia y de eficacia de la Administración

del Estado». La eficiencia, o el cumplimiento de la mayor cantidad de metas de un servicio usando el menor número de recursos posible, y la eficacia, o el cumplimiento de la mayor cantidad de metas del servicio posible, son dos criterios de gestión, que son recogidos por la LOCBGAE y convertidos en un principio de la acción estatal. Al igual que en el caso del control interno, su fundamento normativo es el artículo 11 de dicha ley.

Esta clasificación responde al cambio de enfoque que el control, como actividad, ha tenido desde el caso de Enron: una mutación desde el mero control presupuestario hacia una evaluación integral de las áreas de riesgo de la gestión de los servicios públicos, en aras de minimizar dichas áreas de riesgo. La auditoría de gestión involucra la introducción de controles, el examen y la optimización de cada uno de los programas realizados por los servicios<sup>128</sup>. Una actividad importante asociada al control de gestión es el presupuesto, por lo que no sorprende que el núcleo de la regulación legal del control de gestión en Chile resida en el D.L. 1.263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, ni que el órgano competente para realizar auditorías intraestatales de la gestión del Estado sea la Dirección de Presupuestos, dependiente del Ministerio de Hacienda, a la que se suma la posibilidad de contratar auditorías externas por parte de los servicios.

El control de gestión no sólo involucra el examen y la optimización de actividades, sino que también su planificación y la evaluación de la idoneidad de las actividades planificadas, de acuerdo con objetivos específicos que son fijados, antes que por los servicios, por el Presidente de la República asesorado por su Ministerio de Desarrollo Social. Además, la Contraloría General de la República tiene en esta materia un rol de creciente importancia. Su ley orgánica, gracias a una reforma de 1996, le permite realizar auditorías externas de la Administración del Estado, tanto de gestión, como del control interno. Veremos en detalle el rol auditor de la Contraloría General de la República en la sección de control administrativo externo.

#### **3.5.4.1. Ministerio de Desarrollo Social.**

El control de gestión parte con la planificación estratégica de la acción del Estado, que, partiendo con el bien común como fin, realiza planes concretos que van en beneficio de las personas, planifica actividades y asigna recursos para programas. La planificación tiene lugar, en principio, en cada una de las reparticiones de la Administración Activa.

---

<sup>128</sup>Véase al respecto RUIZ-TAGLE, P. (2008) Una Contraloría General de la República al servicio de todos los chilenos. En Revista de Derecho Público, 1, Nr. 70.

Junto con ello, el Estado tiene órganos que coordinan estos planes, en pos de un objetivo común. Hasta este año, existió un órgano especializado, el denominado Ministerio de Planificación, que se encargaba de realizar la coordinación de los planes de las distintas reparticiones públicas. Sin embargo, el transcurso de tiempo hizo mutar el rol del Ministerio de Planificación, de un órgano planificador, a un órgano coordinador de políticas sociales multisectoriales, transformación que culminó el 13 de octubre recién pasado con la promulgación de la ley 20.530 que crea el Ministerio de Desarrollo Social, superando así al antiguo Ministerio de Planificación.

El artículo 1° de la ley 20.530 define de la siguiente forma al Ministerio de Desarrollo Social.

Artículo 1°. Créase el Ministerio de Desarrollo Social como la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes, y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, especialmente aquellas destinadas a erradicar la pobreza y brindar protección social a las personas o grupos vulnerables, promoviendo la movilidad e integración social y la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El Ministerio de Desarrollo Social velará por la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, a nivel nacional y regional. Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Social velará por que dichos planes y programas se implementen en forma descentralizada o desconcentrada, en su caso.

El Ministerio de Desarrollo Social tendrá a su cargo la administración, coordinación, supervisión y evaluación de la implementación del Sistema Intersectorial de Protección Social creado por la ley N° 20.379, velando por que las prestaciones de acceso preferente o garantizadas que contemplen los subsistemas propendan a brindar mayor equidad y desarrollo social a la población en el marco de las políticas, planes y programas establecidos.

Corresponderá también a este Ministerio evaluar las iniciativas de inversión que solicitan financiamiento del Estado, para determinar su rentabilidad social, velando por la eficacia y eficiencia del uso de los fondos públicos, de manera que respondan a las estrategias y políticas de crecimiento y desarrollo económico y social que se determinen para el país.

Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Social velará por la participación de la sociedad civil en las materias de su competencia, en especial, aquellas dirigidas a personas o grupos vulnerables.

El Ministerio de Desarrollo Social procurará mantener información a disposición de la sociedad respecto al acceso y mantención de los programas sociales a que se refiere esta ley.

Si bien el foco de su acción cambia, las funciones del Ministerio de Desarrollo Social representan un superconjunto de las prerrogativas del antiguo MIDEPLAN. Esto es así no sólo en lo relativo a los programas sociales multisectoriales, sino que también en lo referente a la planificación del

Estado, expandiéndose el rol del MIDEPLAN hasta nuevas alturas, y exigiendo la evaluación social de los programas del Estado como parte del proceso presupuestario mismo.

El núcleo de esta función está en la antigua División de Planificación, Estudios e Inversión, que tiene a su cargo «la realización de los estudios, proposiciones y demás trabajos que sirvan de base para la identificación y elaboración de proposiciones de políticas globales y sectoriales del Ministerio, así como la mantención de proyectos del sector público y la evaluación de los mismos. De igual modo, le corresponderá evaluar el impacto en el medio ambiente de los planes y proyectos de desarrollo nacional y regional»<sup>129</sup>.

Mientras a nivel nacional la evaluación de los programas gubernamentales es realizada fundamentalmente por la Dirección de Presupuestos, el Ministerio de Desarrollo Social evalúa la rentabilidad social de los proyectos de las municipalidades mediante la asignación de los Fondos Nacionales de Desarrollo Regional. Por su parte, este Ministerio elabora estudios y proyectos de planificación que determinan el impacto social de los programas gubernamentales antes de que ellos sean propuestos a la Dirección de Presupuestos. El Ministerio de Desarrollo Social, además, debe informar favorablemente, en cuanto a su utilidad social, respecto de todo proyecto de inversión que sea incluido en el proyecto de Ley de Presupuestos, como lo establece el artículo 19 *bis* de la LOAFE.

Artículo 19° *bis*. Los contratos de estudios para inversiones, de ejecución de obras y de adquisición de materiales y maquinarias, podrán celebrarse para que sean cumplidos o pagados en mayor tiempo que el del año presupuestario o con posterioridad al término del respectivo ejercicio. En estos casos, podrán efectuarse en el año presupuestario vigente, imputaciones parciales de fondos. El servicio público correspondiente sólo responderá de las inversiones hasta la concurrencia de los fondos que se consulten para estos efectos en cada año, en el respectivo presupuesto.

Para lo dispuesto en el inciso anterior podrán otorgarse anticipos.

Con todo, en los contratos a que se refiere el inciso primero, cualquiera que sea su denominación, no podrá pactarse el pago de todo o parte de su valor o precio en un plazo que exceda del ejercicio presupuestario en que se deba poner término al estudio, proyecto u obra contratado, en una forma distinta a la que resulte de relacionar los pagos con el avance efectivo de la ejecución de los mismos, o cualquier otra forma de pago diferido.

Los estudios preinversionales y los programas o proyectos de inversión deberán contar, como documento interno de la Administración, con informe del organismo de planificación nacional o regional en su caso, el cual deberá estar fundamentado en una evaluación técnica económica que analice su rentabilidad. Corresponderá al Ministerio de Hacienda impartir instrucciones y resolver al respecto. No obstante lo

---

<sup>129</sup> Artículo 4°, Ley 18.989 Orgánica del Ministerio de Planificación y Cooperación.

anterior, los estudios y proyectos de inversión de las Fuerzas Armadas serán evaluados e informados por el Ministerio de Defensa Nacional, sobre la base de una metodología que se determinará por decreto conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Defensa Nacional.

La autorización de recursos para los estudios y programas o proyectos a que se refiere el inciso precedente y la celebración de los contratos respectivos, sólo podrá efectuarse previa identificación presupuestaria. Tal identificación deberá ser aprobada a nivel de asignaciones especiales, por decreto o resolución, según corresponda, conforme a las normas que establezca un reglamento, emanado del Ministerio de Hacienda, el cual establecerá los contenidos de dichos instrumentos aprobatorios, incluido lo relativo a montos por concepto de gasto, compromisos futuros que pueden irrogar y límites máximo, las autoridades facultadas para suscribirlos y los demás procedimientos y modalidades aplicables al efecto.

Sin perjuicio de lo anterior, la dictación de los decretos o resoluciones respectivos podrá efectuarse a contar de la publicación a que se refiere el artículo siguiente y el llamado a propuestas públicas de los estudios y programas o proyectos de que den cuenta, desde su ingreso a la Contraloría General de la República.

Una vez fijado el código y el nombre del estudio, programa o proyectos, en la identificación referida, éstos no podrán ser modificados.

La identificación presupuestaria a que se refiere este artículo, no será aplicable respecto de estudios y proyectos de inversión de las Fuerzas Armadas, que sean calificados como estratégicos o necesarios para la defensa, mediante decreto supremo del Ministerio de Defensa Nacional.

El artículo 3º, letra g), de la ley 20.530 introduce algunas innovaciones. El Ministerio de Desarrollo Social debe elaborar indicadores objetivos y comprobables para evaluar las iniciativas gubernamentales, los que además deben ser públicos y estar a disposición de la ciudadanía de forma electrónica. Junto con ello, este Ministerio debe trabajar conjuntamente con el Ministerio de Hacienda en la elaboración de directrices que guíen la acción del Estado en función de metas de crecimiento y desarrollo, tanto económico como social. Estas directrices, que serán públicas, se informan a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, a más tardar, el 30 de noviembre de cada año, y, por ende, pasan a ser parte del proceso presupuestario.

Junto con ello, se avanza en la claridad de la planificación estatal, estableciendo un nuevo organismo planificador, el Comité Interministerial de Desarrollo Social, que tiene como funciones expresas la fijación de las políticas gubernamentales sobre esta materia. Este Comité pasa a reemplazar, con plenos poderes, a comités parciales creados en leyes anteriores, y asume la planificación de la gestión futura del gobierno.

### 3.5.4.2. Dirección de Presupuestos.

El artículo 15 de la LOAFE define a la Dirección de Presupuestos de la siguiente manera.

Artículo 15°. La Dirección de Presupuestos es el organismo técnico encargado de proponer la asignación de los recursos financieros del Estado.

Le compete, además, sólo a dicha Dirección, orientar y regular el proceso de formulación presupuestaria. Asimismo, le incumbe regular y supervisar la ejecución del gasto público, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 52° de este texto legal.

En cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el inciso anterior, la Dirección de Presupuestos establecerá un sistema de información administrativa y financiera, de general aplicación para los órganos y servicios públicos regidos por el presente decreto ley; ello sin perjuicio de las facultades que tiene en la materia la Contraloría General de la República.

Las funciones de la Dirección de Presupuestos, que han partido desde la elaboración del Presupuesto de la Nación, se han expandido a una serie de materias relativas a la auditoría de gestión de los programas gubernamentales. El presupuesto constituye la cuantificación de un plan, plan que cada órgano de la Administración activa debe definir. La Dirección de Presupuestos establece formatos para la presentación de dichos planes, exige su justificación para satisfacer necesidades públicas, evalúa su desempeño y, en función de ello, les asigna recursos a través del proceso presupuestario y proporciona herramientas al Presidente para definir su continuidad o cancelación<sup>130</sup>.

La Dirección de Presupuestos está dirigida por un Director de Presupuestos, asesorada por un Auditor Interno, y compuesta de las siguientes subdirecciones y divisiones.

1. Subdirección de Presupuestos. Se encarga de la confección del proyecto de Ley de Presupuestos. Esta subdirección propone la asignación de los recursos del Estado y la implementa, regulando y orientando el proceso de formulación presupuestaria de cada una de las reparticiones del Estado, y revisando al mismo tiempo cómo se gastan los recursos públicos comprometidos en un presupuesto determinado.

<sup>130</sup> ARENAS, A. y BERNER, H. (2010) *Presupuesto por resultados y la consolidación del sistema de evaluación y control de gestión del gobierno central*. Dirección de Presupuestos [En línea] ([http://www.dipres.cl/572/articles-60578\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/572/articles-60578_doc_pdf.pdf)).

2. Subdirección de Racionalización y Función Pública. Estudia, analiza, diagnostica y diseña políticas de administración de personal, institucionalidad pública y programas públicos de alto impacto fiscal y social. Tiene como función la elaboración de informes técnicos, legales y financieros que asesoren a la Administración, y tiene a cargo las estadísticas de las finanzas públicas.
3. División de Control de Gestión Pública. Genera información de desempeño e introduce prácticas para mejorar la calidad del gasto, aumentando tanto la eficiencia en la asignación y uso de los recursos públicos en los diferentes programas, proyectos e instituciones, como propiciando una mejor gestión, transparencia y rendición de cuentas. Esta es la división encargada del control de gestión de la Administración a través del presupuesto.
4. División de Finanzas Públicas. Tiene como función el manejo de los activos y pasivos financieros del Fisco, la revisión y aprobación de los presupuestos de caja, inversión y endeudamiento de empresas públicas, y la coordinación y ejecución del presupuesto. Entre otras, sus funciones específicas son varias.
  - a) La formulación y seguimiento del Cálculo de Ingresos Generales de la Nación, información relevante para desarrollar la contabilidad del Estado.
  - b) La elaboración del presupuesto de las empresas públicas.
  - c) La negociación de créditos externos.
  - d) La programación financiera del Tesoro Público.
  - e) El monitoreo de los pasivos de corto plazo y de las concesiones.
  - f) La gestión y seguimiento del Fondo de Reserva de Pensiones y el Fondo de Estabilización Económica y Social<sup>131</sup>.
5. División de Gestión Interna. La función central que tiene es la promoción e implementación de acciones orientadas al desarrollo y capacitación de los funcionarios de la propia Dirección de Presupuestos, buscando al mismo tiempo la eficiencia laboral y la formación de climas sociales favorables.

---

<sup>131</sup>Este fondo fue creado con motivo de los elevadísimos precios del cobre a nivel internacional en el periodo comprendido entre 2006 y 2009. Véase la Ley N° 20.128.

6. División de Tecnologías de la Información. Esta división implementa sistemas informáticos que establecen controles automatizados sobre los recursos estatales, además de representar el soporte informático de la propia DIPRES.

El artículo 52 de la LOAFE le entrega a la Administración la tarea de realizar una evaluación de los programas gubernamentales, que será incorporada en los ejercicios presupuestarios posteriores y que es una tarea asumida por la DIPRES.

Artículo 52°. Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo.

Conforme a lo dispuesto en el inciso precedente, anualmente se efectuará la evaluación de los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo institucional incluidos en los presupuestos de los servicios públicos que se determinen mediante uno o más decretos del Ministerio de Hacienda, con sujeción a los procedimientos, entidades participantes, marcos de referencia y mecanismos que se establezcan en el o los respectivos decretos. Asimismo, los órganos y servicios públicos regidos por el título II de la ley N° 18.575, deberán confeccionar y difundir anualmente un informe que incluya una cuenta de gestión operativa y económica del año precedente, con el cumplimiento de objetivos, tareas y metas, de acuerdo a las instrucciones que imparta el Ministerio de Hacienda.

Los informes que se emitan por aplicación de los dos incisos anteriores, deberán remitirse a ambas ramas del Congreso Nacional en la oportunidad que se fije en los decretos e instrucciones respectivas.

En el proceso de control de gestión, la Dirección de Presupuesto contratará evaluadores externos, que son seleccionados por concurso público, y que corresponden a universidades o consultoras privadas. Asimismo, las auditorías internas de gestión están coordinadas por un Comité Interministerial, que verifica la conformidad de las decisiones tomadas en el proceso de auditoría de gestión con las políticas generales del gobierno.

#### **3.5.4.3. Control de gestión vía presupuesto.**

La Administración activa, con el fin de fomentar el bienestar de la población, desarrolla ciertas actividades agrupadas en proyectos. Estos proyectos pueden, a lo largo del tiempo, ser muy necesarios,

o, por el contrario, ser un despilfarro de recursos, requiriendo su eliminación. Para determinar uno u otro caso, es necesaria su evaluación constante.

Para que esta evaluación ocurra y exista una retroalimentación constante entre el resultado de la evaluación y el presupuesto que se propondrá, la Dirección de Presupuestos comenzará recopilando los indicadores de desempeño de las distintas instituciones, que evalúan una dimensión específica del desempeño de un servicio. Luego, sobre la base de esta formulación, integrada en el Programa de Mejoramiento de la Gestión pública, se vinculan los programas con los indicadores de desempeño a través de un procedimiento de evaluación estandarizado, la matriz de marco lógico. Esta vinculación permite el uso de las tres herramientas de evaluación de que dispone la DIPRES: la evaluación de programas gubernamentales (EPG), la evaluación de impacto y la evaluación comprensiva del gasto.

Paralelamente a ello, existen dos herramientas adicionales asociadas a la formulación presupuestaria: el Balance de Gestión Integral y los fondos concursables. Estos últimos representan un porcentaje del presupuesto que los Ministerios podrán cubrir mediante proyectos novedosos, que generan una mejora importante en la calidad de vida de los administrados. Todas estas variables sirven para la proposición, por parte de la Dirección de Presupuestos, de una Ley de Presupuestos para el año entrante.

**3.5.4.3.1. Indicadores de desempeño.** Se trata de herramientas que proporcionan información cuantitativa respecto a los resultados en la entrega de los productos que la institución ofrece. Pueden cubrir sólo la cantidad de prestaciones otorgadas por el servicio, sólo la calidad del servicio prestado, o todo a la vez. Se diseñan previamente al control del acto, y fijan en sí mismos el objeto a controlar y el parámetro de medida.

1. Elementos del proceso productivo a controlar.

- a) Procesos. Mide las actividades vinculadas con cómo el trabajo es realizado para producir el resultado. Comprende procedimientos de compra de insumos, normas procedimentales reglamentarias, procesos tecnológicos y de administración financiera. A diferencia del resto de los ámbitos de control, aquí no se mide la producción del servicio, sino que sólo la eficiencia del procedimiento.

- b)* Productos. Mide las prestaciones realizadas por el servicio, o los bienes producidos. Corresponde a un resultado inmediato de un programa o acción pública. Se pueden formular indicadores cuantitativos o cualitativos, respecto de calidades esenciales de los bienes producidos.
- c)* Resultados intermedios. Mide los cambios en el comportamiento, estado, actitud o certificación de los beneficiarios una vez que han recibido los bienes o servicios de un programa público, o los beneficios ciertos e inmediatos que de la ejecución de una política pública se siguen para el resto de la comunidad.
- d)* Resultados finales o impacto. Mide el mejoramiento definitivo en las condiciones de la población objetivo, atribuible exclusivamente a la ejecución de la política pública evaluada. Se evalúa separadamente.

## 2. Dimensiones del desempeño a evaluar.

- a)* Eficacia. Es el grado de cumplimiento de los objetivos planteados por el servicio, sin que importen los recursos invertidos para ello. La formulación y cumplimiento de los indicadores de eficiencia dependerá directamente de la claridad que se tenga respecto de los objetivos que tiene el servicio.
- b)* Eficiencia. Consiste en el máximo cumplimiento de los objetivos del servicio con el mínimo uso posible de recursos. Los indicadores de eficiencia dependerán de la actividad y del servicio a analizar.
- c)* Economía. Es la capacidad de una institución para generar y movilizar adecuadamente los recursos financieros en el marco de sus objetivos, con independencia del cumplimiento de las metas. Los indicadores de economía son varios, y pueden ser:
  - 1) La capacidad de autofinanciamiento del órgano.
  - 2) La eficacia en la ejecución del presupuesto asignado.
  - 3) El nivel de recuperación de préstamos.
- d)* Calidad del servicio. Constituye la capacidad de la institución para responder a las necesidades de los administrados. Los indicadores de calidad de servicio miden atributos específicos de las prestaciones otorgadas, como su oportunidad, accesibilidad, precisión; la continuidad en la entrega del servicio, y la calidad de la atención.

**3.5.4.3.2. Programa de Mejoramiento de la Gestión.** Junto con la creación de los indicadores, se establece para todas las reparticiones públicas un Programa Marco que, en seis etapas diferentes, les exige el mejoramiento de su gestión. Este Programa Marco contiene 6 fases.

1. Primera fase. Contempla el establecimiento de definiciones estratégicas, como la misión, visión y los objetivos estratégicos del servicio, así como la definición estratégica de los productos que ofrece el servicio y la descripción de los administrados beneficiados.
2. Segunda fase. Consiste en el diseño de un Sistema de Información, que incluye la asignación adecuada de responsabilidades y el diseño de indicadores de desempeño. En la segunda fase se contempla, por ende, la creación y evaluación de los indicadores de desempeño.
3. Tercera fase. Se implementa el Sistema de Información para la Gestión, introduciendo las mejoras en la gestión correspondientes a evaluaciones ya realizadas.
4. Cuarta fase. El servicio público o Ministerio presenta los indicadores de desempeño de sus principales productos estratégicos en el proceso presupuestario de cada año.
5. Quinta fase. Se establecen ponderaciones y prioridades en los indicadores de desempeño ya elaborados.
6. Sexta fase. Se producen compromisos de desempeño, asociados al cumplimiento de los indicadores formulados, priorizados y ponderados.

El Programa de Mejoramiento de la Gestión contempla incentivos monetarios, que obedecen al cumplimiento de metas de gestión. El cumplimiento de entre un 75% y un 90% de las metas de gestión comprometidas equivale a un incentivo de 2.5%, mientras que si se cumplen más del 90% de las metas asignadas, el incentivo es de 5%, aplicable por servicio<sup>132</sup>.

Una vez son cumplidos todos los objetivos del Programa Marco, se aplica un segundo Programa Marco, o PMG Avanzado, asociado a llevar la gestión de todas las reparticiones públicas al *standard* ISO-9001:2008. Una vez se cumplen los objetivos del PMG Avanzado y se obtiene la certificación correspondiente, cada órgano público pasa a un tercer Programa Marco, el Programa de la Calidad.

---

<sup>132</sup>Ley 19.553.

**3.5.4.3.3. Evaluación de Programas Gubernamentales.** Una vez creados los indicadores de desempeño, asociados a la gestión de las instituciones públicas, es necesaria la evaluación de cada uno de los programas que éstas manejan. Existen distintos tipos de evaluación que se aplicarán de acuerdo con la naturaleza de los indicadores a medir y del programa a evaluar.

El primer tipo de evaluación, que se aplica a los programas gubernamentales con efectos medibles en plazos cortos y medianos, es la Evaluación de Programas Gubernamentales, que busca identificar los objetivos del programa a evaluar, para analizar la consistencia de su diseño y resultados con esos objetivos, sobre la base de los antecedentes e información existente<sup>133</sup>. Esta evaluación se realiza sobre la base de un método aprobado por el BID: la *matriz de marco lógico*.

1. La matriz comienza con la elaboración de una tabla, que comprende los diferentes niveles de objetivos de un programa. Se identifican el fin y el propósito del programa; los objetivos de cada uno de sus componentes y las actividades realizadas, para luego asociarlos a indicadores de desempeño y supuestos.
2. Con la matriz de marco lógico elaborada, se evalúan los siguientes aspectos del programa.
  - a) Justificación. Se analiza el problema que dio origen al programa, y cómo el programa puede contribuir a solucionar dicho problema.
  - b) Diseño. Se analiza el ordenamiento y consistencia del programa, considerando sus objetivos, así como los componentes y las actividades integrados en el programa para realizar dichos objetivos.
  - c) Organización y gestión. Se analizan los aspectos institucionales dentro de los cuales opera el programa, así como las principales instancias de coordinación e instrumentos que el programa tiene disponibles para cumplir con su cronograma de actividades y realizar su propósito.
  - d) Resultados. Se evalúa la eficacia (grado de cumplimiento de los objetivos), la economía (uso de recursos) y la eficiencia (proporción entre uso de recursos y grado de cumplimiento de los objetivos) del programa.
3. Se evalúa, finalmente, la sostenibilidad y continuidad del programa. Analizando todos los elementos anteriores, se hace un juicio sobre la sostenibilidad institucional del programa,

---

<sup>133</sup>ARENAS y BERNER (2010) *Presupuesto por resultados y la consolidación del sistema de evaluación y control de gestión del gobierno central, op. cit.*

decidiéndose si éste debe continuar, debe ser ampliado, recortado o eliminado. Junto con ello, se elaboran sugerencias y recomendaciones orientadas a mejorar el desempeño del programa.

**3.5.4.3.4. Evaluación de impacto.** El segundo tipo de evaluación se aplica a los programas con efecto en el largo plazo, y es la evaluación de impacto. Es muy similar a la Evaluación de Programas Gubernamentales, pero conlleva investigaciones adicionales en terreno, para detectar el *impacto* del programa, que consiste en el incremento del bienestar de los administrados exclusivamente atribuible al programa, aislando sus efectos de cualquier otro efecto externo. Se evalúan tanto los aspectos de diseño del programa, como su gestión institucional.

**3.5.4.3.5. Evaluación Comprehensiva del Gasto.** Un tercer tipo de evaluación busca auditar las estructuras internas de los organismos estatales, desde el punto de vista de la gestión, y es la Evaluación Comprehensiva del Gasto. Aquí, sobre la base de la definición de objetivos que ha hecho cada institución, sus definiciones estratégicas, los indicadores de servicio al público y los gastos asignados a cada repartición, se evalúan:

1. El diseño institucional. DIPRES verifica la consistencia entre las prioridades gubernamentales, la misión, los objetivos estratégicos, los productos que el organismo estatal ha definido como estratégicos, y sus beneficiarios. Esto incluye la evaluación, desde el punto de vista de la gestión, del organigrama del servicio.
2. La gestión institucional. Se evalúa la capacidad institucional, tanto profesional, como técnica y organizacional, así como los mecanismos de control interno del servicio.
3. Los resultados y el uso de los recursos. Se vela por el máximo cumplimiento de los objetivos del servicio y el mínimo uso de recursos posible, evaluando separadamente la eficiencia, la eficacia y la economía del servicio.

**3.5.4.3.6. Fondo Central de Recursos para Prioridades Gubernamentales.** Este fondo, que es un fondo concursable, define un porcentaje de los recursos de los ministerios para que éstos puedan presentar nuevos proyectos que mejoren la calidad de vida de los administrados. Estos proyectos deben ser presentados en un formato estandarizado que incorpora la matriz de marco lógico,

lo que implica que se deben explicitar sus objetivos estratégicos, la justificación del programa, la población objetivo, el fin y el propósito del programa, así como la descripción de sus componentes, los indicadores de desempeño que servirán para medirlo, así como los medios de verificación que se tendrán para ello. Su utilización depende de cada ejercicio presupuestario.

**3.5.4.3.7. Balance de Gestión Integral.** El BGI es un balance de gestión estandarizado, que proporciona información al resto de la Administración y a la ciudadanía acerca de los objetivos, metas de gestión y resultados de un servicio público específico, y cuya elaboración es un deber de cada servicio público, de acuerdo con el tercer inciso del artículo 52° de la LOAFE. Es un informe público que está compuesto por las siguientes partes.

1. Carta del director o jefe del servicio. Es una presentación del desempeño institucional del año anterior por parte de la autoridad máxima de la institución, señalando las circunstancias o factores internos y externos que afectaron el desempeño y los desafíos enfrentados en el periodo respecto del cual se informa.
2. Identificación de la institución. Se presenta toda la información que permita al público, especialmente a analistas, otros servicios públicos y el Congreso Nacional, la identificación del servicio. Se incluye la normativa reguladora del servicio, el organigrama, las definiciones estratégicas, los recursos humanos y financieros de la institución.
3. Resultados de la gestión. Se muestran los resultados de la institución el año anterior. Esto incluye la cuenta pública de los resultados, los avances en procesos de gestión, los proyectos de inversión y las transferencias. Se utiliza para ello la normativa contable del Estado.
4. Desafíos para el año en curso. Finalmente, se enuncian las tareas que la institución debe realizar en el ejercicio siguiente, teniendo en cuenta los recursos que para ello contará.

Los resultados de la gestión del servicio público no sólo proporcionan valiosa información a la propia DIPRES, a la hora de la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos, sino que permiten el control político de cada uno de los programas aprobados, posibilitando la superposición de controles democráticos a los controles de gestión.

#### **3.5.4.4. La Ley de Presupuestos.**

Si bien la Dirección de Presupuestos juega un rol importantísimo en la auditoría de gestión de los órganos públicos, no se puede olvidar que su función principal es la creación del proyecto de Ley de Presupuestos del año entrante. Este presupuesto es anual, y su formulación obedece a un ciclo.

De esta forma, toda la información que la Dirección de Presupuestos obtiene sobre la base del proceso de control de gestión ayuda a la preparación del proyecto de Ley de Presupuestos del año siguiente. Cuando el Presupuesto de la Nación cobra vigencia, las asignaciones de recursos al Estado se materializan a través de los lineamientos de dicha Ley, y los fondos se extienden en cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 100 de la Constitución. Por su parte, en el ejercicio siguiente al presupuesto, los programas a los que se han suministrado fondos son evaluados, evaluación que sirve para su reformulación, mantención o remoción en un próximo ejercicio presupuestario. El proceso completo toma 3 años.

El ciclo de la Ley de Presupuestos tiene 4 fases, tres de las cuales quedan bajo la tutela directa de la DIPRES. Son la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos, la discusión y aprobación de la Ley de Presupuestos (esta fase, en el Congreso Nacional), la ejecución del presupuesto y la evaluación del presupuesto.

1. Fase de elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos. La Subdirección de Presupuestos, sobre la base de la información disponible de los procesos de evaluación y ejecución del ejercicio anterior, propone anualmente, en el Proyecto de Presupuestos corriente y de capital del Fisco, el número y denominación de cada uno de los ítemes de Ingresos y Gastos que se presentarán al Congreso Nacional. Esta proposición constituye el proyecto de Ley de Presupuestos que se hace llegar al Congreso.

a) Este proyecto contiene la siguiente información.

- 1) Información sobre los objetivos e indicadores de gestión que se le hace llegar, así como las evaluaciones de los programas públicos e instituciones de la Administración del Estado. Esta información es hecha llegar previamente a la Comisión Permanente de Presupuestos de la Cámara de Diputados y estudiada por la Comisión Mixta Especial de Presupuestos del Congreso Nacional.

- 2) Las peticiones de recursos de los servicios públicos y de las instituciones descentralizadas cuya fuente de recursos es la Ley de Presupuestos. Estas peticiones se deben enmarcar en los procedimientos seguidos por DIPRES para evaluar programas gubernamentales, ya vistos.
  - 3) El límite al que pueden llegar los gastos públicos agregados, las diversas partidas y los capítulos durante el periodo presupuestario siguiente. Esto debe ser informado al Ministro de Hacienda.
- b) El proyecto de Ley de Presupuestos es discutido de la siguiente forma dentro de la Administración, de forma previa a su presentación. Esto obedece a un cronograma con base reglamentaria.
- 1) Julio. Cada una de las reparticiones públicas prepara un anteproyecto de Presupuesto, determinando sus necesidades.
  - 2) Agosto. El proyecto se analiza, en una primera fase, con reuniones entre DIPRES, el Ministerio de Planificación, y cada uno de los servicios. Posteriormente pasa al Director de Presupuestos, quien discute el contenido del proyecto con el Ministro de Hacienda.
  - 3) Primera quincena de Septiembre. El proyecto es discutido a nivel político por la Presidencia de la República, fase que termina con la comunicación final de la decisión presidencial sobre el Presupuesto de la Nación.
  - 4) Segunda quincena de Septiembre. El Director de Presupuestos comunica a los servicios de la Administración Activa la decisión presidencial. La Subdirección de Presupuestos se encarga de la preparación definitiva de las glosas y de los clasificadores respectivos. El proyecto de Ley de Presupuestos es presentado a finales de Septiembre ante la Cámara de Diputados, cumpliendo así con el plazo establecido por el artículo 67 de la Constitución<sup>134</sup>.
2. Etapa de discusión y aprobación de la Ley de Presupuestos. Consiste en la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Presupuestos presentado. Esta fase escapa completamente a la Administración del Estado, y representa una oportunidad para que los parlamentarios ejerzan control político sobre programas específicos de la Administración del Estado.

---

<sup>134</sup>Este plazo es de 3 meses antes de que comience a regir el Presupuesto General de la Nación para el año siguiente. Vence el 30 de Septiembre de cada año.

3. Etapa de ejecución presupuestaria. Consiste en la entrega mensual de los recursos presupuestados por las instituciones, la actualización del Presupuesto General de la Nación que proviene de los decretos modificatorios del presupuesto, y la contabilización de los gastos efectivos y devengados.
4. Etapa de evaluación del presupuesto. En esta etapa se desarrollan las evaluaciones de gestión institucional, las evaluaciones de programas gubernamentales y la evaluación de impacto de la acción del Estado y se evalúa la gestión para asignar posteriormente incentivos económicos. Usando todas las herramientas ya mencionadas, se confecciona un proyecto de Ley de Presupuestos para el ejercicio siguiente.

### **3.6. Segunda clasificación: Naturaleza orgánica.**

El segundo criterio bajo el cual se clasifica el control sobre el Estado es la naturaleza orgánica del organismo que ejerce dicho control respecto de la repartición objeto de supervisión. Se distinguen aquí el *control interno*, que es el control que la propia Administración del Estado ejerce sobre sí misma, ya sea dentro de una repartición específica (control interno intraórgano) o entre órganos de la Administración del Estado (control interno interórgano), y el *control externo*, que consiste en el control de naturaleza especializada que ejercen órganos externos a la Administración sobre ésta.

Mientras el control interno emana de las potestades jerárquicas de la Administración y lo realiza la Administración del Estado sobre sí misma, el control externo es especializado, y se subdivide en diversos tipos de controles, como el control de mérito, control de oportunidad y conveniencia, control financiero, control de eficiencia o eficacia, y es realizado por órganos externos a la Administración activa, como la Contraloría General de la República.

Esta categorización es histórica y proviene directamente de la pugna entre la Contraloría y el Estado por la extensión del control de juridicidad. CORDERO dice al respecto que, durante los años 70, específicamente, en el gobierno militar, «la Contraloría vino sosteniendo que era la cabeza de serie del “sistema nacional de control” y que, en tal virtud, le correspondía el control de eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas a través de sus atribuciones de control de legalidad. Tal afirmación, llevó a que el Gobierno decidiera modificar la recién dictada Ley Orgánica de

Administración Financiera del Estado (LOAFE). D.L. 1.263 (noviembre de 1975) estableciendo una distinción entre control interno y control externo, que se utiliza hasta hoy»<sup>135</sup>.

De este modo, la distinción quedó impresa en los dos incisos primitivos del artículo 52° de la LOAFE.

Artículo 52°. Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo.

Como se observa, la Contraloría sólo puede realizar auditorías para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia (control externo), quedando la verificación y evaluación de la gestión del Estado en manos del Ejecutivo (control interno).

### **3.6.1. Control interno.**

Contraloría define el control interno como «la fiscalización que, por vía jerárquica y con sus propios medios, realiza cada servicio, con el fin de adecuar su actividad a las normas vigentes y a las condiciones de eficiencia que técnicamente sean exigibles de acuerdo con sus modalidades de funcionamiento»<sup>136</sup>. El control interno consiste en el actividad que la propia Administración del Estado realiza para autocontrolarse, tanto respecto de la juridicidad de sus actuaciones como en lo relativo a la eficiencia de ella. Por ello, se corresponde con los controles de juridicidad y de gestión que ocurren dentro de un servicio público y que se explican en función del principio jerárquico, además del control interno que cada servicio debe cautelar para su sostenibilidad. Tiene las siguientes características.

1. Su fundamento es el principio jerárquico de la Administración. Por esto, se pueden ejercer de oficio o a petición de parte y el responsable del ejercicio de estos controles será el jefe del servicio.

---

<sup>135</sup>CORDERO (2010) Anuario de Derecho Público, *op. cit.*

<sup>136</sup>Oficio 80.102/1969. Obsérvese que hay aquí una comprensión más moderna del control interno que no aparece, sin embargo, a simple vista, a la luz de las modificaciones a la LOAFE hechas en 1977.

- a) Ejercicio de oficio. El jefe del servicio, sin siquiera invocar alguna razón u motivo, puede revisar los actos del subalterno, invocando razones no sólo de mérito, oportunidad o conveniencia, sino que también jurídicas.
  - b) Ejercicio a petición de parte. Esto sucederá a través de los recursos jerárquicos administrativos.
2. Los controles internos contienen al control interno. El control interno, que comprende la política de capacitación, contratación, despido y sanción al personal, los beneficios, la revisión constante de la observancia de la normativa jurídica y de las normas internas de procedimiento del servicio, así como la definición interna de los cargos, la política de archivo de los actos del servicio y el respeto al principio de probidad administrativa, no agota el universo de controles internos. También es posible establecer controles de legalidad y de gestión dentro del servicio.
3. Se clasifica, siempre de acuerdo con el texto del artículo 11 de la LOCBGAE, en:
- a) Controles de eficiencia y eficacia. Tienen que ver con la gestión del servicio.
  - b) Control de legalidad de las actuaciones. Se manifiesta a través de las unidades jurídicas, que, como ya revisáramos, están sujetas a la dependencia técnica de la Contraloría General de la República.
  - c) Control de mérito y oportunidad. Es la acepción más pura del principio jerárquico, y corresponde al control interno desde el punto de vista material.

Los controles internos corresponden, como se ve, al control interno, en su casi totalidad; a los controles de legalidad que tienen lugar en virtud del principio jerárquico, y al control de gestión, en la medida en que no escape de la labor que realiza la Dirección de Presupuestos dentro del servicio. Comprende además los recursos administrativos jerárquico y de reposición, así como los controles de la Administración fiscalizadora que operan sobre órganos de la propia Administración, pero no contempla ni las auditorías externas, ni los controles democráticos.

### **3.6.2. Control externo.**

El control externo es aquel realizado por órganos externos a la Administración. Puede entregarse a órganos de la Administración descentralizada, a órganos independientes totalmente de la Adminis-

tración, o, incluso, a consultoras privadas dependientes de órganos de la Administración y ligados a ella por contratos administrativos.

Los órganos encargados de los controles externos son especializados. El mejor ejemplo de estos órganos es la Contraloría General de la República que está encargada del control de juridicidad no jurisdiccional de los actos de la Administración, además de la auditoría externa sobre ella. Existen una serie de ejemplos en los que órganos descentralizados de la Administración controlan otros órganos externos a ellos, como entidades privadas, o incluso, entidades públicas, no desde el punto de vista de las relaciones jerárquicas, sino desde una perspectiva técnica y normativa. Además, el conjunto del control democrático es, por esencia, externo.

Nos detendremos en dos controles que no han sido examinados, debido a que, en el primer caso, su definición como control externo lo contrapone a la labor que desde el interior de la Administración realizan las Contralorías Internas, las Unidades de Presupuesto y de Planificación y las Unidades de Auditoría Interna, y, en el segundo, debido a que no se trata de un control ejercido por la Administración hacia sí misma, sino que se trata de un control hacia otros sujetos, que toca tangencialmente a la Administración, y que precisamente se define por ser externo a los sujetos controlados.

#### **3.6.2.1. Contraloría General de la República en su rol auditor.**

Hasta hace poco, el control ejercido por la Contraloría se circunscribía al control de legalidad objetivo, ejercido a través de la toma de razón, y al control contable, realizado a través de las visitas inspectivas y del control de la observancia de las normas de contabilidad, ejercido a través de los inspectores delegados. Sin embargo, la ley 19.817 vino a introducir una nueva facultad para la Contraloría General de la República: la posibilidad de auditar externamente la gestión de los servicios públicos.

Artículo 21° A, Ley Orgánica de Contraloría General de la República. La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa.

Conforme a lo anterior, a través de estas auditorías la Contraloría General evaluará los sistemas de control interno de los servicios y entidades; fiscalizará la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos; examinará las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros; comprobará la veracidad de la documentación sustentatoria; verificará el cumplimiento de las normas

estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y formulará las proposiciones que sean adecuadas para subsanar los vacíos que detecte.

El Contralor General establecerá las normas que regularán la forma, el plazo y las modalidades de las auditorías que le corresponda efectuar al organismo fiscalizador.

Sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General, los servicios públicos sujetos a su fiscalización podrán contratar auditorías de sus estados financieros a empresas particulares externas.

La diferencia entre el control interno y el control externo está determinada por la controversia histórica sobre el rol de control que debía ocupar la Contraloría General de la República, controversia que llegó a su punto más alto, primero, en la Sesión 301 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, donde se le dieron a Contraloría poderes amplios de auditoría de gestión, y luego, con el D.L. 2.053, donde no sólo dichos poderes le fueron quitados, sino que también se quitó a la Contraloría General de la República su autonomía financiera. De esta forma se pasó, en pocos años, de una Contraloría con amplios poderes de auditoría de gestión, a un organismo que, en principio, *sólo* debía encargarse del control de juridicidad y de la auditoría contable.

Las funciones de la Contraloría General de la República han mutado nuevamente, y ahora es un órgano que no sólo tiene el control de juridicidad material, sino que, en virtud de cautelar los principios jurídicos derivados de la probidad, evalúa programas gubernamentales. A pesar de las aparentes trabas para el ejercicio de auditoría de gestión que establece el artículo 21° B de la LOAFE, lo cierto es que la auditoría de gestión, en general, se caracteriza, entre otras cosas, por representar para el administrador una opinión sin fuerza vinculante, esto, para no afectar la toma de decisiones por parte del administrador ni para entorpecer la gestión<sup>137</sup>.

La Unidad de Auditoría de la Contraloría General de la República se encarga de revisar el cumplimiento de la juridicidad y, a través del principio de probidad, de la eficiencia y de la eficacia de la actividad estatal. Esto se materializa a través de las auditorías finales de gestión, que son auditorías externas que contemplan tanto el control de gestión como el control interno del servicio (poniendo énfasis en el cumplimiento del principio de probidad) y, además, la observancia que el servicio muestra de las normas jurídicas. Es un verdadero triple control.

---

<sup>137</sup>Esta opinión es absolutamente coherente con la historia de la Ley 19.817, en la que, incluso, el profesor SOTO KLOSS, al denunciar como inconstitucional una eventual auditoría de gestión hecha por Contraloría que tuviere consecuencias jurídicas para el administrador, reconoce, en cambio, la constitucionalidad de una auditoría de gestión consultiva, que represente sólo una opinión sin fuerza vinculante. La relevancia de dicha auditoría es grande, puesto que, aunque es imposible por las razones antes señaladas que Contraloría administre sanciones, el reproche señalado en el informe servirá de fundamento a otros mecanismos de control que sí podrán sancionar a los responsables, como los controles democráticos. Debe recordarse que el responsable último del control, en la teoría moderna de gestión, siempre es el superior jerárquico y no puede ser, por ende, la Contraloría General de la República.

Por su parte, el artículo 52 de la LOAFE entrega a la Contraloría importantísimas atribuciones en lo relativo al control financiero del Estado. Es la Contraloría General de la República, como auditor externo, quien hará la auditoría financiera de la inversión de los recursos de las reparticiones públicas, luego de lo cual, de ser procedente, realizará otra importante función que le ha sido asignada desde su creación: el juicio de cuentas.

De esta forma, las labores que le corresponden a la Contraloría, además del control de legalidad externo no jurisdiccional, que es la toma de razón, son las de realizar auditorías externas del control interno, del control de gestión y de los balances contables de los servicios, y, en el último caso, de sustanciar un procedimiento especial, que es el juicio de cuentas, para impetrar las responsabilidades administrativas que procedan.

**3.6.2.1.1. Auditorías externas.** La Contraloría dispone de varias herramientas para verificar el cumplimiento, por parte de la Administración, no sólo de la legislación sustantiva, sino que de todas las normas relativas al control interno. La facultad de intervenir en forma directa en la gestión de los servicios públicos en caso de encontrar problemas está asegurada por la LOCCGR.

1. Registro del personal. La Contraloría lleva un registro computarizado de todo el personal que trabaja en la Administración pública, registro que comienza con el depósito de la resolución de nombramiento del funcionario en el cargo. De esta forma, Contraloría puede realizar el seguimiento de cada funcionario, exigiendo el reintegro de las remuneraciones mal recibidas y verificando el cumplimiento de las normas y exigencias del Estatuto Administrativo y la LOCBGAE, en particular, en lo referente al principio de probidad administrativa.
2. Intervención directa. Las facultades de Contraloría para intervenir los servicios, en caso de encontrar irregularidades, son grandes.
  - a) Contraloría puede designar delegados, que inspeccionarán en terreno los servicios públicos. Estos delegados tienen la facultad para ordenar al jefe del servicio, en virtud del propio principio jerárquico, la entrega de información, y de sancionar a quienes se nieguen a su entrega con la suspensión. Esto incluye al jefe del servicio.
  - b) Contraloría puede realizar inspecciones en terreno extraordinarias, las que versan no sólo sobre el control del principio de legalidad, sino que sobre el respeto a las normas contables, el control interno y el control de gestión.

- c) Contraloría puede instruir por sí misma sumarios administrativos contra los funcionarios, suspendiendo al jefe de servicio. El delegado en terreno de Contraloría actúa como fiscal investigador, y tiene las facultades para requerir información usando del principio jerárquico, como si fuera el jefe de servicio mismo. Estos sumarios son secretos y el funcionario que dé informaciones sobre ellos será destituido.
- d) Contraloría, finalmente, va a denunciar al Ministerio Público a los responsables en caso de desfalcos y defraudaciones al erario público. En estos casos se notifica además al Consejo de Defensa del Estado, quien se hará parte en estos casos como querellante.

La resolución exenta 1.586/2007 creó la Unidad de Auditorías Especiales, dependiente de la División de Auditoría de la Contraloría General de la República, cuyo objetivo es realizar auditorías en asuntos que, a juicio del Contralor General, generen un alto impacto en la comunidad o sean considerados por el Contralor General como de especial relevancia. Estos informes y las observaciones que provengan de ellos, serán el fundamento del juicio de cuentas.

**3.6.2.1.2. Auditoría financiera y juicio de cuentas.** El juicio de cuentas, por no constituir un ejercicio de las potestades contraloras, sino que un verdadero procedimiento judicial, no cabe dentro de nuestro ámbito. Sin embargo, su fundamento, que es el envío de las cuentas emitidas por las Unidades de Contabilidad de los servicios a Contraloría al término de cada ejercicio, sí cabe, al tratarse de un control contable.

Las cuentas deben cumplir con ciertos requisitos que están pormenorizados en los artículos 98, 99 y 100 de la LOCCGR. Estos requisitos se resumen en lo siguiente:

1. La documentación de respaldo de las cuentas debe ser auténtica, y la legislación aplicable sobre impuestos debe ser cumplida. Esto incluye, en el caso de los ingresos, el deber de cobrar los intereses penales y las multas correspondientes.
2. Las operaciones aritméticas de las cuentas deben ser exactas.
3. Los ingresos y los gastos deben haber sido correctamente imputados dentro de las cuentas correspondientes. Se debe recordar aquí el principio del artículo 100 de la Constitución: todo gasto debe corresponder a un decreto que lo autorice, y, en último término, a una partida de la Ley de Presupuestos que lo legitime.

Si la cuentas es exacta, el examinador de la cuenta de Contraloría la remitirá, con carácter de conforme, al Jefe de Departamento del servicio desde donde se envió. Si, por el contrario, la cuenta adolece de vicios, el examinador, previa notificación al jefe del servicio, remitirá los antecedentes al Jefe de la División de Contabilidad, quien realizará formalmente el reparo ante el Subcontralor General, iniciando con ello el juicio de cuentas.

### **3.6.2.2. Administración fiscalizadora.**

El principio de control, en su acepción tradicional, intentó asegurar la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico, partiendo de la necesidad de proteger a los particulares del poder del Estado y, a la vez, de dejarles amplios espacios de libertad restringidos sólo por el Derecho Privado y por el Derecho Penal. Sin embargo, a medida que el Estado fue abandonando la provisión directa de servicios públicos y fue asignando, con cada vez más frecuencia, estas funciones a privados, se vuelven necesarias tanto la imposición de obligaciones de servicio público a dichos privados, como la creación de mecanismos de control integrales que cautelen la sujeción de estos privados a las obligaciones de servicio público que acompañan la provisión de estos servicios.

Ello se vuelve particularmente relevante con las nuevas formas de prestación de servicios públicos asociadas al ocaso del Estado empresario: la prestación indirecta de servicios públicos y la contratación administrativa. El Estado tiene la obligación de cautelar que quienes le reemplacen cumplan con los deberes que el Estado tenía asignados de la misma forma y con el mismo celo que debería emplear el propio Estado en ello, ya sea porque la actividad le ha sido asignada al Estado por mandato constitucional, ya sea porque por vía legal y en atención al interés público que reviste se le encarga al Estado la supervigilancia sobre dicha actividad.

Para cumplir las funciones de control que se le asignan al Estado sobre estos proveedores de servicios públicos, el Estado tiene a su disposición órganos públicos de control denominados superintendencias, que son organismos estatales cuya función es la de controlar la actividad de sujetos pasivos definidos por ley, que desarrollan actividades en ámbitos específicos de interés público.

Hasta el momento, existen las superintendencias de Seguridad Social, de Bancos e Instituciones Financieras, de Pensiones, de Valores y Seguros, de Electricidad y Combustibles, de Servicios Sanitarios, de Salud, de Quiebras y de Casinos de Juego. Sin embargo, una parte importante de la

reforma a la Ley de Concesiones, que era la inclusión de la Superintendencia de Obras Públicas, no ha podido ser aprobada aún.

Las superintendencias tienen las siguientes características.

1. Corresponden a órganos de la Administración del Estado. Esto significa, entre otras cosas, que se les aplica íntegramente el título 1 de la LOCBGAE, por lo que están sujetos a todos los principios allí enunciados.
2. Corresponden, específicamente, a servicios públicos. Se relacionan con el Poder Ejecutivo a través de ministerios específicos y determinados, y deben guiarse por las directrices políticas del gobierno. Además, son creados por leyes específicas, con las siguientes características.
  - a) Deben tener una competencia consistente en el control de un sujeto pasivo determinado y definido, todo ello, fijado por ley. Esta es la diferencia entre las Superintendencias y organismos similares con potestades regulatorias, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones.
  - b) Deben corresponder a servicios operativos. Las Superintendencias sólo ejecutan políticas, no las definen.
  - c) Son, por definición, servicios públicos descentralizados. Tienen personalidad jurídica propia y están sujetos a la supervigilancia y el control del Presidente de la República, quien muchas veces sólo tiene la potestad para nominar al jefe del servicio. Sin embargo, no son independientes presupuestariamente, y su financiamiento es con cargo a la Ley de Presupuestos.
3. Tienen una función contralora, que consiste en realizar la fiscalización de las entidades sometidas a su órbita. Esto se desglosa en las siguientes facultades de control, desglosadas en facultades normativas, fiscalizadoras, sancionadoras y jurisdiccionales.
  - a) Facultades normativas. Las superintendencias pueden:
    - 1) Dictar normas de general aplicación a los sujetos controlados, como instrucciones o circulares.
    - 2) Aplicar e interpretar la normativa vigente de rango superior a la que es capaz de dictar la propia Superintendencia, con carácter vinculante.

- 3) Aprobar reglamentos de servicio interno y corregir fallas en el procedimiento, cuando se trata de superintendencias a cargo de concesionarias de servicio público.
- b) Facultades fiscalizadoras. En este ámbito, las superintendencias tienen, por lo menos, las siguientes facultades. Todas ellas configuran un control respecto de los entes regulados que es eminentemente de juridicidad, buscando la conformidad material de los actos y de la actividad de los regulados a la ley, los reglamentos y las interpretaciones e instrucciones de la respectiva superintendencia.
- 1) Examen de documentación. Las superintendencias pueden examinar todos los libros, cuentas, archivos y documentos de los sujetos fiscalizados, los que, a su vez, deben poner estos documentos a disposición de la superintendencia.
  - 2) Requerimiento de información. Junto con lo anterior, las superintendencias pueden requerir, de los sujetos regulados, toda la información que consideren relevante para fiscalizar. Esto se une a deberes de información legales.
  - 3) Realizar visitas. Las superintendencias pueden inspeccionar en terreno, por medio de sus empleados, a las personas o entidades fiscalizadas.
  - 4) Citar a declarar a personas determinadas. Esto, en la medida de que conozcan hechos relevantes para la fiscalización.
  - 5) Formular exigencias técnicas. Las superintendencias pueden exigir el cumplimiento de estándares técnicos señalados en circulares de aplicación general.
- c) Facultad sancionadora. Las superintendencias pueden sancionar a los entes regulados. Las sanciones pueden ser impugnadas ante los Tribunales de Justicia.
- d) Facultad jurisdiccional. Las superintendencias están, además, dotadas del ejercicio en grado menor de la potestad jurisdiccional, resolviendo los reclamos de los usuarios en contra de las entidades fiscalizadas<sup>138</sup>.
4. Tienen, por último, la facultad de intervenir, directamente, la sociedad regulada. Esto, en casos estrictamente calificados.

El fundamento de la existencia de las Superintendencias, además de su independencia de la voluntad política, es la protección de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios, que por

---

<sup>138</sup>Se discute con mucha fuerza esta facultad cuando es el Estado quien propone e impone la sanción, actuando como juez y parte. Este tema se tratará con profundidad al momento de analizar la potestad sancionadora del inspector fiscal.

el interés público envuelto en ellos son muchas veces afectados por el mal servicio de las empresas reguladas. Las Superintendencias deben gestionar los reclamos, imponer sanciones si proceden y velar por la prestación de los servicios bajo condiciones apropiadas.

El artículo 8° de la Constitución Política de la República impone *en el ejercicio de la función pública* los principios de probidad y transparencia. Por eso, y basados en que la delimitación de las funciones públicas no sólo es orgánica, sino que también material, estos principios, así como los principios de la gestión estatal, deben ser impuestos a los privados que ejecutan funciones públicas para no dañar la posibilidad de imponer controles democráticos. El cautelar esto, a través de las solicitudes de información, también debe ser una tarea de las Superintendencias, que ellas deben cumplir respecto de las actividades reguladas.

### **3.7. Tercera clasificación: Momento del control.**

En tercer lugar, el control puede clasificarse de acuerdo con el momento en que se realiza. Según el esquema del profesor SILVA CIMMA, esta clasificación trae consigo ciertas consecuencias que no pueden dejar de ser expuestas.

#### **3.7.1. Control preventivo.**

Se caracteriza por revisar los actos antes de que ellos concluyan su tramitación, buscando evitar que los actos contrarios a derecho, que no cumplen con las orientaciones del gobierno, o que producen daño a la hacienda pública, produzcan efecto. La tendencia internacional es un viraje hacia el control preventivo, y, como dice el profesor CORDERO, hacia la procedimentalización de los controles y la inclusión de mecanismos de defensa de los derechos fundamentales de las personas en los procedimientos administrativos. El control preventivo tiene las siguientes características.

1. Si bien el control está inserto en el procedimiento de generación del acto controlado, el órgano contralor necesariamente tiene un criterio distinto al órgano que actúa. Salvo el importante caso del control de juridicidad, donde debe primar la voluntad de las normas, siempre debe primar la voluntad de la Administración activa, quien es la responsable última del ejercicio del control, por sobre el criterio del órgano contralor.

2. En caso de existir dudas sobre la legitimidad o ilegitimidad del acto, el proceso de control debe presumir que el acto es legítimo. Esto se logra, en el caso de los actos administrativos, mediante la presunción de legalidad que ellos poseen.

### **3.7.2. Control concomitante.**

Consiste en los controles que tienen lugar durante el desarrollo de una actividad. Conceptualmente, tiene las mismas características del control preventivo en cuanto a sus efectos jurídicos, pero no en cuanto a la forma de su realización. Se busca con este control evitar que la actividad ejecutada produzca daño, a través de monitoreo constante e inspección en terreno, que son base, más adelante, para la imposición de sanciones.

### **3.7.3. Control *a posteriori*.**

Por su parte, se denomina control represivo o control *a posteriori* a todos aquellos controles que tienen lugar cuando el acto ya está produciendo sus efectos. Dos grandes ejemplos de esto son el control de reemplazo que ejerce la Contraloría General de la República y los reparos a las cuentas presentadas, que son fundamento para la iniciación de juicios de cuentas.

Un tipo singular de control *a posteriori* es el control de término, que consiste en aquel control que tiene lugar una vez concluye por completo un negocio jurídico a largo plazo llevado adelante por la Administración. Como se verá más abajo, este tipo de controles es vital en el entendimiento del control de los contratos administrativos.

La gran mayoría de los controles verticales, tanto los recursos administrativos, como las acciones judiciales, y parte importante de los controles democráticos, son controles *a posteriori*.

## **3.8. Cuarta clasificación: Órgano contralor.**

La última clasificación del control obedece al órgano que realiza el control. En todos los órganos estatales operan todas las clases de controles, según su materia.

### **3.8.1. Control parlamentario.**

El control parlamentario es aquel control que realiza el Parlamento, ya sea respecto de sus propios actos, ya sea respecto de los actos de otros poderes del Estado. El control parlamentario puede clasificarse, por ende, de las siguientes formas:

#### **3.8.1.1. Controles democráticos.**

Los controles democráticos ejercidos por el Parlamento, como ya se ha visto, corresponden a las comisiones investigadoras, la solicitud de información por parte de diputados, la presentación de acusaciones constitucionales para impetrar la responsabilidad política de funcionarios determinados, y el control democrático del gasto a través de la tramitación de la Ley de Presupuestos. Cabe recordar que las potestades de control democrático están contenidas mayoritariamente en la Cámara de Diputados.

#### **3.8.1.2. Control de juridicidad.**

La Cámara de Diputados y el Senado son productores de normas jurídicas de rango legal, por lo que, si una ley nueva contradice los dictámenes de una ley anterior, la ley nueva no será antijurídica, sino que, muy por el contrario, se producirá la derogación tácita o explícita de la ley anterior. Sin embargo, en el procedimiento de tramitación de ley existe un poderoso mecanismo de control de juridicidad, que es el recurso al Tribunal Constitucional, el órgano encargado del *control de constitucionalidad de las leyes*<sup>139</sup>.

El Tribunal Constitucional tiene, como una de sus funciones<sup>140</sup>, la revisión de las cuestiones de constitucionalidad que se presenten durante la tramitación de un proyecto de ley, pudiendo no sólo revisar inconstitucionalidades de fondo, sino que también de procedimiento<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup>El control de constitucionalidad de las leyes es una materia de suyo muy extensa y que escapa por completo al objeto de este trabajo. Baste con señalar aquí que el Tribunal Constitucional revisa la conformidad de ciertas leyes, señaladas en la Constitución, con su propio texto y espíritu, revisando su conformidad con las decisiones fundamentales que sirvieron de base a la Carta Suprema. Su naturaleza, más que la de un órgano de control, es la de un legislador negativo, que es capaz de derogar leyes en virtud de su inconformidad con la Constitución.

<sup>140</sup>Artículo 93º, Nº 3, Constitución Política de la República.

<sup>141</sup>Véase al respecto STC 00000/2011 (la del postnatal).

### **3.8.1.3. Control interno.**

Internamente, existe en cada cámara una Comisión de Ética y Orden Interno, que fija el Reglamento de la corporación respectiva y cautela la observancia de la legislación, principalmente en lo relacionado a las obligaciones que los legisladores tienen en función del principio de probidad. Además, existen en el Parlamento órganos encargados de la auditoría interna que revisarán la obediencia interna a la legislación vigente.

La Ley 20.447, que modificó la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ha introducido dos nuevos órganos: el Comité de Auditoría Parlamentaria y el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias. El primero se encarga de realizar auditorías internas en el Congreso Nacional; el segundo, en tanto, realiza auditorías presupuestarias y revisa la gestión del Congreso Nacional. El Comité de Auditoría Parlamentaria será analizado aquí; el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, en su momento.

El Comité de Auditoría Parlamentaria está dotado de una regulación particular, dada por una comisión especial mixta de 4 diputados y 4 senadores, elegidos por sus respectivas corporaciones. Lo integran 3 profesionales designados por esta comisión, uno de los cuales debe ser abogado, el otro contador auditor y el tercero un auditor especialista, que, de preferencia, se debe haber desempeñado por más de 5 años en la Contraloría General de la República. Este comité requiere el acuerdo de los 3 quintos de los senadores y diputados en ejercicio, por lo que su composición debe ser transversal.

La función de este comité se estructura sobre la base de auditorías anuales, que tienen como base el inicio de la legislatura ordinaria y cuyo informe debe ser entregado a más tardar el 30 de Junio de cada año. Las auditorías implican:

1. Citar a los parlamentarios, para corregir las deficiencias detectadas en el uso de los recursos. Las observaciones realizadas son notificadas al parlamentario y al comité al que éste pertenece, para que, en un plazo de 30 días, las deficiencias sean subsanadas.
2. Exigir a todos los Comités Parlamentarios, incluyendo aquellos que dejen de existir por cualquier causa, la rendición de sus cuentas.

Este Comité tiene la obligación de remitir los antecedentes a la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados o del Senado, si las observaciones no son cumplidas o si las cuentas no son rendidas a tiempo. Además, el Comité denunciará los hechos constitutivos de delito a la Mesa Directiva de la corporación a la que pertenezca el legislador.

#### **3.8.1.4. Control de gestión.**

El control de gestión del Congreso Nacional recae en el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias, que es el órgano que distribuye el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de los fondos que, asignados para el Parlamento previamente por la Ley de Presupuestos, se destinan al ejercicio de la función parlamentaria.

Es un consejo técnico, conformado por 6 personas, que deben cumplir con las especialísimas características que define el artículo 66° de la LOC del Congreso Nacional, y que son electas por los tres quintos de los senadores y diputados en ejercicio. Si bien el Consejo se da a sí mismo su reglamento interno y determina quién lo preside, el reglamento interno debe ser aprobado con las formalidades que un proyecto de ley tiene en la tramitación legislativa, por la mayoría de los senadores y diputados en ejercicio. Los acuerdos del Consejo son ejecutados por la Mesa de la Cámara de Diputados y del Senado, respectivamente.

#### **3.8.2. Control jurisdiccional.**

El control jurisdiccional es el control ejercido por los Tribunales de Justicia. Si bien la función que define el control de los Tribunales de Justicia respecto del Estado consiste en las acciones de derecho público y las acciones de protección, ya analizadas, los Tribunales de Justicia también contemplan formas de control democrático y de gestión, además de un férreo control interno que parte desde la política especial de personal definida por el Código Orgánico de Tribunales.

##### **3.8.2.1. Control democrático.**

El control democrático por excelencia que pesa respecto de los Tribunales de Justicia es la acusación constitucional por notable abandono de deberes que puede recaer sobre un Ministro de la Corte Suprema o de Corte de Apelaciones, en su caso, la que corresponde a un mecanismo de

frenos y contrapesos entre dos poderes del Estado. Este control va a ser llevado adelante por la Cámara de Diputados como cámara acusadora, conforme al procedimiento ya revisado.

Sin embargo, existen otras formas de control democrático que van más allá de las acciones jurisdiccionales, que confieren a los ciudadanos herramientas para reclamar frente a la actuación de los jueces y de los funcionarios de tribunales. Ellas están codificadas con precisión en el Código Orgánico de Tribunales.

1. El artículo 275 del C.O.T. confiere a los ciudadanos el derecho de hacer llegar a los órganos calificadores las opiniones respecto de la conducta y desempeño de cualquier funcionario o empleado de los Tribunales de Justicia afecto a calificación.
2. A su vez, el artículo 547 del C.O.T. impone a las Cortes de Apelaciones el deber de establecer un horario de audiencia diario, para que cualquier persona que se vea afectada por un subalterno de la Corte lo exprese verbalmente. Lo mismo ocurre con el presidente de la Corte Suprema (Art. 105 N°7 C.O.T.).

### **3.8.2.2. Control interno.**

La estructura orgánica de los tribunales de justicia, las relaciones jerárquicas entre los jueces, el escalafón y la política de personal, los sistemas de archivo y el respeto al principio de probidad están definidos exhaustivamente en el Código Orgánico de Tribunales, con la particularidad añadida de que, en realidad, en el Poder Judicial coexisten tres estructuras diversas.

1. Escalafón primario (Artículo 267 C.O.T.). Contiene dentro de sí mismo la enumeración de las diferentes clases de jueces, que van desde los jueces de comuna o agrupación de comunas hasta los Ministros de la Corte Suprema; la enumeración de los secretarios de tribunal y del prosecretario de la Corte Suprema, descritos de igual forma; de los relatores y fiscales judiciales. Es una estructura absolutamente definida por ley, sin intervención de normas reglamentarias.
2. Escalafón secundario (Artículo 269 C.O.T.) Al igual que el escalafón primario, el escalafón secundario está absolutamente definido por ley, si bien no existe una relación directa de jerarquía respecto del Poder Judicial mismo, sino que sólo de supervisión y vigilancia. Comprende diversas series de auxiliares de la administración de justicia, que son:

- a) Primera serie: Defensores públicos.
  - b) Segunda serie: Notarios, conservadores y archiveros.
  - c) Tercera serie: Administradores, subadministradores y jefes de unidades de tribunales con competencia en lo criminal, laboral, y común con dos jueces.
  - d) Cuarta serie: Procuradores del número.
  - e) Quinta serie: Receptores de juzgado de letras.
  - f) Sexta serie: Miembros de los Consejos Técnicos y bibliotecarios judiciales.
3. Escalafón del Personal de Empleados (Artículo 292 C.O.T.). Comprende diversos cargos administrativos que comienzan con el oficial segundo de secretaría y el secretario del presidente de la Corte Suprema, y terminan en el último auxiliar de aseo. A diferencia de los dos escalafones anteriores, su organigrama se basa en normas reglamentarias, dictadas por el propio juez del tribunal.

Existe un funcionario en el segundo escalafón, el Archivero Judicial, cuya función es precisamente encargarse del archivo de las actividades de los tribunales, expresadas a través de los expedientes afinados y los libros copiadores de sentencias, además de los protocolos de las escrituras públicas extendidas.

En lo que respecta a la calificación funcionaria, a la política de contratación y desvinculación de personal y a las causales de retiro y expulsión, todas están definidas con extrema precisión en los artículos 244 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Lo mismo ocurre con la probidad funcionaria, principio que se resguarda además a través de las instituciones jurídicas de la implicancia y la recusación.

### **3.8.2.3. Control de gestión.**

Como ya se señaló, la estructura de dos de los tres escalafones del Poder Judicial está regulada íntegramente por leyes. Sin embargo, la aplicación de las técnicas de control de gestión aún es posible con el escalafón del personal de empleados, y para este fin, primero, la Reforma Procesal Penal, y luego, todos los tribunales creados por leyes subsecuentes, contemplan la figura del Administrador de Tribunal, que, entre otras funciones, se encarga de la auditoría interna y de gestión. Estos funcionarios están regulados por los artículos 389 del C.O.T.

Estos funcionarios responden a un órgano, también creado por la Reforma Procesal Penal, que, si bien está formado por jueces, tiene una función administrativa, que es el Comité de Jueces. De esta forma, el administrador de tribunal revisará el control interno y los métodos de gestión, para realizar posteriormente sugerencias a los jueces que forman parte del Comité de Jueces.

El administrador de tribunal tiene funciones directas sobre la gestión presupuestaria del tribunal, debiendo además llevar la contabilidad del tribunal, de acuerdo con las instrucciones recibidas por el juez presidente del Comité de Jueces. Todas las atribuciones del administrador aparecen enumeradas en el artículo 389-B del C.O.T.

### **3.8.3. Control administrativo.**

El control administrativo es la suma de aquellos controles realizados por la Administración del Estado, tanto consiste en la unión de diversos tipos de controles, con un doble fin. Por una parte, se busca ajustar la actuación del Estado a la Constitución y otras normas dictadas conforme a ella, asegurando el respeto a los derechos fundamentales. Por otra, aquí se comprenden el control interno y el control de gestión de la Administración en sus dos vertientes, ambas herramientas que buscan mejorar la eficiencia y eficacia de la acción estatal, en conjunto con mejorar la calidad de la atención y la satisfacción de los administrados en las tareas diarias de la Administración. Todo lo anterior, para realizar el fin último de servicio a la persona humana del Estado.

El control ejercido por los órganos de la Administración tiene las siguientes características.

1. Goza del conjunto de las prerrogativas estatales.
  - a) El control administrativo tiene un gran espacio de discrecionalidad, a lo que se añade el hecho de que por definición, la actividad de control no afecta derechos fundamentales de particulares.
  - b) La función contralora dispone y se realiza a través de la estructura estatal, usando de los recursos de que dispone el Estado.
2. El control administrativo es evaluado y debe cumplir con el conjunto de los principios que rigen el Estado.

- a) Está sujeto a los principios de eficacia y eficiencia. Los órganos de control deben minimizar los trámites innecesarios hasta donde las normas orgánicas que les sirven de base lo permitan. Además, tienen metas de control que deben cumplir.
- b) En su ejercicio, debe respetar los derechos fundamentales de los administrados, el principio de servicialidad y los demás principios consagrados en la LOCBGAE.

Los controles de la Administración del Estado, en resumen, revisan que toda la actuación de la administración se enmarque en determinados cánones correspondientes al respeto a la legalidad vigente, a los derechos fundamentales y a las normas infralegales dictadas en conformidad a la Constitución y a los procedimientos legales; a la observancia de las directrices de comportamiento impuestas por la jerarquía, el respeto de las normas de contabilidad y el conjunto de la política de personal de la administración; el apego a una planificación estratégica ordenada a cumplir metas que tienen por objeto el ciudadano, de cuyo cumplimiento depende la asignación de fondos a programas y la elaboración del presupuesto; y, finalmente, a los dictámenes del pueblo y de los poderes democráticos, expresados tanto a través de sus representantes parlamentarios como directamente. Todos estos controles son ejercidos por la propia Administración del Estado, y ya han sido revisados.

## Capítulo 4

# La concesión de obra pública.

Hasta la Constitución de 1980, el Estado gestionaba directamente toda clase de servicios y empresas. Estos iban desde aquellos servicios tradicionalmente considerados como de interés público, como la educación o la salud, hasta la industria pesada, las refinerías y las minas. El modelo económico que fuera implementado durante la vigencia de la Constitución de 1925, por los gobiernos radicales, se basaba en la industrialización del país, la sustitución de importaciones y el proteccionismo. Este modelo entró en crisis y fue sustituido, en el gobierno militar, por un modelo de economía abierta orientada a las exportaciones, que contemplaba la prestación de servicios públicos por parte de los privados.

La acción del Estado bajo el nuevo modelo se centra, ya no en la prestación directa de los servicios, sino que en su control y regulación. Casi la totalidad de las empresas estatales es privatizada, creándose junto con ello nuevas instituciones reguladoras, que tendrán la función de regular a los nuevos prestadores privados de servicios públicos.

La privatización, acompañada de una posterior regulación y, en algunos casos, de subsidios a la demanda focalizados en el sector más vulnerable de la sociedad, buscó, de acuerdo con los proponentes del nuevo modelo, allegar a las personas la eficiencia del sector privado, eficiencia que el sector público no podría alcanzar por sí mismo dada la falta de incentivos para lograrlo. A este dogma se sumó que el Estado de fines de los '80 realmente era incapaz de lograr una gestión eficiente, algo que se produjo por la inexistencia de una reforma del Estado orientada a lograr este propósito. En vez de reformar el Estado, la decisión política de aquellos años imponía crear estructuras regulatorias que soportaran la transferencia de la prestación de los servicios públicos al sector privado.

Los gobiernos de la Concertación consolidaron el modelo privatista implantado, el que se vio impulsado por la caída de las sanciones internacionales al régimen de Pinochet. Las sanitarias fueron privatizadas y los entes reguladores chilenos fueron fortalecidos. El cambio de una dictadura por una democracia dio a los inversores extranjeros la seguridad de que las normas no serían modificadas arbitrariamente, y a la vez, legitimó el modelo, lo que hizo posible, ya no sólo la transferencia de servicios públicos del Estado a los inversores privados, sino que la asociación entre estos dos actores para la prestación de tales servicios. Se implementó así, mediante sucesivas leyes aprobadas en los años '90, la gama completa de asociaciones público-privadas, el género del que las concesiones de obra pública son una especie.

Esto, naturalmente, tiene consecuencias importantes en el control, como principio administrativo. Puesto que es imposible pensar en que el privado esté en una posición jerárquica de inferioridad respecto del Estado, la Administración del Estado no tendría, en principio, herramientas para asegurarse de que los servicios públicos sean prestados de acuerdo con los lineamientos de gestión estatales. Por eso, es necesario que dichos mecanismos sean reconstruidos a través de disposiciones contractuales, mediante leyes, mecanismos de regulación, y, sobre todo, mediante las llamadas *potestades exorbitantes del Estado en los contratos administrativos*, en particular, la potestad de dirección y control, que reemplazará al control administrativo.

#### **4.1. Asociaciones público-privadas.**

Las *asociaciones o participaciones público-privadas*<sup>142</sup> tienen como característica central el maximizar, en beneficio de los administrados, las ventajas comparativas del Estado y de los privados. El Estado aporta a la asociación, además de su capacidad jurídica para establecer situaciones normativas de excepción en beneficio del privado, activos transferibles, la responsabilidad social respecto de los administrados, el dominio de la institucionalidad medioambiental, el conocimiento de la realidad local y la posibilidad de atraer apoyo político al proyecto. El sector privado aportará, en tanto, su experiencia, su capital, sus capacidades técnicas y su eficiencia.

Estas asociaciones, teóricamente, producen aumentos verificables en la eficiencia de la prestación de los servicios públicos que benefician a los administrados, incrementando su bienestar sin la

---

<sup>142</sup>*Public-private partnerships, PPPs, o P3.* En el derecho comparado regional, dichos consorcios se denominan tanto *asociaciones* como *participaciones* público-privadas.

necesidad de mayores desembolsos económicos. Los incrementos de eficiencia producidos permiten, teóricamente, tanto la disminución de los costos de los servicios respecto de los administrados como la satisfacción del fin de lucro del inversionista privado.

Las asociaciones público-privadas pueden ser definidas como un contrato entre el Estado y un privado para la provisión de bienes y servicios públicos, que se caracteriza por la distribución de responsabilidades y riesgos del negocio entre los asociados y la afectación de todo el negocio a un fin público. A diferencia de las privatizaciones, donde el Estado se desliga completamente de la suerte del negocio y adopta un rol regulador, en la asociación público-privada el Estado está interesado en que al negocio le vaya bien, porque ello beneficiará a los ciudadanos.

Doctrinalmente, estas asociaciones son una forma menos intensa de privatización que permite la gestión privada sobre bienes de uso público, por lo que han sido criticadas por quienes se oponen a las privatizaciones en su conjunto, tanto sobre bases ideológicas como fácticas<sup>143</sup>. En estas asociaciones, dirá RUFÍAN, se parte de un prejuicio neoliberal contra la capacidad mercantil e industrial del Estado, prejuicio que motivará la interposición de una empresa privada que prestará el servicio. El Estado, en todo caso, sigue siendo titular del servicio prestado, pudiendo regular su prestación, fiscalizar al prestador, imponerle sanciones y rescatar el servicio de manos del gestor si fuere necesario<sup>144</sup>.

Para que las ventajas del sector público y del sector privado puedan ser maximizadas, se requiere, al menos, de:

1. Una adecuada distribución de las tareas, las obligaciones y los riesgos, de una forma óptima, entre el Estado y los entes privados licitantes.
2. El incluir en todo momento el parecer de los *interesados*<sup>145</sup> en el proyecto. Con ello se suma a la asociación a un tercer elemento, el sector privado sin fines de lucro o la ciudadanía, que también puede aportar a la asociación.

---

<sup>143</sup>HODGE Y GREVE sostienen que la evaluación de las asociaciones público-privadas respecto a una de las dimensiones en las cuales dichas asociaciones prometían mejoras drásticas, la reducción de costos, es discutible estadísticamente y no concluyente. Por su parte, MIRAFTAB critica ferozmente la adaptabilidad de un esquema de asociación público-privada a las necesidades de los pobres, y sostiene que estas asociaciones, en países pobres, sirven no para provocar sinergias entre las fuerzas del Estado y las de los privados, sino que como meros mecanismos de privatización encubierta de los bienes públicos, mezcladas con desregulación.

<sup>144</sup>RUFÍAN, D. (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, ISBN 956-289-005-8, pág. 11.

<sup>145</sup>Nos referimos, en específico, al concepto de interesado del artículo 21 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

La decisión política de entrar en asociaciones público-privadas requiere a la vez de salvaguardas constitucionales y de un regulador fuerte. Según el BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, esta decisión involucra diagnosticar los problemas y las capacidades técnicas actuales del Estado; construir un marco regulador, legal y de política pública que sustente la decisión; y definir las condiciones económicas de los contratos. Todo esto debe ir acompañado de una comparación entre los beneficios que tendría ejecutar el proyecto bajo una asociación público privada, y su realización directa por parte del Estado<sup>146</sup>.

1. Diagnóstico sectorial. Como primer paso, se debe analizar el nivel de eficiencia con que opera cada servicio, la calidad de sus operaciones y el nivel del servicio por él prestado. Se diagnostican las carencias que tiene el sector en infraestructura y capacidad técnica, y se estudia cómo una asociación público-privada podría mejorar la calidad del servicio.
2. Regulación, leyes y políticas públicas. Antes de entrar en una PPP, es necesario crear los órganos que regularán a la participación y definir las normas jurídicas que la regirán.
  - a) Es necesario que las leyes apoyen la inversión privada en servicios críticos, que la fiabilidad de las instituciones las haga resistentes al cohecho y a la corrupción, y que el Estado respete los contratos.
  - b) La vigencia de las normas puede ser controlada a través de un ente regulador dependiente del gobierno, mediante agencias reguladoras independientes, o mediante otro mecanismo.
  - c) Finalmente, es necesario que los términos del contrato estén bien definidos y sean exhaustivos, lo que protegerá al contratante ante la posible arbitrariedad del ente regulador y del gobierno. El contrato de asociación debe explicitar el objeto del contrato, lo que se espera del agente privado respecto de él, la estructura tarifaria y los mecanismos de solución de controversias. Naturalmente, las disposiciones legales que regulen estas materias complementarán al texto del contrato<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup>FELSINGER, K. y MIRANDA, J.; ASIAN DEVELOPMENT BANK, director (2004) *Public-Private Partnership Handbook*. Mandaluyong City, Philippines: Asian Development Bank [En línea] (<http://www.adb.org/Documents/Handbooks/Public-Private-Partnership/Public-Private-Partnership.pdf>), pág. 11.

<sup>147</sup>Chile es uno de los pocos países en el mundo que tiene una Ley específica de Concesiones de Obras Públicas, lo que ha sido alabado internacionalmente. «*The comparative success of Chile's concessions program can be attributed in significant measure to the fact that it is backed by a comprehensive concessions law that addresses not only the basic requirements for effective concessions (the bidding process, rights and obligations of parties, property appropriation etc.), but also the handling of possible disputes and the cancellation and transfer of contracts*». Véase HEMMINGS (2006) *Public-Private Partnerships*.

3. Asuntos comerciales, financieros y económicos. Se deben analizar estas tres facetas en la gestión del Estado, que incidirán en los costos y en la conveniencia de implementar un esquema de asociación.
  - a) Comercialmente, el Estado debe preocuparse de la gestión de los servicios a co-administrar, de la existencia de registros confiables y del estado de los bienes a transferir a un actor privado.
  - b) Financieramente, la Administración debe seleccionar un modelo financiero que prediga el posible retorno de la inversión del privado asociado al Estado. Este modelo se fija en cada contrato.
  - c) Económicamente, el Estado debe fijar de antemano el equilibrio económico del contrato, que se ofrecerá al inversionista. Debe ser lo suficientemente conveniente para atraer la inversión, al tiempo que debe ahorrar de forma apreciable recursos al Estado, todo, para que la PPP produzca beneficios.
4. Finalmente, deben compararse los resultados esperados de la participación público-privada con aquellos esperables de la gestión directa, por parte del Estado, de los servicios a conceder. Esto se hace, normalmente, a través del *comparador del sector público*.

A este análisis, que debe ser previo a tomar la decisión de asociarse con un privado para prestar un servicio público, debe sumarse la participación ciudadana en la toma de la decisión. Los procesos de participación ciudadana conducidos apropiadamente no sólo brindan legitimidad democrática a la asociación público-privada, sino que influyen directamente en los riesgos del proyecto, disminuyéndolos. Esto no sólo reduce las amenazas de cancelación del proyecto, sino que también repercute en un menor costo del crédito requerido para financiarlo.

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO reconoce los siguientes tipos de asociaciones público-privadas en el derecho comparado.

1. Contratos administrativos de prestación de servicios.
2. Contratos de servicios de administración.
3. *Leasing* y *affermage*, o contratos de administración delegada.

4. Esquemas *Build-Operate-Transfer, Design-Finance-Build-Operate*, y otros análogos.
5. Concesiones de servicio público.
6. *Joint ventures*, o asociación del Estado y de la empresa privada en una sociedad de capital.

#### **4.1.1. Contratos administrativos de prestación de servicios.**

La forma más básica de asociación público-privada es el contrato de prestación de servicios. Éste consiste en que el Estado solicita a una empresa privada, previa licitación pública, la realización de una o más tareas o servicios específicos que han sido encomendados al Estado por ley, a cambio de un pago. El privado debe ejecutar los servicios solicitados al precio acordado en el contrato, debiendo cumplir con ciertos niveles de servicio fijados por el Estado de antemano, pudiendo ser evaluado. El pago, en tanto, siempre será en dinero, que se pagará ya sea de una vez, a plazos, o contra la presentación de estados de avance del servicio solicitado.

El contrato administrativo de prestación de servicios tiene como ventaja sus reducidos requisitos institucionales para el Estado que lo celebra, tanto en lo referente al control del cumplimiento del contrato, como respecto a su diseño. Al ser acotadas las tareas que el privado desempeña, su evaluación por el Estado es fácil y barata. Por otra parte, la facilidad relativa con la que estos contratos pueden negociarse estimula a la Administración a establecer procedimientos tipo para la contratación de servicios en masa, algo que en Chile corresponde al Sistema de Información sobre Compras y Contratación Pública de la LBCASyPS, y a las Bases de Licitación Tipo para esta clase de contratos.

La desventaja del contrato de prestación de servicios radica en que el contratista no aportará capital de inversión. Todos los fondos que habrán de ser gastados en la provisión del servicio son provistos por el Estado, lo que compromete la prestación misma del servicio si el Estado se atrasa en pagar. Además, este contrato provee las menores ganancias potenciales posibles de eficiencia al Estado.

#### **4.1.2. Contratos de administración.**

El contrato de administración va más allá de la simple prestación de servicios. Mediante tal contrato, el Estado encarga a un privado la administración de una institución pública completa, que

puede ser, por ejemplo, un colegio o un hospital. Si bien la responsabilidad última de la prestación de los servicios recae en el Estado, el privado se encarga de la administración diaria y del control de los procedimientos.

En un contrato de administración, los pagos también son hechos directamente por el Estado. Estos pagos consisten, las más de las veces, en una parte fija, destinada a cubrir los costos operativos, más una parte variable, que se asigna a la empresa privada en función del cumplimiento de las metas fijadas en las bases de licitación. Además, el privado puede conservar, de acuerdo con las bases de licitación, parte de los pagos que realicen los propios usuarios de los servicios.

Si bien formalmente no existe una privatización del servicio, existe una privatización material, puesto que la empresa gestora buscará, en vez de fines políticos o de servicio público, fines comerciales. Sin embargo, la gran ventaja de ese tipo de asociación consiste en mezclar las ventajas de la gestión privada con la retención total de la titularidad del servicio por parte del Estado, lo que trae consigo la posibilidad de aplicar controles férreos. La gran desventaja del contrato de administración, en tanto, es la desconexión que puede haber entre los ingresos del servicio y los fondos disponibles para expandirlo.

#### **4.1.3. Contratos de administración delegada y *leasing*.**

Los servicios públicos pueden ser concedidos en *leasing* al sector privado. En este caso, el privado administrará ciertos activos estatales a cambio de un pago al Fisco, y proporcionará el servicio a su cuenta y riesgo, beneficiándose de las ganancias y sufriendo las pérdidas. Los pagos al Estado pueden contemplar cláusulas de reajustabilidad, así como reducirse o ampliarse en función del cumplimiento de metas de ganancias o de gestión, ambas, especificadas en las Bases de Licitación.

La gestión delegada o *affermage*, en tanto, es análoga al *leasing*, pero, en vez de un gran pago mensual, el privado deberá transferir al Estado parte de los pagos que reciba por la prestación del servicio. Las ganancias del privado estarán dadas, por ende, por la porción de dichos pagos que retenga y por aumentos en su propia eficiencia. El principal riesgo de ambos tipos de contrato es, como se ve, el aumento desmesurado de las tarifas, dado que éstas deberán, casi siempre, aumentar, para hacer que el negocio sea atractivo para la parte privada.

#### **4.1.4. Concesión de servicio público.**

La concesión, en su definición más amplia, involucra la entrega, en calidad de mera tenencia, de infraestructura pública afecta a la prestación de un servicio a un privado, a cambio de la prestación de este servicio, servicio que quedará en manos privadas y sujeto a la regulación del Estado<sup>148</sup>. Las tarifas por el servicio prestado, así como la responsabilidad por su calidad, quedarán en manos privadas, y el Estado regulará ambas en virtud del contrato de concesión y de la ley vigente. Los privados, a su vez, tienen la obligación de financiar las expansiones del sistema, para lo cual podrán contar con la ayuda del Estado.

Las concesiones dejan en manos del Estado la titularidad de los servicios y, si bien se extienden a lo largo de plazos extensos, son esencialmente finitas, algo que ha permitido que en el caso de las últimas sanitarias controladas por el Estado, se haya preferido la concesión por sobre la mera privatización de ellas. El Estado y los privados pueden compartir los costos de la expansión de las empresas concesionadas, y también sus beneficios.

La principal fortaleza que muestra la concesión es la unión de titularidad pública del servicio y financiamiento privado. El contrato de concesión y la regulación de las tarifas que se da, idealmente, otorga al privado los incentivos necesarios para mejorar el servicio y aumentar la calidad de éste, obteniendo con ello ganancias y disminuyendo las tarifas que los usuarios pagarán.

Por su parte, la debilidad más importante de la concesión apunta al mismo contrato de concesión: es imposible fijar en él una fórmula tarifaria que funcione indefinidamente. Por eso las leyes intentan superar esta falencia imponiendo al concesionario mecanismos de regulación de precios que se imponen al texto del contrato de concesión<sup>149</sup>, como el de límite de precios (*price cap*) o la construcción virtual de una empresa modelo<sup>150</sup>.

#### **4.1.5. Esquemas DBFO, BOT, y análogos. Contrato y concesión de obra pública.**

La construcción de infraestructura en asociación público privada recibe, en el derecho comparado, una enormidad de nombres, basándose para ello en el número de etapas del proceso y la interven-

<sup>148</sup>Esta definición se basa en aquella que realiza el artículo 7° de la Ley General de Servicios Sanitarios.

<sup>149</sup>Véase el procedimiento de determinación de tarifas en el sector sanitario sobre la base de costos incrementales de desarrollo, contenido en el DFL 70/1988 MOP, especialmente en su artículo 4°.

<sup>150</sup>Artículo 106°, Ley General de Servicios Eléctricos; Artículos 221 y siguientes del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. Este mecanismo de fijación de tarifas es nativo de Chile.

ción del Estado y de los privados en cada una de ellas. El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO reconoce por lo menos cinco tipos de asociación público privada en infraestructura pública: el contrato de obra pública con concurso previo de diseño en sus variantes de trato directo (*Design-Build*) y de licitación privada (*Design-Bid-Build*); la concesión de obra pública, tanto por iniciativa pública (*Build-Operate-Transfer*) como por iniciativa privada (*Design-Build-Finance-Operate*), más un quinto tipo de obra (*Build-Own-Operate*), en la que el privado construye una obra pública fiscal, retiene la propiedad sobre ella y, con ello el derecho a operarla a perpetuidad, derecho que es otorgado a cambio de una concesión contractual del privado en beneficio de la ciudadanía<sup>151</sup>.

La concesión de obra pública es conocida en el derecho comparado bajo estas siglas crípticas, pues en ella el concesionario **construirá** (*build*) un bien a su riesgo; **operará** (*operate*) dicho bien, cobrando peaje por su uso y encargándose de su mantenimiento, y, una vez terminada la concesión, **transferirá** (*transfer*) dicho bien al Estado. En el caso de la iniciativa privada las siglas cambian un poco, debiendo el privado **diseñar** (*design*) el proyecto completo, **construir** (*build*) el proyecto una vez es declarado de interés público por el Ministerio de Obras Públicas, licitado y adjudicado, **financiarlo** (*finance*), dado que, al tratarse de una iniciativa privada, no es una prioridad para el Estado otorgarle financiamiento; y, más tarde, **operar** (*operate*) el proyecto concluido.

La principal fortaleza de la concesión de obra pública es la capacidad que tiene para atraer capital de inversión, capital que proviene normalmente de consorcios de bancos. Si bien, teóricamente, la tasa de interés de esta deuda es más alta que la deuda pública pura, el riesgo es bajo porque existe sólo un cliente, el Estado, y porque la Ley de Concesiones de Obras Públicas permite dar en prenda el derecho mismo de concesión de obra pública, para garantizar la deuda. Esta deuda será pagadera por medio de las tarifas cobradas a los usuarios, o mediante otra fórmula a ser contemplada en las bases. Sus principales debilidades, en tanto, están dadas por las altas exigencias institucionales que la concesión de obra pública impone al Estado, debiendo extremarse el cuidado en el diseño de las propias bases, por la inexistencia de competencia una vez una empresa se adjudica una licitación, y por el hecho mismo de que la deuda privada es más cara que la deuda pública.

<sup>151</sup>La equivalencia aquí propuesta no es perfecta. En Chile el contrato de obra pública no permite, en la mayoría de los casos, que el privado intervenga en el diseño, licitándose simplemente la construcción a suma alzada y haciendo a este contrato análogo a un contrato de prestación de servicios. Además, en el derecho anglosajón, la concepción del contrato *Build-Operate-Transfer* implica una verdadera tradición de bienes nacionales de uso público que el Estado hace en favor del privado, más un pacto de retroventa en el que el Estado se compromete a comprar el bien cuya propiedad se ha transferido. Esto es impensable en el derecho chileno respecto de bienes nacionales de uso público, como las autopistas, pero podría tener sentido tratándose de bienes fiscales, como el caso del Centro de Justicia de Santiago.

#### **4.1.6. *Joint ventures.***

Finalmente, los *joint ventures* involucran la conjunción de a) una empresa pública; b) un gobierno corporativo análogo al de una sociedad anónima; c) la posesión de acciones en la empresa pública por parte de privados, y, optativamente, d) la calidad de abierta de la sociedad anónima. Como se ve, el Estado y el privado contribuyen igualitariamente, como accionistas, en una empresa pública que se maneja con un fin de lucro, que está abierta en bolsa y cuyas ganancias sirven para financiar al Estado y a los privados a prorrata de sus aportes.

El *joint venture* es la forma más pura de asociación entre un Estado y un ente privado, y es la forma societaria usada por empresas públicas como Petrobrás y Renault. Sin embargo, conlleva el problema de que el Estado correspondiente se verá motivado a dar ventajas regulatorias a la empresa en la que tiene acciones, perjudicando al mercado en su conjunto.

## **4.2. Los contratos administrativos.**

Cuando el Estado se asocia con un privado para prestar un servicio público bajo alguno de los esquemas ya vistos de asociación público-privada, dicha asociación se debe materializar a través de un acto jurídico que genere obligaciones para ambas partes. Esto corresponde a un contrato, un «acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa»<sup>152</sup>.

Los contratos administrativos se distinguen, *a grosso modo*, de los contratos del Derecho común, porque una de sus partes es el Estado y porque la causa del contrato es la satisfacción de una necesidad pública. Estos contratos crean obligaciones entre partes, pero son muy diferentes a aquéllos en cuanto al contenido de dichas obligaciones, así como en lo referente a la posición de las partes, la capacidad de ellas, y su necesaria desigualdad. Por eso es que se dice, además, que estos contratos están afectos a reglas de derecho público. Es esta definición la que SILVA CIMMA resume como «el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquélla, que persigue un fin público y se somete a las reglas de derecho público».

El contrato administrativo reconoce dos partes: una, el Estado, que está en condición de imponer unilateralmente sus términos, y otra, el privado, cuya participación consiste en aceptar los términos

---

<sup>152</sup>Artículo 1.438, Código Civil.

propuestos, competir con otros oferentes sobre bases que se establecen en dichos términos, y, en algunos casos, a colaborar con la Administración en el diseño definitivo del contrato<sup>153</sup>. Estos contratos tienen varias características que los definen y los diferencian de cualquier otra clase de contrato.

1. Extensión de las obligaciones. Los contratos del Derecho común obligan a sus partes a dar, hacer o no hacer lo que en ellos se expresa, junto con todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de las obligaciones contraídas, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ellas<sup>154</sup>. La extensión de las obligaciones en el contrato administrativo va mucho más allá, puesto que el privado no sólo está obligado a eso, sino que a *todo lo que sea necesario para cumplir el objeto del contrato*, haya o no sido contemplado inicialmente. Esto es un reflejo de la intervención en el contrato administrativo del principio de servicialidad, que impone la continuidad y la no interrupción en la prestación del servicio por sobre los legítimos intereses privados.
2. Naturaleza jurídica. Los contratos administrativos reúnen la voluntad de dos partes, que son el Estado y un privado; un aspecto reglamentario, que involucra la imposición de cláusulas al privado en virtud de un régimen de Derecho Público y que necesariamente deben estar de acuerdo con la ley vigente y las atribuciones del servicio; y un fin público, que es el fin que afecta necesariamente la realización del contrato y que debe ser un fin asignado al servicio. El contrato administrativo es a la vez un contrato y un reglamento que puede crear situaciones jurídicas que afectan a terceros, siéndoles oponible como tal.
3. Preeminencia de la Administración. El contrato administrativo asume que el Estado está en una posición de superioridad respecto del privado, que tiene como límite la necesidad jurídica, por parte del Estado, de indemnizar al privado los perjuicios que éste sufra. Estas *potestades exorbitantes* se manifiestan a través de 4 formas.
  - a) Potestades de dirección y control. La Administración puede dictar órdenes a través de sus funcionarios para indicar al privado cómo tiene que cumplir el contrato. Esto incluye el envío de un delegado, llamado *inspector fiscal*, a supervisar cómo se está

<sup>153</sup>La concesión de obra pública es excepcional entre los contratos administrativos en cuanto el privado puede presentar una propuesta para que sea declarada de interés público por el MOP. Sin embargo, aún en ese caso, los términos finales del contrato definitivo serán impuestos por el MOP, y el privado sólo será beneficiado con un premio en la evaluación final de la oferta.

<sup>154</sup>Artículo 1.546, Código Civil.

cumpliendo el contrato en terreno, recabar información, y, eventualmente, proponer a la Administración la aplicación de sanciones, que deben definirse en el contrato administrativo con anterioridad.

b) *Ius variandi*. La Administración puede modificar unilateralmente un contrato administrativo, lo que se contrapesa con la obligación que tiene de indemnizar al privado cocontratante si esto ocurre. Lo que se tiene como inmutable, a diferencia de los contratos privados, no es el objeto de las obligaciones, sino que es el equilibrio económico del contrato, que es la posibilidad de ganancia que se tiene en vista objetivamente al momento de contratar. Esta facultad tiene dos limitaciones.

1) No puede ser ejercida arbitrariamente. El ejercicio del *ius variandi* debe estar justificado por razones de interés público.

2) No puede variarse, de forma sobreviniente, el objeto esencial del contrato. Sólo podrán ser alteradas las obligaciones accidentales del co-contratante.

c) Potestad de extinción unilateral del contrato por parte de la Administración. El contrato administrativo puede ser extinguido por un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales, así como por un acto administrativo fundado en razones de interés público.

d) Potestad de sustitución unilateral del contratante. Esto ocurrirá cuando se produzca el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del privado, o cuando el privado adquiera de forma sobreviniente alguna inhabilidad que le impida contratar con la Administración. En este caso, el Estado podrá sustituir al cocontratante.

4. Procedimientos. Los contratos administrativos se rigen por el Derecho Público. Esto implica:

a) Que todos los contratos administrativos son necesariamente solemnes y se manifiestan a través de actos administrativos.

b) Que las potestades que permiten a la Administración contratar en materias determinadas deben necesariamente provenir de una ley anterior.

5. Objeto. Los contratos administrativos en general pueden recaer sobre cosas inmerciables, o sobre objetos normalmente ilícitos. En estos casos, la licitud estará dada por la autorización de la Administración, efecto que obedece a la propia naturaleza normativa del contrato administrativo.

- a) Los bienes nacionales de uso público, normalmente intransferibles, pueden ser objeto de concesión.
  - b) Las concesiones de casino extendidas de acuerdo con la Ley 19.995 permiten realizar una actividad que, de acuerdo con la ley común, es ilícita.
6. Control. El esquema ideal de control, según MORAGA, para un contrato administrativo, consiste en controles preventivos, concomitantes y represivos.
- a) Control de legalidad preventivo. Por excepción en otras clases de contratos, y como estricta norma general en el caso de las concesiones de obra pública, los contratos administrativos deben pasar por el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República.
  - b) Control interno concomitante. El Inspector Fiscal será el funcionario que imponga la voluntad de la Administración, mediante órdenes, al contratante. En este sentido, el Estado ejerce una potestad de dirección, y el control ejercido se enmarca en el control interno.
  - c) Auditoría final, control de término. Es una forma exhaustiva de control de gestión, que, según MORAGA, idealmente aplica a todos los contratos administrativos. Con la auditoría final se busca revisar:
    - 1) Cómo se ejecutó el contrato.
    - 2) Cómo se tomaron las decisiones por parte de la Administración, durante la vigencia del contrato.
    - 3) Las consecuencias que tuvo la ejecución del contrato.
    - 4) Los defectos que se advirtieron en la redacción de las bases, la interpretación de las cláusulas y el entendimiento de las partes del texto del contrato.
7. Sujetos. Los contratos administrativos son *intuitu personæ*, lo que significa que, en principio, el contratante seleccionado es quien debe prestar el servicio, con exclusión de cualquier otra persona y sin que el contratante pueda externalizar la prestación de los servicios. Esto tiene excepciones.
- a) En el caso de la concesión de obra pública, la subcontratación se permite bajo las condiciones exigidas por la ley 20.410.

b) También se permite la cesión de los derechos contractuales, pero dicha cesión debe contar con la autorización de la Administración.

8. Efectos. El contrato administrativo tiene efectos respecto de terceros no contratantes, ya sea por efecto del contrato mismo (concesión de obra pública), ya sea por mandato legal (otros contratos). Los terceros pueden invocar en su favor el contrato administrativo, que a su respecto es un acto de autoridad del Estado, y a la vez pueden reclamar indemnizaciones en caso de expropiaciones, de acuerdo con los procedimientos legales respectivos.

Los contratos administrativos requieren una manifestación de la voluntad administrativa de asociarse con un privado, la que se puede producir mediante 3 procedimientos básicos: el trato directo, la licitación privada y la licitación pública. La ley contempla como regla general y supletoria la licitación pública, si bien en ciertos casos procede contratar mediante licitaciones privadas, o, incluso, directamente.

#### **4.2.1. La licitación pública.**

Este trámite es definido por CORREA como «el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente»<sup>155</sup>. La Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios definirá, por su parte, la licitación pública de la siguiente forma.

Artículo 7º.- Para efectos de esta ley se entenderá por:

a) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.

<sup>155</sup>CORREA, I. (2002) *Manual de Licitaciones Públicas*. Santiago de Chile, Diciembre 2002 [En línea] (<http://www.ec1ac.org/publicaciones/xml/5/11865/manual121.pdf>), pág. 20.

La LBCASyPS establece, como, principio central de la licitación, la *libre concurrencia* de los oferentes. Todos quienes cumplan las condiciones establecidas en las bases de licitación pueden presentar sus ofertas, sin discriminación alguna entre los oferentes. Esto, sin embargo, no significa que cualquier persona deba necesariamente ser admitida a un proceso licitatorio. En ciertas licitaciones se requiere, para participar, estar inscrito previamente en un registro especial<sup>156</sup>.

El principio de libre concurrencia es complementado por el principio de *igualdad ante las bases de licitación*. No se permite a la Administración hacer distinciones entre los licitantes que no tengan su fundamento en las propias bases o en la legislación vigente. Estas distinciones, además, deben ser razonables y no discriminatorias.

A estos principios se suman otros dos emparentados con el control: el *principio de publicidad del proceso*, o el derecho de los licitantes y de los ciudadanos interesados a conocer todo lo relativo a la licitación, y el *principio de oposición*, que es la posibilidad que tienen los proponentes de impugnar las propuestas de los demás, o de solicitar que el proponente que no ha cumplido con requisitos formales o procedimentales sea excluido de la licitación.

La LBCASyPS establece, para cumplir con todos estos principios, y para maximizar la eficiencia de la contratación de la Administración, un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración<sup>157</sup>, sistema mediante el cual transcurre la tramitación completa de los contratos de suministro y prestación de servicios. Esta ley es la que regula el procedimiento propiamente tal de licitación, contemplando en él cuatro grandes etapas.

1. Estudios previos. Esta etapa busca determinar el objeto del contrato administrativo a perfeccionar, y culmina con la confección de las bases de licitación.
2. Publicación de las bases de licitación. Esta fase comprende el control de juridicidad de las bases de licitación terminadas y su comunicación a la ciudadanía, a través de los medios establecidos en la ley.
3. Recepción de las ofertas. Este periodo se extiende desde que las bases han sido publicadas, comenzando con ello el plazo de recepción de las ofertas, hasta la determinación, por parte

---

<sup>156</sup>Esto no es una discriminación arbitraria, sino que, según MORAGA, corresponde a un tipo de capacidad especial análogo a otros existentes en el CÓDIGO CIVIL. Como veremos luego, en ciertos contratos de prestación de servicios se contemplan cláusulas especiales para descartar de antemano, o dificultar, la presentación de ofertas demasiado inferiores a los costos que tiene contemplada la autoridad para un proyecto determinado.

<sup>157</sup>Conocido también como *ChileCompras*. Esto incluso ha motivado que el reglamento de la LBCASyPS defina a esta ley, simplemente, como la «Ley de Compras».

de la Administración, de las ofertas que serán consideradas en la evaluación final y que han superado todos los requisitos formales.

4. Adjudicación. Finalmente, esta etapa comprende la evaluación que hará la Administración de las propuestas que cumplen con los requisitos formales, la decisión por parte de la Administración de contratar con el privado ganador de la licitación o de no contratar, y los trámites que perfeccionarán el contrato administrativo. Estos trámites pueden comprender el control de juridicidad de la resolución que adjudica la licitación, el que revisará la corrección del procedimiento licitatorio.

#### 4.2.1.1. Estudios previos.

La primera etapa de un contrato administrativo consiste en que el Estado evalúa las opciones disponibles y concluye que la mejor forma de satisfacer las necesidades públicas envueltas es mediante el contrato. Junto con ello, se delimita y determina el objeto del contrato administrativo que se va a concluir, y se comienzan a elaborar las bases<sup>158</sup>.

1. Para esto, el Estado necesitará estudios sobre la materia, los que pueden ser realizados directamente por la Administración activa o subcontratados con empresas privadas, mediante otros contratos administrativos paralelos e independientes. Hay casos en los que el Estado promueve la participación de los privados en esta etapa, fomentando la *iniciativa privada* y otorgándoles premios en la evaluación de sus ofertas a cambio de que ellos realicen todos los estudios previos, y un muy buen ejemplo de ello es el contrato de concesión de obra pública.
2. Si bien, en teoría, la Administración puede dejar sin determinar completamente el objeto del contrato administrativo, la doctrina aconseja que no sea así. La no determinación del objeto de un contrato lleva a incertidumbres evitables.

Los contratos administrativos pueden requerir la inscripción en registros especiales, como el Registro de Consultores del MOP<sup>159</sup>, para participar en licitaciones. Junto con esa función, los registros

<sup>158</sup>No podemos olvidar aquí nuestras más tiernas enseñanzas del Derecho: el objeto de un acto jurídico debe ser, además de lícito, determinado y posible. Si bien los contratos administrativos pueden tener objetos que normalmente serían ilícitos o imposibles para el contratante privado, los demás requisitos del objeto se mantienen y refuerzan: la ausencia de determinación del objeto del contrato administrativo bien puede originar la nulidad de aquél.

<sup>159</sup>Artículo 3º, letra n), Reglamento para la Contratación de Trabajos de Consultoría del Ministerio de Obras Públicas.

sirven como verdaderas bases de datos que reúnen a las firmas especialistas, lo que puede ser usado por el Estado para confeccionar bases de licitación que contengan el parecer de los privados registrados. Un gran ejemplo de esto son los Registros Especiales Internacionales generados a través de procedimientos de precalificación, que sirven al MOP para obtener sugerencias que servirán en la elaboración de los términos contractuales, que se denominan *bases de licitación* y que corresponden, en esencia, a un contrato de adhesión.

#### **4.2.1.2. Preparación de las Bases de Licitación.**

El RLBCASyPS define a las Bases de Licitación como «documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo. Incluyen las Bases Administrativas y Bases Técnicas». Estas Bases determinan el objeto de las obligaciones, las características de la relación jurídica y el equilibrio económico que se propone a los licitantes.

Las Bases de Licitación se componen de dos partes<sup>160</sup>.

1. Bases administrativas. Comprenden las etapas, plazos, los mecanismos de consulta y aclaraciones, los criterios de evaluación, los mecanismos de adjudicación, las modalidades de evaluación, las cláusulas del contrato definitivo, y los demás aspectos administrativos aplicables a una licitación.
2. Bases técnicas o *términos de referencia*. Contienen las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características de los bienes o servicios que se contratarán. Aquí es donde se determina el objeto del contrato y se enuncian los niveles de servicio que se exigirán.

Las Bases de Licitación corresponden a una oferta contractual que fija los términos del contrato administrativo que se perfeccionará, por lo que la resolución que las aprueba deberá ser tomada de razón por la Contraloría General de la República. No obstante lo anterior, este organismo excluye

---

<sup>160</sup>En algunas concesiones de obras públicas existe un tercer tipo de bases, las Bases Económicas, que contienen las normas para la presentación de la oferta económica y las condiciones económicas bajo las cuales el contrato será adjudicado. Si bien esto se explica porque en la concesión de obra pública la oferta técnica y la oferta económica se deben presentar en forma separada, jurídicamente, las Bases Económicas son parte de las Bases Administrativas.

a algunas de estas resoluciones del control de juridicidad, ya sea por su monto, ya sea por fundamentarse en bases de licitación tipo, que ya han sido aprobadas. Las resoluciones que aprueban las bases de licitación de los contratos de concesión de obra pública deben ser tomadas de razón.

Una vez la resolución que aprueba las Bases termina su tramitación, se publica un extracto de las bases, dando con ello inicio al periodo en que los privados pueden presentar sus ofertas. El llamado a licitación puede ser universal, o puede ser hecho sólo a aquellos privados que están inscritos en registros especiales, que permiten a la Administración no sólo seleccionar a los eventuales postulantes, sino que evaluar, y, en algunos casos, sancionar, a los futuros contratantes. Los registros establecen gradaciones, de acuerdo con las condiciones de experiencia, técnicas y financieras de las sociedades inscritas, y en todos los casos la inscripción en ellos acredita la ausencia de incapacidades jurídicas para postular.

#### **4.2.1.3. Convocatoria a la licitación propiamente tal.**

El llamado a licitación adquiere eficacia mediante la publicación de un extracto de las Bases de Licitación ya tramitadas, algo denominado *anuncio*. Dependiendo del tipo de contrato administrativo a perfeccionar y de la existencia o no de un registro general o especial, el anuncio se materializará mediante la publicación del extracto en el Diario Oficial o en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, o, en el caso de que exista un registro especial, simplemente mediante la notificación, por carta certificada, a los oferentes precalificados, de que el plazo de recepción de las ofertas ha comenzado.

La convocatoria a la licitación se extiende desde el momento del anuncio hasta el acto mismo de la recepción de las ofertas, y genera varios efectos jurídicos.

1. Impugnabilidad. Las Bases de Licitación pueden ser impugnadas por los oferentes, antes de que presenten su propuesta, ante el Tribunal de la Contratación Pública. La impugnación deberá ser fundada y basada en una de las siguientes causas.
  - a) Ilegalidad de cláusulas en las bases.
  - b) Ausencia de determinación del objeto del contrato administrativo que se ofrece.
  - c) Introducción en las bases de requisitos superfluos, irracionales o discriminatorios.

2. Inmutabilidad. Desde el momento mismo del anuncio, las Bases de Licitación no podrán ser modificadas hasta que la licitación sea adjudicada. Cualquier modificación equivale a un nuevo llamado a licitación, y puede ser motivo para que los oferentes se retiren del proceso licitatorio sin perjuicio, e incluso, pudiendo ser indemnizados por la Administración. Sin embargo, la Administración puede modificar las bases siempre que la modificación sea igual para todos los licitantes y siempre que ella no produzca perjuicio; este efecto está limitado por el principio de no formalización.

Hasta antes de presentar su oferta, los interesados en la licitación pueden dirigir a la Administración consultas, las que son resueltas mediante circulares aclaratorias que se entienden como parte de las bases de licitación. Estas circulares no modifican en lo esencial el contenido de las bases de licitación, sino que sólo interpretan su contenido. Normalmente, las Bases de Licitación contemplan un plazo máximo para que la Administración pueda emitir estas circulares.

#### **4.2.1.4. Oferta y recepción de las ofertas.**

La oferta, en un proceso licitatorio, puede definirse como «el conjunto de documentos que presentan los participantes en un proceso de selección en los que, teniendo en cuenta lo solicitado por las bases de licitación, establecen ciertas condiciones técnicas y económicas con las que estarían dispuestos a adjudicarse el contrato»<sup>161</sup>. La oferta no sólo conlleva actuaciones del privado, sino que también de la Administración.

Las ofertas deben ser preparadas por los privados, de forma tal que cumplan con todos los requisitos exigidos por las bases de licitación, tanto subjetivos como formales. Las Bases de Licitación imponen a los privados, en muchas ocasiones, la obligación de constituir una garantía de seriedad de la oferta, cuyo plazo de vigencia debe ser igual al plazo de validez de la oferta. Es necesario que las ofertas sean presentadas en sobres sellados y firmados y que contengan los documentos señalados en las Bases, además de los documentos que certifiquen la apropiada constitución de las garantías de seriedad de la oferta.

A la hora y fecha establecida en las bases de licitación, y ante una Comisión de Apertura de las Ofertas cuya composición aparece en las bases o en normas reglamentarias, se deja de recibir ofertas y se procede a la apertura de ellas, en un acto solemne. Aquí ocurren los siguientes eventos.

<sup>161</sup>CORREA (2002) Manual de Licitaciones Públicas, *op. cit.*, pág. 46.

1. La Comisión abre los sobres sellados. Las ofertas deben aceptar los términos propuestos por la Administración de forma pura y simple, proponiendo un presupuesto y, si ello es posible, condiciones adicionales a las bases de licitación.
2. La descartan aquellas ofertas que no contengan todos los documentos solicitados y que no se pronuncian sobre la admisibilidad de las ofertas, admitiendo todas aquellas que cumplan con los requisitos formales. La admisión de una oferta conlleva:
  - a) La imposibilidad para el licitante de modificarla.
  - b) El derecho en favor del licitante de que su oferta sea evaluada por la Administración en los términos fijados en las bases.
  - c) La obligación para el licitante de sostener la oferta durante el plazo fijado en las bases de licitación, y de no desistirse de ella.
3. Si las Bases de Licitación o la normativa vigente contemplan una división entre ofertas técnicas y ofertas económicas, habrá dos ceremonias de apertura de las ofertas.
  - a) En la primera, se abrirán las ofertas técnicas, para proceder a su evaluación.
  - b) En la segunda, los resultados de la evaluación de las ofertas técnicas son comunicados. Luego, la Comisión de Apertura de las Ofertas abrirá sólo los sobres que contengan las ofertas económicas de los postulantes cuyas ofertas técnicas fueron calificadas como aceptables.

#### **4.2.1.5. Adjudicación.**

Las ofertas son evaluadas por una Comisión de Evaluación, cuya composición, así como los criterios que serán usados en la evaluación, también están definidos en las Bases o en las normas reglamentarias que rijan el contrato en específico. Puede ocurrir, en el proceso de evaluación, que:

1. Una o más ofertas sean desestimadas. Esto ocurre por una decisión unilateral de la Administración, que debe ser fundamentada y comunicada al licitante, de acuerdo con la LBPA.
2. La Administración decida no seleccionar ninguna oferta, en cuyo caso la licitación se declarará como *desierta*. Esto produce, como efecto inmediato, que los oferentes quedan liberados

de sus obligaciones para con la Administración, lo que implica la devolución de sus garantías de seriedad de la oferta en los casos en que éstas hubieren sido exigidas.

3. La Administración decida seleccionar una oferta, adjudicando la licitación. Esto implica un juicio respecto de la oferta ganadora, determinado por las Bases y la normativa aplicable.

Los documentos que conformarán el contrato administrativo así tramitado son las propias Bases de Licitación, las ofertas técnica y económica del adjudicatario, y el decreto adjudicatorio. Este decreto, por regla general, deberá ser tomado de razón por la Contraloría General de la República, pudiendo ser excluido por razones exclusivamente de cuantía. Una vez el decreto adjudicatorio termina su tramitación, el contrato administrativo queda, en principio, perfeccionado. Sin embargo, puede ocurrir que la normativa vigente exija formalidades adicionales, como la constitución de garantías adicionales, la protocolización de cierto número de copias del decreto adjudicatorio o la publicación de un extracto de éste en el Diario Oficial.

#### **4.2.1.6. Procedimiento de solución de controversias en el procedimiento licitatorio.**

La LBCASyPS ha creado un tribunal especial que se encarga de conocer de todas las controversias que ocurran en las licitaciones, que es el Tribunal de la Contratación Pública, un tribunal de derecho dependiente del Poder Judicial. El artículo 24 de la LBCASyPS permite interponer una acción de impugnación ante este tribunal, «contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive». Este juzgado funciona los martes y jueves, en el mismo horario de audiencia de la Corte de Apelaciones<sup>162</sup>.

El plazo para impugnar por este medio la licitación es de 10 días hábiles, contados desde que el afectado ha sabido del vicio que afectaba a la licitación. En el libelo, el requirente debe mencionar la acción u omisión ilegal o arbitraria, las normas jurídicas violadas y las peticiones concretas sometidas a conocimiento del Tribunal. Este juzgado podrá declarar como inadmisibles los escritos de impugnación que no cumplan con estos requisitos, o con los de la Ley de Comparecencia en Juicio. En tal caso, el requirente tendrá 5 días para corregir el libelo, o la acción se tendrá por no presentada.

---

<sup>162</sup>Artículo 7º, Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de la Contratación Pública.

Una vez la impugnación es acogida a tramitación, el Tribunal de la Contratación Pública oficiará al organismo público requerido para que realice, dentro del plazo de 10 días, sus descargos. En casos calificados, el TCP puede ordenar la suspensión del procedimiento administrativo licitatorio impugnado, suspensión que deberá ser pedida por la parte demandante.

Una vez recibido el informe, o transcurrido el plazo de los 10 días, el TCP puede proceder a dictar inmediatamente sentencia, o, si hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, proceder a abrir un término probatorio de 10 días. En este caso, la lista de testigos deberá ser presentada dentro de los dos primeros días de dicho término probatorio. Vencido el término probatorio, el tribunal cita a oír sentencia y procede a dictar, en caso de que lo estimare conveniente, medidas para mejor resolver. El plazo en que la sentencia deberá ser dictada, que es el plazo que tiene el tribunal para dictar dichas medidas, es de 10 días.

La sentencia dictada en este tipo de causas se estructura de forma análoga a las sentencias de los juicios ordinarios de mayor cuantía, y es susceptible de recurso de reclamación para ante la Corte de Apelaciones. Este recurso se verá *en cuenta*, salvo que la Corte de Apelaciones acuerde recibir alegatos, a solicitud de cualquiera de las partes<sup>163</sup>.

#### **4.2.2. Otros procedimientos de contratación administrativa.**

##### **4.2.2.1. Trato directo.**

Este procedimiento consiste en la elección directa del contratista sin proceso competitivo alguno. La competencia entre los oferentes es reemplazada por la discrecionalidad de la Administración, lo que hace que la LBCASyPS defina al trato directo como una situación de excepción, que debe ser precedida de un decreto fundado en alguna de las siguientes razones<sup>164</sup>.

1. Monto reducido. El costo de la licitación pública hace que ella no se justifique para contratos de un monto reducido. Los contratos de un valor inferior al señalado se pueden hacer vía trato directo.
2. Urgencia. En estos casos, el trato directo es posible siempre que la situación de urgencia sea concreta, imprevista, probada y objetiva. La urgencia aplica como justificación para tratar directamente en los siguientes casos.

<sup>163</sup> Artículos 24-27, Ley de Bases sobre los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

<sup>164</sup> Artículo 8°, Ley de Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

- a) Cosas semovientes (animales) o perecibles.
  - b) Cuando se contratan reparaciones.
3. Obras adicionales a otro contrato ya licitado. La Administración puede contratar trabajos adicionales de forma directa con el constructor de una obra o el prestador de un servicio determinado que ya hubiere firmado un contrato con la Administración, siempre que:
- a) Se trate de trabajos adicionales a un trabajo contratado. Necesariamente debe existir una relación de accesoriidad entre la obra contratada y la ya ejecutada.
  - b) Estos trabajos adicionales deben ser indispensables o necesarios para la prestación del servicio contratado a la Administración.
  - c) El contrato celebrado debe estar en ejecución.
  - d) Los trabajos adicionales no deben haber sido previstos en el contrato.
  - e) El monto de los trabajos adicionales no debe exceder del límite legal. Este límite dependerá del contrato en específico que se suscriba.
4. Reserva o secreto de Estado. No es necesario que las compras de pertrechos, armas y otros elementos necesarios para la seguridad nacional sean licitadas públicamente. Esta causal, en todo caso, debe ser interpretada de forma restrictiva, debiendo consagrarse los casos en que esto proceda en una ley de quórum calificado.
5. Capacidad especial. Los postulantes seleccionados a través de un concurso, donde sus habilidades profesionales, técnicas, artísticas o culturales son ponderadas, se ganan el derecho a contratar directamente con la Administración sin pasar por una nueva licitación pública. A diferencia de todos los casos anteriores, aquí no existe una pérdida de transparencia, puesto que el trato directo es sólo una consecuencia de otro mecanismo de selección público que operó con anterioridad.
6. Monopolio. Aquí existe un solo sujeto en el mercado que presta el servicio, y la ley autoriza al Estado para negociar directamente con él. Al ser el monopolio una situación de excepción, debe ser interpretado restrictivamente.
7. Privilegio de propiedad intelectual o patente. Si la Administración no puede satisfacer sus necesidades sino con una marca o producto específico, el Estado puede negociar directamente con el industrial beneficiado por los derechos de propiedad intelectual, la marca o la

patente. El RLBCASyPS, eso sí, prohíbe la discriminación por marca en la confección de bases de licitación para contratos de prestación de servicios o suministro.

8. Escasez. La Administración puede negociar directamente si los bienes a adquirir escasean, pero, para que esto se pueda autorizar:
  - a) La escasez debe tratarse de un hecho público y notorio, o debe acreditarse.
  - b) La falta de bienes se produce en un mercado específico y determinado, donde se ubica el ente de la Administración que contrata.
9. Contratos interadministrativos. Los órganos de la Administración central pueden contratar libremente entre sí, así como hacerlo con otros órganos de la Administración descentralizada, sin que se deba pasar por un proceso previo de licitación. Sin embargo, el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República impide, a priori, a los órganos de la Administración del Estado contratar de esta manera con las empresas estatales.
10. Contratos en otros estados. El trato directo es posible cuando la Administración procura bienes que sólo están en otros países, y la razón es, simplemente, la imposibilidad de hacer una licitación en tales países.
11. Contratos de entes públicos no estatales. Las empresas estatales no tienen el deber de tramitar sus compras por el procedimiento de licitación pública, por lo que quedan exentas de lo ya expuesto.
12. Licitación desierta o fracasada. Esto ocurre cuando ninguna propuesta ha sido seleccionada en una licitación abierta o cuando la licitación ha sido declarada desierta por falta de oferentes. En estos casos se autoriza a la Administración a contratar directamente el servicio.

Las excepciones deben estar tipificadas, a lo menos, en normas jurídicas de jerarquía reglamentaria, y deben interpretarse restrictivamente. Siempre que se invoque una excepción, el decreto que la invoca debe indicar el hecho que motivó el trato directo. Finalmente, aunque realmente proceda una excepción a la licitación, la Administración podrá en todos los casos hacer licitaciones públicas.

Además de todas las excepciones señaladas hay una importante situación, que es la que origina que la inmensa mayoría de los contratos que la Administración del Estado chileno celebra sean

tratos directos: el *convenio marco*. Esto consiste en la licitación pública del derecho a vender directamente al Estado, a precios fijados contractualmente, determinados productos. El adjudicatario de un convenio marco podrá recibir órdenes electrónicas de compra de la Administración, para que ésta adquiera directamente los productos del convenio. Este adjudicatario celebrará, de esta forma, ingentes cantidades de contratos perfeccionados por trato directo, y la Administración estará obligada a contratar con este adjudicatario, a menos que pueda procurarse condiciones más favorables<sup>165</sup>.

En este caso, no se da una competencia *en el campo*, sino que *por el campo*. El procedimiento es totalmente legítimo y transparente, y se reúnen la transparencia y la legitimidad que da la licitación pública con la conveniencia que aporta el trato directo.

#### **4.2.2.2. Licitación privada.**

Este tipo de licitación puede definirse como un «procedimiento de contratación en el que intervienen como oferentes sólo las personas o entidades expresamente invitadas o seleccionadas por la Administración»<sup>166</sup>. El procedimiento de la licitación privada es idéntico al de la licitación pública, pero ésta tiene una importante diferencia con aquélla. El llamado a la licitación pública es abierto y todos los privados que cumplan con las condiciones de la licitación (aún si éstas involucran procesos de precalificación o de registro previo) pueden postular. En cambio, en la licitación privada, sólo participan aquellos postulantes que *discrecionalmente* han sido invitados por la Administración.

La licitación privada procede en los mismos casos y de la misma forma que el trato directo, requiriendo un decreto fundado en una de las causales ya señaladas para operar. En todo lo demás, su procedimiento es análogo al de la licitación pública.

#### **4.2.2.3. Otras formas de convenios híbridas.**

Claramente, estas no son las únicas fórmulas mediante las cuales la Administración del Estado puede llegar a asociaciones contractuales con los particulares. Es imposible desconocer la riqueza de la inventiva contractual, riqueza que ha posibilitado un sinnúmero de figuras, algunas basadas

<sup>165</sup> Artículo 30, Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

<sup>166</sup> CORREA (2002) Manual de Licitaciones Públicas, *op. cit.*, pág. 72.

en instituciones normales de derecho privado; otras, mezclando elementos de la licitación pública, la licitación privada y el trato directo. Estas formas son:

1. Formas contractuales de derecho privado. Se caracterizan porque, si bien, técnicamente, son contratos administrativos, no tienen otra diferencia jurídica con los correspondientes actos jurídicos privados que el tener como una de sus partes a la Administración.
  - a) Remate público. La venta de los bienes propios de la Administración se hace en pública subasta<sup>167</sup>. El procedimiento definitivo para esta pública subasta dependerá del servicio respectivo que haga el remate.
  - b) Venta de valores. Se realiza a través de un corredor de valores, en la correspondiente Bolsa de Comercio<sup>168</sup>.
2. Derivados de la licitación pública. Se caracterizan por modificar uno o varios elementos procedimentales de la licitación en función del contrato a concluir, manteniendo eso sí intactos los principios de libre concurrencia, no discriminación ante las bases de licitación, igualdad y oposición.
  - a) Concurso público. Es un procedimiento de selección de contratista en el que no se considera el factor de precio, sino que las capacidades técnicas, científicas, económicas, financieras, o incluso, culturales o artísticas del postulante, que son contrastadas a través de un procedimiento de oposición de antecedentes. Es el procedimiento indicado para seleccionar propuestas en casos complejos. En todo lo demás, el concurso público sigue el procedimiento de la licitación pública, y puede darse el caso de que el concurso sea declarado desierto.
  - b) Concurso de proyectos integrales. Es aquel procedimiento de selección que, a través de la evaluación de múltiples propuestas de obra, seleccionará la más idónea para hermo-sear un área determinada.
    - 1) El concurso de proyectos integrales se origina de una propuesta privada de obra. El Estado la declarará como de interés público, y podrá proceder a licitar directamente la construcción de la obra, o podrá llamar a concurso de proyectos integrales.

---

<sup>167</sup> Véanse los artículos 892, 893 y 894 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 482 y siguientes del mismo cuerpo legal.

<sup>168</sup> Artículo 484, Código de Procedimiento Civil.

- 2) En este último caso el proyecto originalmente presentado competirá con otros que se presenten en virtud de las bases de licitación.
- c) Concurso de precios. Consiste en la invitación que hace la Administración a ciertos y determinados contratistas para que entreguen un precio para la ejecución del contrato que se invoca. Es análogo en lo demás a la licitación privada.
- d) Procedimiento negociado. Es una verdadera fusión entre la licitación pública y la licitación privada. Se realiza un llamado a licitación pública, luego del cual las propuestas aceptadas, en vez de ser evaluadas directamente en un proceso licitatorio, son negociadas privadamente con la Administración, estimulando la mejora de dichas propuestas. Luego, se hará una licitación privada con los oferentes aceptados y con los que se ha negociado.
- e) Oferta oral en acto público. Opera cuando la Administración desea vender bienes, en ciertos sistemas jurídicos. La diferencia con la venta al martillo está dada en que los oferentes entregan sus propuestas en sobres cerrados, que se abren en el momento de la oferta oral.
- f) Relevamiento de precios. La Administración llama a través de avisos en medios masivos a los proveedores, que le suministrarán insumos. Éstos deben suministrar, por medios electrónicos, los precios que ofrecen.

#### **4.2.3. Objeto del contrato.**

El contrato administrativo involucra la prestación, por parte del privado, al Estado, de un servicio definido en las bases de licitación. Este servicio puede ser prestado por una vez, o de forma continua. Es esencial que el objeto del contrato administrativo esté afecto a un fin público, que debe estar, a su vez, asignado por ley a la repartición que lo suscribe. Los contratos administrativos tienen, por lo menos, los siguientes elementos.

1. Servicio comprometido. El privado puede prestar al Estado un servicio de cumplimiento único (elaboración de un informe), una obligación de tracto sucesivo (series de informes), o una obligación de cumplimiento permanente (la configuración y mantención de la Asesoría a la Inspección Fiscal, por ejemplo).

- a) Las asociaciones público-privadas son por lo general obligaciones de cumplimiento permanente. La excepción es el contrato de prestación de servicios, que puede conllevar obligaciones de cumplimiento único o de tracto sucesivo.
  - b) Es posible contemplar plazos parciales, para diferentes fases de la obligación.
  - c) Las obligaciones que se contraen por medio de los contratos administrativos son siempre de resultado, por lo que el riesgo es del contratista.
  - d) El cumplimiento de las obligaciones involucra, en el caso de que no se trate de obligaciones de cumplimiento único, el respeto a la legislación laboral respecto de los trabajadores contratados por la empresa adjudicataria<sup>169</sup>.
2. Precio. La Administración estará obligada a una contraprestación por los servicios prestados. Ella puede traducirse en un precio a pagar directamente al contratante, por unidad de trabajo o por estados de pago; la concesión de una prerrogativa pública o, incluso, la concesión del derecho estatal a cobrar peaje. La fórmula concreta estará contenida en las bases de licitación.
- a) El Estado debe pagar intereses al momento de atrasarse en los pagos a los privados.
  - b) Si el Estado adquiere obligaciones adicionales al pago del precio, no puede sancionar al privado por su incumplimiento.
  - c) El Estado debe cautelar que el privado no se exceda en el cobro de los peajes.

El privado tiene el derecho a que en todo momento se respete el equilibrio económico que se tuvo en vista al contratar. Cualquier modificación del contrato que conlleve un perjuicio económico para el contratante con la Administración debe venir necesariamente acompañada de una mejora en las condiciones del contrato respecto a aquellas contempladas en las bases de licitación. Esta mejora puede consistir en un aumento del precio, un aumento de los pagos, un aumento en el plazo de concesión de derechos, u otra fórmula a convenir.

#### **4.2.4. Potestades exorbitantes.**

El artículo 1.546 del CÓDIGO CIVIL establece que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, o a aquello que por

---

<sup>169</sup>Artículos 22, 38, 68, Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, entre otros.

la ley o la costumbre corresponden a ella. Los contratos administrativos expanden esta regla, obligando al contratante con la Administración a *todo lo que sea necesario para cumplir la obligación*, a cambio de potenciales indemnizaciones y compensaciones ante esfuerzos extraordinarios.

El detalle de aquellos elementos ajenos a las obligaciones iniciales que el contratista deberá cumplir no sólo se manifiesta a través de modificaciones unilaterales del contrato expresadas mediante actos administrativos, sino que mediante órdenes directas de la Administración. Todo esto, que sería inadmisibles en el derecho común, es posible en un contrato administrativo.

Dentro de estos contratos, la Administración tendrá *potestades exorbitantes*, las que consisten en el poder dar órdenes y controlar el cumplimiento del contrato, en la potestad que tiene el Estado para terminar unilateralmente un contrato, en el derecho de la Administración a sustituir unilateralmente al contratante, y del *ius variandi*, o derecho para sustituir los términos del contrato por otros. El ejercicio de estas potestades exorbitantes tiene como fundamento el interés público.

#### **4.2.4.1. Potestad de dirección, fiscalización y control.**

Las asociaciones público-privadas corresponden a actividades que son de dominio estatal. Por ello, el Estado tiene la obligación de asegurarse que los servicios que se han encargado al privado se presten en condiciones iguales o mejores a las que puede proveer el Estado actuando por sí mismo, respetando los principios del Derecho Público.

Para lograr esto, el Estado puede dirigir órdenes al contratista, exigiéndole que cumpla con sus obligaciones de determinada manera; fiscalizarle, para que se rija por la normativa vigente; y controlarle, pidiéndole el cumplimiento de metas de desempeño y la observancia de ciertas reglas de procedimiento. Todas estas potestades, que para MORAGA constituyen, en conjunto, la *atribución de policía*, son ejecutadas por un representante del Estado, que en la mayoría de los casos, será un funcionario público llamado *inspector fiscal*.

La responsabilidad del inspector fiscal se extiende, en algunos casos, a la revisión del cumplimiento, por parte del asociado, de la normativa vigente, algo que es esencial, dado que, en muchos casos de asociación público-privada, la naturaleza pública del servicio que el privado presta justifica que el privado obedezca el principio de juridicidad aplicable al Estado, e incluso, en algunos casos, al

principio democrático, como ocurre cuando el proceso de asociación público-privada viene acompañado por etapas de participación ciudadana vinculante. El inspector fiscal controlará, en estos casos, que el asociado cumpla con la normativa vigente.

Esta potestad de dirección, fiscalización y control es la base, como veremos en el próximo capítulo de este trabajo, del control del contrato de concesión de obra pública.

#### **4.2.4.2. *Ius variandi.***

A través de la vida de un contrato administrativo, puede ocurrir que las necesidades públicas que le sirvieron de fundamento varíen. En este caso, la Administración puede y debe modificar el contrato. La Administración también puede modificar el contrato cuando ha cometido errores en su formulación, o cuando han ocurrido situaciones que no podían, en forma alguna, haber sido previstas. El derecho a modificar unilateralmente las condiciones contractuales, o *ius variandi*, debe cumplir con los siguientes requisitos para su ejercicio:

1. La modificación debe tener por fundamento el interés público, el que debe ser invocado como motivo del acto administrativo modificadorio. Las causales que usualmente se invocan para modificar los contratos son:
  - a) La necesidad de aumentar la eficiencia o eficacia del servicio u obra pública.
  - b) El cambio de circunstancias, siempre que afecte la finalidad de servicio público que se tuvo originalmente en vista al contratar.
  - c) La posibilidad de provocar un ahorro en recursos estatales a través del aprovechamiento de nuevas tecnologías.
  - d) La obsolescencia de la obra o del servicio contratado.
2. El contrato no puede ser modificado más allá de ciertos límites, fijados de antemano por el contrato o por la ley. El límite último del *ius variandi* es el respeto de la esencia, la sustancia y el objeto del contrato, además de los límites legales, reglamentarios o contractuales para su ejercicio.
3. El equilibrio económico del contrato debe ser respetado. Esto trae como consecuencia que el precio originalmente pactado no podrá ser modificado, y que la modificación deberá necesariamente incorporar compensaciones al contratista por los perjuicios sufridos.

4. MORAGA agrega un cuarto requisito: la modificación al contrato no debe depender de características específicas del contratista asignado, sino que debe ser aplicable a cualquier contratista. La Administración no puede imponer cargas públicas desigualmente aprovechándose de las ventajas de un contratista en específico, ya que al hacerlo violará un derecho fundamental.

La LBCASyPS establece, en principio, un amplio margen para que el Estado y el privado contratante acuerden nuevas modificaciones al contrato. Esta facultad puede ser restringida de antemano en las bases de licitación. Las modificaciones a un contrato administrativo se expresan mediante decretos que se sujetan a las mismas clases de control que el contrato administrativo concluido, por lo que pueden requerir una previa toma de razón. Estos decretos tendrán, en principio, los mismos requisitos y solemnidades que tuvieran los contratos administrativos modificados.

MORAGA sostiene, al respecto, que la realización de nuevas obras por medio de modificaciones contractuales que puedan ser licitadas por sí mismas, o que sean totalmente independientes a la obra original, implican la decisión estatal de no licitar dichas construcciones y realizarlas como contratos directos. Con mayor razón existe una renuncia a licitar cuando el contratista construye obras o presta servicios a la Administración mediante acuerdos informales sin formalización alguna, donde la Administración puede incluso negar su realización. En todos estos casos, la actuación de la Administración mediante hechos consumados es ilegal e impugnabile, los actos administrativos que desconozcan tales realidades también lo son, y el contratista tiene derecho a una indemnización<sup>170</sup>.

#### **4.2.4.3. Potestad de sancionar al contratante.**

El Estado tiene la facultad de aplicar sanciones al contratante, a objeto de asegurar el cumplimiento del contrato. La sanción debe ser propuesta por la Administración a partir del resultado del ejercicio de la potestad de control, y debe ser aplicada, teóricamente, por un tribunal independiente de la Administración, so pena de vulnerar el principio del debido proceso de ley.

Según MORAGA, la aplicación de sanciones por parte de la Administración constituye un ejercicio de potestades punitivas, y por lo tanto, su aplicación debe sujetarse a las garantías establecidas por la ley y la Constitución para la aplicación de penas, que no son otras que las del Derecho Penal.

---

<sup>170</sup>MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, pág. 234.

RUFÍAN, al respecto, sostendrá que «la conducta objeto de sanción ha de ser descrita en las bases y no se podrán imponer multas por incumplimiento de obligaciones para las que las bases no hayan previsto expresamente la sanción. Ello se corresponde con el *principio penal de tipicidad* o injusto típico que exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción»<sup>171</sup>.

Esta sanción involucra, junto con la adecuación típica, un elemento de responsabilidad subjetiva, siguiendo a MORAGA y RUFÍAN. No pueden ser sancionadas meras violaciones contractuales, si en ello no ha habido responsabilidad por parte del contratante. La Administración puede construir, sin embargo, presunciones de responsabilidad para sancionar al contratante mediante la acción de los órganos de control, señalando la falla al contratante a través de instrucciones.

La aplicación de sanciones se encuentra caucionada a través de boletas de garantía, las que sólo podrán ser cobradas por la Administración a partir del dictamen del tribunal competente y sólo respecto del contrato en el que tal dictamen se emitió.

#### **4.2.4.4. Terminación unilateral del contrato.**

El Estado tiene la facultad de terminar el contrato administrativo invocando razones de interés público, facultad que está sometida a limitaciones análogas a las del *ius variandi*. El respeto del equilibrio económico del contrato, en este caso, involucra indemnizar al contratista la pérdida del tiempo restante de contrato y los servicios ya prestados, si procede.

La sustitución del contratista en la prestación del servicio por otro, así como el rescate por parte de la Administración para prestar ella misma el servicio, equivale a una terminación unilateral respecto del contratista, y, por ello, origina una indemnización.

La ley o las bases de licitación pueden establecer como sanción la terminación unilateral del contrato por incumplimiento grave. Esta sanción no puede ser aplicada sin una sentencia previa del tribunal competente.

---

<sup>171</sup>RUFÍAN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, op. cit., pág. 102.

#### **4.2.4.5. Derechos del privado.**

El privado que contrata con la Administración tiene en su favor derechos especiales frente a la Administración y que contrapesan la superioridad contractual de la posición del Estado. Estos derechos se pueden clasificar en tres grupos.

1. Facultad de reclamar la responsabilidad del estado por acto lícito, o incluso, a través de la teoría de la imprevisión. Las normas de responsabilidad del Estado por acto lícito, que en condiciones normales sólo operan hasta el monto del perjuicio patrimonial directamente causado, se vuelven más benévolas respecto del contratante, quien será indemnizado no sólo hasta este monto, sino hasta el completo restablecimiento del equilibrio económico del contrato. De esta forma, el Estado responderá siempre:
  - a) Por *hecho del príncipe*. Este caso consiste en una medida administrativa general que, aunque no modifica directamente el objeto del contrato, hace más oneroso su cumplimiento, sin que el contratante con la Administración tenga culpa alguna.
  - b) Por un suceso que no hubiere podido ser previsto por las partes al momento de contratar. En este suceso, tanto el Estado como el privado deberán asumir, de forma conjunta, los costos del restablecimiento del servicio, lo que deberá ser negociado.
2. Derecho al aseguramiento de la gestión. El contratista tiene el derecho a que la Administración cree las condiciones precisas, a través del aparato estatal, para el cumplimiento apropiado de las obligaciones contraídas. Esto implica la concesión de permisos (siempre que ello corresponda según la normativa vigente), la protección del personal del contratista y de sus herramientas de trabajo, y el mantener alejados a los terceros.
3. Facultades del privado respecto de terceros. El privado contratante con la Administración pública, en ciertos casos, recibirá como contraprestación un derecho asignado por la ley a la Administración, como la prerrogativa de cobrar peajes. La Administración protegerá el ejercicio de este derecho por el privado.

#### **4.2.5. Extinción del contrato administrativo.**

El contrato administrativo termina, normalmente, con el pago efectivo o solución, que no es otra cosa que el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales. La aceptación del pago por

parte de la Administración involucra una serie de revisiones respecto de si el objeto del contrato ha sido o no realmente cumplido, que concluyen con la liquidación y recepción final del producto entregado, lo que es un procedimiento cuya complejidad depende del contrato específico a concluir y de las bases de licitación.

Los contratos administrativos pueden terminar, además, por alguno de los siguientes modos de extinguir las obligaciones.

1. El vencimiento del plazo convenido para la prestación del servicio.
2. El mutuo disenso, que es una convención extintiva.
3. La desaparición de la persona jurídica del contratante, la entrada del contratante en quiebra, u otra causal de incapacidad sobreviniente del contratante.
4. La renuncia unilateral del contratista. Esto se permite sólo cuando dicha renuncia mira al interés individual del renunciante<sup>172</sup> y no perjudica a los terceros.
5. La nulidad de derecho público del contrato administrativo.

### **4.3. La concesión de obra pública propiamente tal.**

La construcción, operación y mantención de las obras públicas, en Chile, está entregada al Estado. Para cumplir con ese propósito, el Estado tiene un departamento especializado, dependiente del jefe supremo del gobierno, que es el Ministerio de Obras Públicas. Esta secretaría de estado está regulada por su Ley Orgánica, el DFL MOP 850/1999, que la define así:

Artículo 1°. El Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los artículos 2° y 3° de esta Ley.

El MOP se encarga de todo lo relacionado a las obras públicas fiscales, desde su planificación hasta su explotación. Es el MOP quien coordina la acción de todos los otros servicios públicos con facultades para construir y operar obras públicas fiscales, pudiendo construir tales obras directamente, o

<sup>172</sup>MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, op. cit., pág. 268.

mediante la contratación de empresas constructoras, mediante contratos de prestación de servicios regidos por la LBCASyPS.

Además, el Ministerio de Obras Públicas es el ministerio que gestiona toda la gama de asociaciones público-privadas para la construcción y operación de obras públicas fiscales. El artículo 87 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas menciona esta facultad, asociada a las concesiones de obras públicas, si bien, por medio de construcciones jurídicas, es aplicable al resto de asociaciones público-privadas que tienen por objeto la construcción y operación de obras.

Artículo 87°. Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años.

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

Asimismo, podrán otorgarse concesiones para la explotación, que incluyan reparación, ampliación, conservación o mantenimiento, según corresponda, de obras ya existentes, o de terrenos u obras comprendidos en las fajas de los caminos públicos, con la finalidad de obtener fondos para la construcción de otras obras nuevas que se convengan, respecto de las cuales no exista interés privado para realizarlas conforme a las normas relativas al sistema de concesiones, regulado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.

En el derecho chileno, la concesión de obra pública corresponde a aquella forma de asociación público-privada, materializada a través de un contrato administrativo celebrado entre el Estado de Chile y un privado concesionario, en virtud del cual éste asume la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactado, dentro de un plazo determinado, y bajo las limitaciones impuestas por la normativa vigente<sup>173</sup>.

Lo que distingue a la concesión de obra pública de otras formas de asociación público-privada no es la construcción de la obra (que puede ser encargada directamente a través de un contrato de obra pública), ni la explotación de ella por parte de un privado (que puede ser subcontratada por el Estado, como servicio público), sino la modalidad de gestión de ella, que involucra un traspaso casi

---

<sup>173</sup>MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, op. cit., pág. 49.

completo de la obra pública al sector privado. Sin embargo, antes de la ley 20.410, esto iba aún más lejos, cediendo el Estado a perpetuidad la posibilidad de gestionar directamente la obra pública que una vez se licitara. De esto dan cuenta los artículos 25 y 28 de la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Artículo 25 (incisos 3° y 4°) Una vez concluido el plazo de las concesiones, 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 exista 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 lo indicado en el inciso anterior.

Artículo 28 (incisos 2° y 3°) Declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Conciliadora, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 200, números 1 al 5 de la Ley N° 18.175 sobre Quiebras. Este interventor responderá de culpa levísima.

El Ministerio deberá proceder, además, a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste. Las bases de 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, cesará en sus funciones el interventor que se haya designado en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior.

RUFÍAN no quiso llevar hasta sus últimas consecuencias la interpretación que aquí sostenemos. Sin embargo, MORAGA lo hará, al señalar que «es nuestra opinión que [la norma de la letra j) del artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas] es totalmente incompleta e insatisfactoria para fundar por sí sola el poder de rescate de la Administración en lo que respecta a las concesiones de obras públicas». MORAGA concluirá que la atribución de rescate no tiene sustento legal, debiendo apoyarse, en cambio, sólo en el texto de las bases de licitación. Cualquier otra vía distinta a esta representaría, no un verdadero rescate, sino que un acto de expropiación por la Administración<sup>174</sup>.

La imposibilidad para el Estado de rescatar la obra, unida a la necesidad jurídica de concesionar nuevamente una obra una vez terminada, por cualquier razón, la concesión, no sólo trajo negativas

<sup>174</sup>MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, op. cit., págs. 271 y 272.

consecuencias en lo referente a la credibilidad de los sistemas de control de las concesiones, sino que ensombreció las potestades jurídicas de la Administración con amenazas jurídicas que, afortunadamente, jamás se materializaron. Una de ellas era la posible impugnación de aquel decreto que estableciera que una obra concesionada con anterioridad no sería entregada nuevamente en concesión, no sólo mediante la destrucción de los fundamentos del decreto, sino que a través de la invocación directa del principio de subsidiariedad y de la primacía de los entes privados sobre el Estado empresario, bajo el posible argumento de que este decreto, aún con fundamentos, sería inconstitucional por ser contrario al principio de subsidiariedad, ya que, al haber salido la obra pública en cuestión de la esfera de competencia del MOP, la obra una vez dada en concesión no podría volver al MOP si no es en virtud de una ley específica de quórum calificado<sup>175</sup>.

Todas estas posibles consecuencias desaparecen con la Ley 20.410, que permite al Estado, ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por el concesionario, continuar la obra dada en concesión como obra pública sin necesidad de dar mayores explicaciones, para luego decidir con relativa libertad si la relicita o no al término del periodo de concesión. Junto con ello, se establece un procedimiento claro para el rescate de la concesión, estipulando que ello sólo procederá en la etapa de construcción y deberá ir acompañado de una indemnización para el concesionario<sup>176</sup>. Con ello, podemos sostener que la Ley 20.410 produce un cambio fundamental en el escenario de las concesiones, al convertirlas conceptualmente, de una forma de privatización por retirada de la Administración, en un verdadero mecanismo de asociación público-privada.

El MOP, como órgano estatal, está afecto al conjunto de los controles aplicables a la Administración Pública. El Ministerio de Obras Públicas está inserto parcialmente en el proceso presupuestario de la Dirección de Presupuestos, si bien tiene una gran latitud para manejar su presupuesto. Sus metas, su gestión y sus procesos internos reciben la auditoría de la Dirección de Presupuesto, de sus propias Unidades de Auditoría Interna y, como auditor externo, de la Contraloría General de la República. Su personal está afecto, por regla general, al Estatuto Administrativo; sus beneficios y sus relaciones jerárquicas están basadas en principios de Derecho Administrativo, y su contabilidad se debe ceñir a las normas que dicta la Contraloría. Además, tiene la obligación de obedecer estrictamente la normativa vigente y de instituir procesos de participación ciudadana, estando afecto al control político y a las solicitudes de información vía Ley 20.285.

---

<sup>175</sup>En este sentido, FERMANDOIS (2006) *Derecho Constitucional Económico*, pág. 226

<sup>176</sup>Artículo 28 *ter*, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En el proceso completo de la entrega en concesión de una obra pública se reconocen 5 grandes etapas.

1. Fase de planificación. Se extiende desde la toma misma de la decisión de dar en concesión obras públicas. Parte por la creación de las estructuras jurídicas y orgánicas apropiadas para regular y controlar el proceso de concesión, continúa con la toma de la decisión de dar en concesión una obra pública específica, sigue por la realización de los estudios previos, y termina con la manifestación de voluntad jurídicamente relevante de dar en concesión una obra, la que ocurre mediante la publicación de un prospecto de inversión y del Plan de Concesiones. En esta fase pueden tener lugar:

a) La realización de estudios para preparar la toma de decisión respecto del proyecto. Estos estudios pueden ser realizados por las direcciones respectivas del Ministerio de Obras Públicas, y por la Coordinación General de Concesiones de Obra Pública misma, como también por empresas privadas ligadas al MOP a través de contratos de prestación de servicios de asesorías.

b) La consulta a la ciudadanía. Ella se podrá llevar a cabo a través de jornadas organizadas por el MOP, o mediante la acción directa de la futura sociedad concesionaria, si se tratare de una concesión de iniciativa privada. En su caso, la participación ciudadana que se realice en esta fase será incorporada al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto concesionado.

2. Fase de preparación. Este periodo se extiende desde la publicación del prospecto de inversión de la obra cuya entrega en concesión se ha decidido y del Plan de Concesiones que lo incluye, hasta la publicación del extracto de las Bases de Licitación o la notificación a los licitantes precalificados, en lo que constituye el anuncio. Aquí ocurren:

a) La confección de las bases de precalificación, que delinear, *a grosso modo*, las características del proyecto a realizar, y que se basan en el prospecto de inversión.

b) La precalificación de los licitantes. Este proceso busca evaluar la solidez técnica e institucional de los futuros licitantes, y tiene como resultado la inscripción de aquellos privados que lo aprueban en un Registro Especial, que les permitirá participar en la subsecuente licitación.

- c) La confección de las Bases de Licitación propiamente tales. Ellas deben hacer referencia a los estudios realizados en la fase previa, por las direcciones respectivas del MOP, o por las consultoras contratadas. Si existe un procedimiento previo de precalificación, ocurrirá lo siguiente:
  - 1) Las bases de precalificación establecerán un plazo fatal en el que el MOP deberá elaborar las Bases de Licitación.
  - 2) Se realizarán reuniones con los privados precalificados, que podrán servir de base para la elaboración de las Bases.
- 3. Fase de licitación. Va desde el anuncio hasta la adjudicación de la concesión, la constitución de la sociedad concesionaria de propósito especial y la renovación de las garantías. El procedimiento de licitación está reglado, en lo no dispuesto por las Bases de Licitación y por la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por la LBCASyPS.
- 4. Fase de construcción. Comprende desde la constitución de la sociedad concesionaria de propósito especial, la renovación de las garantías y la suscripción y protocolización del contrato, hasta la puesta en servicio provisoria de la obra. En esta etapa:
  - a) La sociedad concesionaria confecciona el proyecto de ingeniería de detalle y los planos definitivos de la obra.
  - b) Se produce la expropiación de los terrenos.
  - c) Las obras se desarrollan, bajo la responsabilidad de la sociedad concesionaria de propósito especial.
- 5. Fase de explotación. Comienza con la puesta en servicio provisoria, y se prolonga hasta el final del plazo de la concesión. En esta etapa la sociedad concesionaria:
  - a) Tiene la obligación de mantener la obra en estado de servicio.
  - b) Adquiere, si ello es aplicable, el derecho a cobrar y percibir las tarifas establecidas en las Bases.

En este capítulo revisaremos el control que tiene lugar alrededor del contrato de concesión, y de los procesos anexos a sus estudios, en las tres primeras fases. El control en las fases de construcción y explotación se confunde con la potestad de dirección y de control sobre el contrato de concesión ya perfeccionado, por lo que será revisado separadamente, en el próximo capítulo de este trabajo.

### **4.3.1. Fase de planificación.**

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO señala varios hitos que deben ser cumplidos antes de que una concesión de obras públicas sea posible. Ellos van desde un diagnóstico de las capacidades estatales que justifique la decisión de dar obras en concesión, pasan por la creación de las instituciones que se encargarán de supervisar, dirigir, controlar y fiscalizar el proceso de concesión de obras públicas, continúan por la realización de estudios respecto de proyectos concretos y la toma de decisión respecto a si ellos serán efectivamente sometidos o no a concesión, y terminan con la elaboración de un programa de proyectos a ser dados en concesión, en conjunto con la preparación de un Prospecto de Inversión para cada proyecto a ser ejecutado por este sistema.

#### **4.3.1.1. Evaluación técnica.**

Antes de que nuestro país definiera la necesidad de dar obras en concesión, debió diagnosticar la realidad del Estado, y sus capacidades verdaderas para construir obras públicas de una forma efectiva. Dicho diagnóstico debe, necesariamente, estar desprovisto de toda consideración ideológica.

De acuerdo con el MOP y RUFÍAN, hacia fines de los años 80, Chile tenía un gran déficit en infraestructura, que lastraba el crecimiento. La dictadura militar había promulgado una Ley de Concesiones de Obras Públicas, el DFL 591/1982 MOP, que nunca había sido usada. Por su parte, el Ministerio de Obras Públicas de ese entonces que carecía de las competencias técnicas, económicas y humanas para construir directamente las obras necesarias. Por lo tanto, la constitución de un proceso de asociación público-privada para solucionar este problema rápido era la única opción, que debía ser tomada con urgencia. Esta también fue la razón por la cual el proceso transcurrió con una cierta premura.

#### **4.3.1.2. Creación de estructuras jurídicas de soporte.**

El primero de los hitos que un Estado debe cumplir para dar en concesión una obra, de acuerdo con el esquema ideal del BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, es la creación de las instituciones que se encargarán de la preparación de los proyectos de obras dadas en concesión y de la regulación de las sociedades concesionarias. En el caso chileno, la construcción de estas instituciones, como ENGEL *et al.* señalan, ha sido un proceso apresurado que no fue iniciado a tiempo, institucionalizado mediante decretos supremos e instituciones asesoras paralelas a la estructura del MOP.

Sin embargo, el fuerte de la institucionalidad chilena, como bien lo señala el FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, ha sido reemplazar conjuntos completos de cláusulas contractuales por un conjunto de reglas unificadas para las concesiones de obras públicas. Ellas residen en el actual Decreto 900/1996 MOP, que fija el texto refundido de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, así como en su Reglamento. Aparte de la primera Ley de Concesiones, el D.F.L 591/1982 MOP, irrelevante por no haber sido nunca utilizada, la evolución de la Ley de Concesiones de Obras Públicas ha sido sostenida.

**4.3.1.2.1. Primer modelo: DFL 164/1991 MOP.** El primer modelo orgánico que gestionó, efectivamente, concesiones de obra pública, fue el de la Ley 19.068 que reformó el DFL 591/1982 MOP. Esta ley incorporó el concepto de iniciativas privadas, incrementó los factores de licitación que el Estado podía usar para adjudicar la concesión, e hizo algunos cambios en beneficio de los concesionarios, posibilitando la entrega por parte del Estado de beneficios adicionales separados de la tarifa cobrada y contemplando la teoría de la imprevisión como generadora de indemnizaciones para el concesionario. Se estableció que el MOP debía solicitar un pronunciamiento de la Comisión Conciliadora para la imposición de multas, y se derogó la facultad que el MOP tenía para revocar una concesión transcurrido más de un cuarto de su plazo, por interés público. Esta ley fue la que creó la Comisión Conciliadora como mecanismo de solución de controversias MOP/sociedad concesionaria, consistente en un integrante de la sociedad, uno del Estado, y un tercero imparcial.

Esta ley, junto con el DFL 591/1982 MOP, es refundida en un solo texto, el DFL 164/1991 MOP, que fuera dictado el 22 de julio de 1991. Bajo este modelo sólo se licitó una obra, la concesión «Túnel El Melón», concesión que tuvo un sinnúmero de problemas. Esto causó que se hicieran grandes modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, primero, a través de la Ley 19.252, y luego, mediante la Ley 19.460, que implementó el segundo modelo.

**4.3.1.2.2. Segundo modelo: Decreto 900/1996 MOP, Ley 19.460 de Concesiones de Obras Públicas.** El segundo modelo, bajo el cual se ha licitado y adjudicado la inmensa mayoría de las concesiones de obra pública del país, surge con la dictación de la Ley 19.460 y con el Decreto 900/1996 MOP, que refundió el texto del DFL 164/1991 MOP. Esta ley se propuso regular el flujo de iniciativas privadas que comenzaba a llenar el sistema, estableciendo a la vez la posibilidad del Estado de beneficiar al concesionario con la figura del *ingreso mínimo garantizado*. Esta ley simpli-

ficó el proceso de formalización del contrato, estableció procedimientos claros para modificar los contratos de concesión para que no afectaran el equilibrio económico del contrato, fijó montos máximos para la contratación directa de obras adicionales y reguló el procedimiento para contratarlas, señalando que la realización de estas obras estaría afecta a un convenio complementario.

Lo más importante, en lo que respecta al control, viene dado por la reforma al artículo 21 del DFL 164/1991 MOP que la Ley 19.460 contuvo. Este artículo señala con claridad que el concesionario «cumplirá las “funciones” del contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público y sujeción a las regulaciones que conforman el régimen económico del contrato (regulación relativa a fases de construcción y explotación de la obra, cobro de tarifas y su reajuste, y contraprestaciones con el Fisco)»<sup>177</sup>. No obstante lo anterior, el concesionario debe cumplir con la normativa común exigible a cualquier empresa privada en lo referente a su gestión, y se rige, en sus relaciones con terceros, «por las normas de derecho privado, pudiendo celebrar cualquier acto o contrato sin necesidad de autorización previa del MOP, salvo excepciones contenidas en la ley o el contrato»<sup>178</sup>.

También fue esta ley la que introdujo la revocación de la concesión como una sanción ante la declaración de incumplimiento grave del contrato, algo que se plasmó en el artículo 27 *bis* del DFL 164/1991 MOP. La aplicación de esta sanción implica la designación de un interventor, quien tiene como única función el continuar con las obras cumpliendo íntegramente con el contrato, mientras el Ministerio de Obras Públicas licita nuevamente la concesión. Es esta ley, asimismo, la que permite, en los casos que así se señale, que la Comisión Conciliadora se convierta en una Comisión Arbitral, que resolverá la controversia MOP/concesionaria sometida a su conocimiento bajo las reglas de los árbitros arbitradores.

Esta ley (artículo 36 DFL 164/1991 MOP) permite que el MOP reclame la intervención, si es necesario, la fuerza pública, para reanudar el servicio cuando éste ha sido abandonado o interrumpido de forma injustificada. Además, esta ley introduce la figura del *convenio de mandato interadministrativo*, mediante el cual cualquier Ministerio o repartición pública con facultades para construir y operar obras públicas fiscales podrá comisionar al MOP la entrega en concesión de dichas obras.

Finalmente, fue esta ley la que introdujo la *prenda especial de concesión de obra pública*, en donde la concesión, o los pagos del Estado por ella, pueden ser dados en prenda para garantizar las deudas

---

<sup>177</sup>RAMIREZ, J. A. (2010) *Concesiones de Obras Públicas*. 1.ª edición. Santiago de Chile: AbeledoPerrot Legal Publishing, ISBN 978-956-238-886-3, pág. 23.

<sup>178</sup>Ibidem.

contraídas para financiar la obra. Para asegurar aún de mejor forma los derechos de las sociedades concesionarias, esta ley permitió demandar a los usuarios morosos en el pago de sus peajes, por un monto equivalente a 40 veces el valor de la suma adeudada.

Este modelo tuvo un enorme éxito en lo referente a la construcción y operación de aeropuertos y caminos, hacia fines de los 90 y comienzos de la década pasada. Desde 1996 hasta 2005 se invirtió ingentes cantidades de dinero en la modernización de la ciudad de Santiago y en la creación de una serie de caminos. Sin embargo, el modelo de esta ley comenzó a mostrar sus falencias cuando se intentó entrar en concesiones más complejas, donde el fuerte de la concesión ya no era el diseño y construcción de la obra, sino que su operación, traspasando, de hecho, funciones completas asignadas a organismos públicos al sector privado.

La inexistencia de regulación respecto al nivel de los servicios que debían ser prestados por la empresa concesionaria, sumada a la brusca caída en los niveles de inversión desde 2005, hizo posible un consenso global para la creación de un tercer sistema de concesiones, que aún no ha sido del todo implementado.

**4.3.1.2.3. Tercer modelo: Ley 20.410 de Concesiones de Obras Públicas; (Proyecto de) Ley que crea la Superintendencia de Obras Públicas.** Eduardo BITRÁN, quien fuera Ministro de Obras Públicas del gobierno de Michelle Bachelet, planeó una serie de reformas sobre la base de la idea de los *niveles de servicio*. Así, en vez de que las Bases de Licitación impusieran al concesionario construir obras con especificaciones técnicas fijas, que podían quedar obsoletas, se impondría al concesionario mantener *niveles de servicio*, que se establecerían en las Bases de Licitación y que sería responsabilidad de la sociedad concesionaria mantener.

Para que este modelo funcionara, debía separarse la función del diseño y la implementación de las obras concesionadas, de la función de dirección y control de ellas, lo que se hizo internamente en el MOP durante el periodo en que BITRÁN fuera ministro. Esto ocurrió al tiempo que el ministro BITRÁN preparaba un proyecto de ley para crear la Superintendencia de Obras Públicas, un órgano independiente del MOP, que se encargaría de fiscalizar el cumplimiento de los niveles de servicio comprometidos por los concesionarios, acoger los reclamos de los usuarios y proponer la aplicación de las sanciones, de forma directa.

Sin embargo, en 2009, Eduardo BITRÁN deja el cargo de Ministro de Obras Públicas y su reemplazante, Sergio Bitar, ordena la presentación de un segundo proyecto de Superintendencia de Obras Públicas, dependiente del MOP, y que replica, en buena medida, las funciones de la actual Inspección Fiscal. Este proyecto se encuentra suspendido en su tramitación, y se espera la presentación de un tercer proyecto de Superintendencia de Obras Públicas. Como se ve, esta Superintendencia no ha sido un tema pacífico políticamente hablando.

Del tercer modelo de concesión de obras públicas sólo están vigentes las modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, realizadas a través de la Ley 20.410, las que no han tenido acogida entre los concesionarios actuales. Ellas tuvieron en vista los siguientes objetivos.

**Planificación de las concesiones.** La Ley 20.410 crea una institución asesora encargada de la planificación y de la toma de decisión respecto de las concesiones, así como de declarar que ciertos proyectos particulares son de interés público: el Consejo de Concesiones. Este consejo está integrado por el Ministro de Obras Públicas, más los consejeros señalados en la ley, y tiene como función asesorar al MOP en la fijación de la política de concesiones, debiendo emitir su pronunciamiento en determinados casos.

Junto con ello, la Ley 20.410 elimina las dudas sobre las relaciones entre los proyectos concesionados y la planificación territorial, señalando expresamente que los proyectos dados en concesión deben obedecer a los Planes Reguladores Regionales, Intercomunales y Comunales. Esto es coherente con el proceso de aprobación de la regulación territorial establecido en la Ley 20.417 (que modifica la Ley de Bases del Medio Ambiente), que implica que los planes reguladores a aprobarse deben pasar por una Evaluación Ambiental Estratégica previa.

**Gestión de las obras mediante niveles de servicio.** El nuevo modelo de las concesiones se centra en el mantenimiento de niveles de servicio, en vez de la obediencia a las especificaciones técnicas señaladas en las Bases de Licitación. Esto está acompañado por diversos mecanismos que incentivan la inversión en conservación de las obras, así como por disposiciones que regulan la inclusión en los contratos actuales de niveles de servicio. Todo esto depende de la renegociación de los contratos actuales.

La precalificación, que era un procedimiento que el Ministerio de Obras Públicas realizaba para preseleccionar a los oferentes efectivamente capaces de construir la obra cuya licitación se ofrecía,

ha sido mejorado e integrado en la nueva ley. La precalificación no sólo hace posible esto, sino que permite que los postulantes preseleccionados cooperen con el Ministerio de Obras Públicas en la realización de estudios y en la elaboración de las Bases de Licitación definitivas, en conjunto con los niveles de servicio que éstas deberán alcanzar.

El contratista que ha fracasado en la concesión, abandonándola o incumpliendo de otra forma grave el contrato, sufre con la nueva ley sanciones adicionales. Este contratista queda impedido de participar en procesos licitatorios futuros en los 5 años siguientes a la declaración de incumplimiento grave del contrato, la que será hecha por la nueva Comisión Arbitral.

**Mecanismo de solución de controversias.** La Ley 20.417 cambia radicalmente los mecanismos de solución de controversias Estado/concesionario. Ellos comienzan con un Panel Técnico, un órgano asesor del Ministerio de Obras Públicas de carácter técnico, al que, tanto las concesionarias como el propio MOP pueden solicitar pronunciamientos sobre los aspectos técnicos o económicos de cada contrato. Estos pronunciamientos, si bien no son vinculantes para las partes, son realizados por expertos en la materia, por lo que tienen un peso argumentativo importante e influirán en los mecanismos de solución de controversias dotados de imperio.

Si se produce un conflicto, la primera entidad en ofrecer un pronunciamiento técnico será este Panel. Si las partes no solicitan su pronunciamiento, o si éste no es seguido, la controversia será llevada ante una Comisión Arbitral, un nuevo tribunal que reemplaza la antigua Comisión Conciliadora. Los miembros de este tribunal especial son electos por nóminas seleccionadas por el Tribunal de la Libre Competencia, en un modelo análogo al del DFL 591/1982 MOP.

A diferencia del antiguo sistema, la Comisión Arbitral es un tribunal arbitral mixto, por lo que debe fallar en derecho, ajustándose a la normativa vigente y al texto del contrato de concesión. El MOP, por primera vez, puede demandar a la concesionaria ante la Comisión Arbitral en casos distintos a los de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. El MOP podrá aplicar directamente al concesionario las multas menores de 500 UTM, si bien el concesionario podrá aún impugnar la aplicación de estas multas. Además, aunque la concesionaria se lo solicite, la Comisión Arbitral no puede paralizar las obras por más de 60 días como medida cautelar, lo que elimina la posibilidad de que el arbitraje sea usado para presionar al Estado.

**Regulación de las compensaciones por nuevas obras.** La nueva Ley de Concesiones de Obras Públicas, además, intenta poner coto al principal problema que ENGEL *et al.* detectaron: las excesivas renegociaciones y la selección, no de los mejores licitantes, sino de aquellos que tenían más capacidad de *lobby*. Una de las formas de hacer esto es limitar las indemnizaciones que los inversionistas podrían solicitar del Estado, si éste modifica las condiciones contractuales.

El cambio al modelo de niveles de servicio implica que el concesionario asume los riesgos de que éstos sean efectivamente mantenidos. El concesionario debe realizar todas las obras que sean necesarias para ello, y la Administración sólo debe indemnizar al concesionario cuando, por motivos de interés público, sea necesario el aumento de los niveles de servicio comprometido, o cuando se deban construir obras adicionales no relacionadas con el mantenimiento de estos niveles, siempre que se sitúen por debajo de cierto porcentaje.

Esta nueva ley también fija el procedimiento para calcular la indemnización que el concesionario recibirá en caso de construir una obra o prestar un servicio nuevo, eliminando toda posibilidad de que ella sea consensuada con el Estado. Esta compensación será pagada llevando a cero el *valor presente neto* del proyecto adicional, lo que implica usar la siguiente fórmula.

$$VPN = \sum_{t=1}^n \frac{V_t}{(1+k)^t} - I_0$$

Aquí  $I_0$  representa la inversión inicial.  $V$  constituye los ingresos que se recibirán durante un año determinado sólo por concepto de la obra adicional,  $t$  representa el año como periodo de tiempo que se examina, donde el primer año se cuenta como 0, y  $k$ , la tasa de interés del dinero durante la fecha examinada, que constituye el costo de oportunidad para el inversionista. El símbolo algebraico  $\Sigma$  representa una sumatoria, lo que implica que se deben sumar los resultados de la fórmula expuesta para cada año y restar, a esa suma, el monto de la inversión inicial. El resultado que se obtiene en esta fórmula, de ser negativo, corresponde a la suma a ser compensada por el Estado.

**Cobro de los peajes.** Luego de varios casos donde la indemnización punitiva en favor del concesionario de 40 veces el monto de lo adeudado había sido cuestionada, que terminaron en el Tribunal Constitucional<sup>179</sup>, se modificó el criterio ya establecido y se reemplazó por una sanción al usuario

<sup>179</sup>STC 541/2006. La inaplicabilidad de la norma fue solicitada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que cuestionó la justicia de aplicar tal sanción al demandado, y lo condenó a una indemnización menor. Este criterio fue revocado por

remiso de entre 5 y 15 veces el monto de lo adeudado, simplificando el procedimiento de cobro de la multa y compensando al concesionario el menor monto de la indemnización punitiva con la imposibilidad para el conductor remiso de renovar su permiso de circulación, si no la paga.

**La Superintendencia de Obras Públicas.** Originalmente, el ministro BITRÁN contempló, junto con las modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la creación de una Superintendencia de Obras Públicas, independiente del MOP y sometida a la supervigilancia del Ministerio de Economía<sup>180</sup>. Ella tendría la capacidad de aplicar directamente multas a los concesionarios ante infracciones a la ley, además del poder para representar al Ministerio de Obras Públicas la mala gestión en obras públicas fiscales, buscando la aplicación de sanciones a los funcionarios públicos responsables.

Esta Superintendencia tendría la misión de vigilar el mantenimiento de los niveles de servicio comprometidos por vía contractual o de acto administrativo, en las obras públicas. La Superintendencia de Obras Públicas asumiría, de esta forma, por completo la función de controlar la juridicidad de la actuación del concesionario y del contratista constructor de obras públicas, mientras que el MOP tendría exclusivamente la función de dirigir órdenes a los privados, diseñar y gestionar las obras públicas. El Inspector Fiscal pasaría a actuar como un *delegado del gobierno*, llamado a la negociación Estado-privado, a la búsqueda de acuerdos y a la dirección del contrato, con el fin de lograr la marcha expedita de la obra.

Este proyecto de ley fue retirado y reemplazado por otro, que hace depender a esta Superintendencia del propio MOP y elimina salvaguardas institucionales, transformando al Superintendente en un funcionario de confianza del Presidente de la República<sup>181</sup>. Este proyecto apuesta a seguir manteniendo el proceso de las concesiones de obras públicas bajo el control férreo del MOP, sin que exista una contraparte que ejerza control de juridicidad, lo que no resuelve el problema del control de juridicidad en las concesiones de obras públicas. Volveremos sobre este tema en el sexto capítulo y final de este trabajo.

---

la Corte Suprema, que mantuvo la aplicabilidad del artículo 42 de la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas y condenó al demandado a pagar más de \$85.000.000 por una deuda que originalmente ascendía a alrededor de \$2.000.000.

<sup>180</sup>Boletín 5304-09.

<sup>181</sup>Boletín 6366-09.

#### **4.3.1.3. Evaluación de la normativa aplicable a la concesión.**

La concesión de obras públicas está regida por una ley especial, el D.F.L. 900/1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas. A ella se suman su Reglamento, y, supletoriamente, la LBCASyPS y su Reglamento respectivo. A estas normas se debe agregar, como veremos, el Reglamento de Contratos de Trabajos de Consultoría del MOP, en lo relativo a la licitación de las asesorías a los Inspectores Fiscales. Todas estas leyes y reglamentos, junto con la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, las bases de licitación, las circulares aclaratorias y los convenios complementarios, más la legislación sectorial aplicable, constituyen la normativa que rige a los contratos de concesión de obra pública.

Además de estas normas, muchas otras leyes y reglamentos regulan la construcción de obras en general, tanto públicas como privadas, y son aplicables en buena medida a las obras públicas concesionadas. Las más importantes son:

1. La Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, en lo referente a la construcción propiamente tal de las obras, la obtención de permisos para obras contenidas y la normativa estructural y de materiales con que debe contar cada obra. Cabe señalar que las empresas concesionarias son responsables de la obtención de los permisos de construcción relevantes, si bien esto será analizado con profundidad en el próximo capítulo.
2. La Ley de Bases del Medio Ambiente y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en lo que respecta al posible ingreso del proyecto de obra pública concesionada al SEIA, así como del control que ejercerá la Superintendencia del Medio Ambiente sobre el cumplimiento de la eventual Resolución de Calificación Ambiental.
3. La Ley de Sociedades Anónimas, que rigen a las sociedades anónimas y las somete a la supervisión general de la Superintendencia de Valores y Seguros. También se deben considerar las circulares extendidas por la dicha Superintendencia.
4. El Código del Trabajo y el conjunto de directivas de la Dirección del Trabajo, en lo que respecta a la contratación de personal, el despido, la sindicalización y la normativa referente a seguridad en el trabajo.

La planificación de los proyectos concesionados debe considerar la normativa sectorial aplicable, y asegurar que ésta sea respetada. El concesionario, en este sentido, no goza de privilegios respecto

del sujeto normal de derecho privado que realiza un negocio sin asociarse con el Estado; no puede saltarse normas jurídicas de aplicación común.

#### **4.3.1.4. Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.**

El segundo hito, en el esquema del BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO, que un Estado debe cumplir para dar en concesión obras públicas, corresponde a la creación de instituciones encargadas del proceso de planificación y licitación de las concesiones, así como de su regulación y control. Estas funciones son coordinadas en Chile por una para-institucionalidad creada a través de resoluciones exentas y que, si bien jurídicamente tiene sólo la calidad de asesora del MOP y del Director General de Obras Públicas, en los hechos, se encarga de la supervisión completa de las concesiones de obra pública en Chile.

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO distingue varios tipos de instituciones *ad hoc* que un Estado puede crear para dar inicio a un proceso exitoso de asociación público-privada. Entre esta institucionalidad se cuentan las así llamadas Unidades de Implementación de Proyectos<sup>182</sup>, compuestas tanto de personal estatal como de privados asociados, que se encargan de monitorear el desempeño de los proyectos de asociación público-privada, manejar las licitaciones y delinear las condiciones económicas del contrato.

A esta descripción responde la Coordinación General de Concesiones, un órgano creado por resoluciones autónomas, que depende de la Dirección General de Obras Públicas, y cuyo fundamento legal se halla en las letras a) y g) del artículo 14 del DFL 850/1997 MOP, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

Artículo 14°.- Al Director General de Obras Públicas corresponderá:

a) Dirigir, coordinar y fiscalizar la labor de la Dirección General de Obras Públicas, de sus Servicios dependientes y de aquellos que les encomienda la ley.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10° podrá el Director General, en ejercicio de su facultad fiscalizadora, ordenar la instrucción de investigaciones sumarias o sumarios administrativos, por irregularidades cometidas en cualquiera de los Servicios mencionados en el artículo 13° y designar con tal objeto el Fiscal Instructor, el cual podrá pertenecer a la Dirección General o cualquiera de dichos Servicios;

g) Someter a la aprobación del Presidente de la República, con la anuencia del Ministro de Obras Públicas e informe del Ministerio de Hacienda, la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el sistema regulado en el art. 87;

---

<sup>182</sup>*Project Implementation Units, PIU.*

La Dirección General de Obras Públicas crea, en 1995, la figura del Coordinador General del Programa de Concesiones de Obras Públicas a través de la Resolución Exenta 549/1995 DGOP, que fija sus atribuciones. Posteriormente, en 2006, mediante las Resoluciones Exentas 2020/2006 DGOP y 3014/2006 DGOP, se modifica completamente la estructura de la Coordinación General de Concesiones, pasando a denominarse, primero, Dirección de Concesiones de Obras Públicas, y luego, simplemente, Coordinación de Concesiones de Obras Públicas<sup>183</sup>. La Coordinación es definida de la siguiente forma por dicha resolución exenta.

Artículo 2º, Resolución Exenta 2020/2006 DGOP. CRÉASE a contar de esta fecha y con carácter de funcional, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, dependiente de la Dirección General de Obras Públicas.

La Coordinación antes señalada, estará a cargo de un Coordinador, que dependerá del Director General de Obras Públicas para todos los efectos que tengan relación con las atribuciones que la ley otorga a éste.

**4.3.1.4.1. Orgánica.** La Coordinación de Concesiones de Obras Públicas tiene una estructura volátil, que tiene como únicos puntos de referencia normativa su dependencia del DGOP y su dedicación a las concesiones. Su estructura orgánica está configurada por una mezcla de resoluciones exentas e instrucciones privadas, que no han sido publicadas, y en algunos casos, ni siquiera escrituradas<sup>184</sup>. De acuerdo con CARTES, DOÑA Y ROJAS, el convenio *ad referendum* del Estado con el Coordinador de Concesiones<sup>185</sup>, y las resoluciones exentas ya citadas, las funciones de esta Coordinación son las siguientes<sup>186</sup>:

---

<sup>183</sup>Estas normas tienen un grado de opacidad inusual para ser normas que fijan la estructura orgánica de instituciones públicas. Su texto, para la elaboración de este trabajo, fue obtenido mediante una solicitud de información pública, a pesar de que la Ley 20.285 impone a la Administración la obligación de publicar en Internet aquellas normas que fundamenten su orgánica.

<sup>184</sup>Estas normas son: la resolución 549/1995 MOP, que reemplaza la antigua Dirección de Concesiones por un Coordinador General del Programa de Concesiones del MOP; las resoluciones exentas 1215/2005 DGOP, 140/2006 DGOP, 2020/2006 DGOP y 3014/2006 DGOP, que crean o remueven unidades en la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, y la resolución 3014/2006 MOP, que formaliza la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas como órgano público. Además de esto, hasta 2007, existían dos unidades aún no formalizadas vía decreto supremo o resolución exenta. Véase CARTES, F., DOÑA, J. y ROJAS, J. (2007) *Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.dipres.cl/574/articles-31756\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/574/articles-31756_doc_pdf.pdf))

<sup>185</sup>Decreto 164/2011 MOP, que aprueba el convenio *ad referendum* de don Jaime Ignacio Retamal Pinto, Coordinador General de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>186</sup>CARTES, DOÑA Y ROJAS realizan una advertencia en su informe de Evaluación Comprehensiva del Gasto que debe ser extendida también al lector y al revisor de este trabajo. «Las funciones y actividades detalladas en este numeral, al igual que la de otros aspectos de la evaluación mencionados pertinentemente, han sido obtenidas por el Panel Evaluador en reuniones sostenidas con personal de la CGC, la mayoría de las cuales no está respaldada por documento alguno, ya que la CGC no cuenta, según se informó al Panel, con manuales, documentos descriptivos o instructivos sobre tales aspectos operativos. Por lo tanto, el Panel no ha podido verificar la información obtenida por esta vía», *Ibíd.*, pág. 35

1. La ejecución de las políticas, planes, normas administrativas y financieras que defina el Ministro de Obras Públicas, en el área de las concesiones de obras públicas. La Coordinación de Concesiones, en estricto rigor, propondrá a la Dirección General de Obras Públicas políticas para ejecutar y supervisar las obras públicas concesionadas, dentro del marco legal y contractual aplicable.
2. La coordinación y supervisión de cada unidad de la propia Coordinación. Si bien depende del DGOP, la Coordinación de Concesiones es relativamente autónoma, y el Coordinador de Concesiones puede proponer al DGOP modificaciones a la organización, a fin de apoyar en mejor forma la operación del sistema de concesiones y la aplicación de políticas y planes de inversión de obras concesionadas<sup>187</sup>.
3. La elaboración de propuestas a la DGOP sobre los programas de licitaciones, estudios, proyectos y construcción de las obras en concesión y sus prioridades.
4. La confección y proposición a la DGOP del programa presupuestario anual que requiere la propia Coordinación de Concesiones y sus órganos dependientes.
5. La proposición a la DGOP de veredictos sobre la aceptación o rechazo de las iniciativas privadas de concesión de obras públicas.
6. La propuesta al DGOP de los criterios y normas de supervisión de los contratos en concesión. Aquí se incluye la unificación de los criterios de interpretación de las Bases de Licitación.

La estructura de la Coordinación de Concesiones es volátil, no sólo por tener un fundamento normativo tan exiguo, sino porque sus empleados corresponden, en una gran mayoría, a «funcionarios a honorarios», profesionales contratados a honorarios que tienen responsabilidades sobre ítemes presupuestarios. Ellos no son, jurídicamente, funcionarios públicos, por lo que no pueden administrar fondos públicos, ni mucho menos partidas presupuestarias completas. Ello crea una situación anómala que año tras año debe ser subsanada en la Ley de Presupuestos.

Artículo 22, Ley de Presupuestos 2011<sup>188</sup>. Los encargados de los programas presupuestarios previstos en esta ley que se encuentren contratados a honorarios, tendrán

---

<sup>187</sup>CARTES, DOÑA y ROJAS (2007) Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones, *op. cit.*, pág. 32.

<sup>188</sup>Esta disposición se ha repetido en las Leyes de Presupuestos desde 1996, si bien no con la misma numeración. Véase MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2003) *Sistema de Concesiones en Chile: 1990-2003*. Santiago de Chile: Gobierno de Chile [En línea] (<http://www.mop.cl/CentrodeDocumentacion/Documents/Concesiones/Sistema%20de%20Concesiones%20en%20Chile%201990-2003.pdf>)

la calidad de agentes públicos, con la consecuente responsabilidad penal y administrativa, y sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de su superior jerárquico.

Los *agentes públicos* que esta norma define deben rendir caución respecto de su administración de fondos públicos y sus contratos, así como las cauciones correspondientes a ellos, deben ser registrados en la Contraloría General de la República. Por su parte, la responsabilidad administrativa de esta unidad, en un sentido estricto, sólo alcanza al Director General de Obras Públicas, el funcionario público del cual depende la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas completa. Esto provoca, además, que todas las actuaciones en el mundo del Derecho Administrativo que deba hacer la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas se hagan a través del DGOP.

Esto hace imposible la aplicación a los empleados de la Coordinación de las normas del Estatuto Administrativo, que sólo confiere la calidad de funcionarios a aquellos contratados por la Administración en posiciones equivalentes a grados de la Escala Única de Sueldos. La naturaleza precaria del empleo que confiere la contratación a honorarios hace posible la desvinculación inmediata del personal por cualquier motivo<sup>189</sup>, a lo que se suma que, en los hechos, el Código del Trabajo tampoco es aplicable a estas personas<sup>190</sup>. Todo esto hace que la inseguridad laboral afecte las funciones de los operarios, particularmente en lo relativo a la supervisión de contratos de concesión, hecho que, según CARTES, DOÑA Y ROJAS, es sabido por los concesionarios.

La Coordinación de Concesiones de Obras Públicas está compuesta por el propio Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, por un Comité Ejecutivo asesor, formado por los jefes de cada división, y por una Unidad de Comunicaciones. Bajo estas unidades se encuentran siete divisiones.

1. División de Desarrollo y Licitación de Proyectos. Está compuesta por la Unidad de Desarrollo y Nuevos Proyectos y la Unidad de Licitación de Proyectos, y su función consiste en planear y gestionar los estudios necesarios para establecer la evaluación y viabilidad de un proyecto, para luego, proceder a la conducción de su licitación.
2. División de Construcción de Obras Concesionadas. La componen la Unidad de Gestión de Construcción y los Inspectores Fiscales de los contratos en etapa de construcción. Esta di-

---

<sup>189</sup>En 2010, la Coordinación de Concesiones estaba compuesta de 240 profesionales y técnicos, de los cuales 213 eran empleados a honorarios y sólo 27 funcionarios a contrata. Véase COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2010) *Balance de Gestión Integral*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.dipres.gob.cl/574/articles-75309\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/574/articles-75309_doc_pdf.pdf)), pág. 3

<sup>190</sup>CARTES, DOÑA Y ROJAS (2007) Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones, *op. cit.*, pág. 42.

visión efectúa el seguimiento y evaluación continua de la construcción de obras, en base a las especificaciones técnicas de construcción y al cumplimiento de las condiciones de los contratos.

3. División de Explotación de Edificación Pública. La conforma la Unidad de Gestión de Edificios Públicos y los Inspectores Fiscales de contratos de concesión de edificios públicos en etapa de explotación.
4. División de Explotación de Obras Viales: Está formada por la Unidad de Gestión de Obras Viales y los Inspectores Fiscales de los contratos de concesión de obras viales en etapa de explotación. Esta división y la anterior realizan el seguimiento y evaluación permanente de las condiciones contractuales de explotación de las obras.
5. División de Coordinación Técnica: Está integrada por la Unidad de Medio Ambiente y Territorio; la Unidad de Demanda y Evaluación Social; la Unidad de Expropiaciones; la Unidad de Ingeniería; la Unidad de Auditoría, y por la Unidad de Innovación y Desarrollo Tecnológico.
6. División de Administración y Presupuesto. Está conformada por las respectivas unidades de Administración y Presupuesto, y es la unidad que se encarga de administrar los fondos asignados por el Estado a las obras dadas en concesión, fondos que son directamente entregados mediante una partida especial de la Ley de Presupuestos.
7. División Jurídica. La integran la Unidad de Análisis de Contratos de Concesión; la Unidad de Defensa Judicial; la Unidad Jurídica de Proyectos; la Unidad Jurídica de Construcción y Explotación, y la Unidad Jurídica de Administración. Las tres últimas unidades apoyan a las cuatro primeras en lo referente a la planificación, licitación y control de los contratos de concesión<sup>191</sup>.

Además de las divisiones de Coordinación Técnica, Administración y Presupuesto y Jurídica, las cuatro primeras divisiones pueden, en proyectos complejos, obtener la ayuda de otras Direcciones dependientes de la Dirección General de Obras Públicas, como la Dirección de Vialidad, la Dirección de Obras Hidráulicas y la Dirección de Aeropuertos, que juega un rol especial en las concesiones aeroportuarias.

---

<sup>191</sup>CARTES, DOÑA y ROJAS (2007) Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones, *op. cit.*, págs. 32, 36.

Cada concesión es manejada de forma compartimentada, de acuerdo a la fase de avance en que esté el proyecto. Se procura que el jefe de proyecto que estuvo a cargo del estudio y licitación de un proyecto determinado se mantenga en él, como inspector fiscal. Lo llamativo del control interno de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas es que, al no existir un reglamento que fije la estructura de dicha Coordinación, la reorganización de las funciones es fácil y dinámica, alcanzándose desempeños superiores a reparticiones públicas con estructuras fijas, al menos, de acuerdo con los indicadores de desempeño de la propia Coordinación<sup>192</sup>.

**4.3.1.4.2. Resto del control interno.** El control interno de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas es auditado tanto por la Unidad de Auditoría Interna de la Dirección General de Obras Públicas como por la Contraloría General de la República, en su función de auditor externo, además de por la Dirección de Presupuestos, en la auditoría conjunta del control interno y de gestión correspondiente a la Evaluación Comprehensiva del Gasto<sup>193</sup>. Sin embargo, la auditoría externa de la Contraloría General de la República estará necesariamente afectada por la falta de sustento jurídico de la estructura de la Coordinación.

La Coordinación de Concesiones de Obras Públicas no mantenía, hasta hace poco, sistemas de información centralizada que permitieran conocer el desempeño de cada uno de los contratos de concesión, siendo manejada esa información, muchas veces, en archivos privados de los propios inspectores fiscales que corrían riesgo de perderse o alterarse ante cambios de personal o de empresa asesora contratada. Sin embargo, desde 2008 a la fecha, ha comenzado la implementación, por la vía de concurso público, de un Sistema de Información de Contratos en Explotación, cuya total puesta en marcha ocurrió en 2010. Esto, unido a la expansión de las funciones del Servicio de Documentación y Archivo del MOP, ha cubierto las necesidades de esta Coordinación respecto al archivo de sus operaciones.

Esta Coordinación no ha generado manuales de procedimiento ni manuales de buenas prácticas, aunque sostiene que los manuales de procedimiento son las bases de licitación mismas, que reciben mejoras de acuerdo con la experiencia previa de la propia Coordinación.

---

<sup>192</sup>Esta afirmación está respaldada con investigación propia, que consistió en la entrevista con 4 inspectores fiscales distintos y con el Departamento Jurídico de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>193</sup>Como puede apreciarse, parte de este trabajo se basa en la investigación de CARTES, DOÑA Y ROJAS, que es un informe final de Evaluación Comprehensiva del Gasto para la evaluación del Programa «Administración Sistema de Concesiones». Este proceso es manejado por la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS (Véase la sección 3.5.4.3.3).

**4.3.1.4.3. Control de gestión.** En lo que respecta al control de gestión, la acción de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas se enmarca dentro del Programa de Administración del Sistema de Concesiones, integrado en el proceso presupuestario llevado adelante por la Dirección de Presupuestos. Su presupuesto, en tanto, proviene de las Rentas Generales de la Nación y viene incorporado en un clasificador único, separado del resto de la DGOP<sup>194</sup>.

Los objetivos estratégicos que el servicio se ha trazado, de acuerdo con su último Balance de Gestión Integral, son los siguientes:

- «1. Impulsar el crecimiento económico y calidad del vida del país a través de la provisión de servicios de infraestructura concesionada, en el marco de la asociación pública privada (*sic*), que impulsen la integración territorial, social y cultural del país.
2. Contribuir a la protección del medio ambiente en la ejecución de las obras y servicios de infraestructura concesionada, a través del cumplimiento de las políticas y normativas medioambientales.
3. Lograr estándares de eficiencia en el uso de los recursos en la gestión de los proyectos concesionados»<sup>195</sup>.

Los indicadores de desempeño de la Coordinación de Concesiones, proporcionados en el contexto de los Planes de Mejoramiento de la Gestión Pública de la Dirección de Presupuesto y que, por ende, deben ser coherentes con los objetivos aquí fijados, versan principalmente sobre el tiempo de respuesta a las solicitudes de los usuarios, el porcentaje de proyectos planificados efectivamente licitados y el cumplimiento de los plazos establecidos en los contratos de concesión por el MOP. Sin embargo, según CARTES, DOÑA Y ROJAS, no entregan una visión completa de la verdadera eficiencia de la gestión realizada por la Coordinación, ya que se omiten variables esenciales en la evaluación, como la contabilización real de los costos en que incurre el Estado para realizar una obra concesionada, y su evaluación real por parte de la Coordinación de Concesiones para preferir la concesión a la construcción de la obra como pública fiscal.

**4.3.1.4.4. Control democrático.** La Ley de Presupuestos 2011, además de establecer el presupuesto de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, establece controles políticos, a través de la necesidad de entregar cierta información a la Comisión Mixta Especial de Presupuestos. La CCOP debe proporcionar a la DIPRES y a la Comisión Mixta Especial de Presupuestos, además

<sup>194</sup>En la Ley de Presupuestos 2011, el clasificador recibe el nombre de Administración del Sistema de Concesiones, partida 12, capítulo 02, programa 08.

<sup>195</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2010) Balance de Gestión Integral, *op. cit.*, pág. 35.

de sus Balances de Gestión Integral, información específica sobre ciertos aspectos de la gestión de las concesiones que sean de interés, tanto para DIPRES, como para el Parlamento.

La Ley de Presupuestos obliga a la Coordinación de Concesiones a proveer información no tan sólo a esta Comisión Mixta Especial de Presupuestos, sino que a ciertas subcomisiones especiales, generadas en el seno de dicha Comisión Mixta Especial, que realizan el seguimiento, no tan sólo de materias presupuestarias, sino que de situaciones que con anterioridad fueron objeto de comisiones investigadoras parlamentarias<sup>196</sup>.

La Coordinación de Concesiones debe publicar su normativa constitutiva, la nómina de sus profesionales contratados a honorarios y su organigrama, así como toda la información exigida por la Ley 20.285, de la forma ya señalada para las organizaciones públicas y debe mantener una Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias para responder a las solicitudes y reclamos de la ciudadanía. Sin embargo, al no tener una existencia jurídica más allá de las resoluciones exentas del DGOP, no es claro si debe cumplir o no con las exigencias de la Ley de Bases de la Participación Ciudadana.

**4.3.1.4.5. Control de juridicidad.** En lo referente al control de juridicidad de sus actuaciones, la Coordinación de Concesiones posee una unidad jurídica, que se encarga, entre otras cosas, de revisar la conformidad interna de los procedimientos a derecho y de preparar los aspectos jurídicos de las bases de licitación. Las resoluciones que aprueban las Bases de Licitación son tramitadas a través de la Dirección General de Obras Públicas, que deben ser tomadas de razón por Contraloría. Por su parte, los decretos que adjudican las licitaciones son firmados por el Ministro de Obras Públicas, y ellos también deben ir a toma de razón.

Sin embargo, como se ve, la estructura orgánica y las funciones de la Coordinación de Concesiones están basadas en una situación normativa de excepción que debe regularizarse año tras año, en la contratación de «funcionarios a honorarios» completamente anómalos, y en instrucciones privadas y contratos a honorarios que no tienen siquiera la jerarquía de decretos supremos. Esto atenta contra el principio de legalidad orgánica de la Administración, algo que ni siquiera se ve morigerado

---

<sup>196</sup>La obligación de informar establecida en la Ley de Presupuestos 2011, respecto de las concesiones carcelarias, es una respuesta a la Comisión Investigadora que se formó en 2008, a propuesta del senador Alejandro Navarro Brain. Véase CÁMARA DE DIPUTADOS (2008) *Informe de la Comisión Especial Investigadora del proceso de concesiones carcelarias*. Valparaíso, Chile [En línea] (<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN>).

por la facilidad que la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas le da al propio MOP para reestructurar las direcciones a través, precisamente, de decretos supremos<sup>197</sup>.

#### **4.3.1.5. Consultas a los detentadores de posiciones de interés<sup>198</sup>.**

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO distingue entre varios grupos de interesados en las concesiones: el Estado, que es la entidad concedente; los inversores, que son quienes postulan a la licitación y, que, eventualmente, se la adjudicarán; y los privados sin fines de lucro, en donde hay un rango de opiniones ambivalentes sobre el proyecto, que van desde los empleados de las empresas inversoras, pasando por los clientes de la obra, hasta los ciudadanos afectados por ella y las organizaciones ciudadanas de defensa del medio ambiente. La consulta a todos estos interesados es esencial para el éxito de una concesión, debido a que:

1. La consulta inadecuada, o inexistente, a los interesados, incrementa los riesgos de que exista una oposición. La oposición se suele manifestar tarde en el proceso de concesión, conduciendo a incrementos de costos, demoras, o incluso, a la cancelación del proyecto.
2. Los interesados proveen a las partes involucradas en la asociación público-privada de información valiosa para mejorar el diseño del proyecto. Por su parte, la participación ciudadana vinculante en el diseño de la concesión genera un sentimiento de pertenencia respecto a la obra concesionada, que facilita la aplicación de soluciones innovadoras y disminuye los costos del proyecto.
3. El apoyo del público y el entendimiento de la agenda de reforma del Estado asegura el compromiso de los políticos con el proceso.
4. La diseminación de información ayuda, por su parte, a fomentar la credibilidad de los privados asociados al proyecto<sup>199</sup>.

No existe un proceso institucionalizado de consulta ciudadana en el proceso de diseño de las obras dadas en concesión, algo que se espera mejore con la implementación de los procedimientos de

<sup>197</sup> Artículo 5, letra h), Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas

<sup>198</sup> *Stakeholders*. Una traducción cercana sería «interesados» en el sentido del artículo 21 de la LBPA, pero no es una traducción exacta.

<sup>199</sup> FELSINGER y MIRANDA (2004) *Public-Private Partnership Handbook, op. cit.*, págs. 20, 21.

participación exigidos por la LBPC. La participación ciudadana se limita al cumplimiento de las exigencias de la Ley de Bases del Medio Ambiente; además de a las reuniones organizadas por la sociedad concesionaria y por el Inspector Fiscal, éstas últimas, que dependen sólo de su voluntad.

#### **4.3.1.6. Estudios de prefactibilidad y confección de prospectos de negocio.**

La regla general para construir obras bajo el sistema de concesiones es que su planificación e iniciativa corra por cuenta del Estado, luego de un diagnóstico que determine, tanto la presencia de un déficit de infraestructura en un área determinada, como la necesidad de construir dicha infraestructura bajo el sistema de concesiones. Esto involucra, además, comparar los resultados de una hipotética construcción bajo concesión de una obra pública con su construcción bajo el esquema de obra pública fiscal.

La vida de los proyectos de iniciativa pública comienza en el Consejo de Concesiones, que fija las decisiones respecto a las obras públicas concesionadas. Este Consejo informa al Ministerio de Obras Públicas de las obras que deben realizarse<sup>200</sup>. El Consejo de Concesiones está compuesto por personas que, si bien deben cumplir con los requisitos del artículo 1 *bis* de la LCOP, son de libre designación y remoción por el Ministro de Obras Públicas, el que además, es parte del propio Consejo. Se trata, por ende, de un consejo que da un respaldo técnico a las decisiones políticas tomadas respecto de la concesión de obras públicas.

El Consejo de Concesiones encarga a la CCOP el estudio de los proyectos cuya ejecución se desea. La Coordinación de Concesiones mantiene estos proyectos en una cartera, donde se mezclan proyectos en etapas preliminares de estudio con proyectos completamente estudiados. Todo el proceso relativo a la integración de dicha cartera, a la entrada y la salida de proyectos, respondía, hasta la ley 20.410, a decisiones políticas con un gran grado de opacidad, nula formalidad en el procedimiento y sin reglas que determinen objetivamente cuáles proyectos deben permanecer y cuáles deben salir de dicha cartera. La ley 20.410 mejora en algo la situación, al ser publicadas las sesiones del Consejo de Concesiones en el Internet.

A priori, no se exige una coordinación mayor entre la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas y las Direcciones del MOP. Sin embargo, esta función es llevada a cabo, indirectamente, por

---

<sup>200</sup> Artículo 1 *bis*, Ley de Concesiones de Obras Públicas; Artículo 101, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

la propia institucionalidad de la DGOP. Todos estos mecanismos de coordinación, no obstante lo anterior, carecen de una institucionalización en la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, siendo regulados por resoluciones exentas.

El estudio de los proyectos concesionados de iniciativa pública corresponderá a la División de Desarrollo y Licitación de Proyectos de la Coordinación de Concesiones. La CCOP designará un Jefe de Proyecto, quien tendrá a cargo además la labor de contactarse con los potenciales afectados por la obra a dar en concesión, comunicándose con los gobiernos locales y con las juntas de vecinos del área de influencia del proyecto. Estos estudios, de acuerdo con el grado de avance que muestren, pueden ser:

1. Estudios de prefactibilidad. La CCOP entrega una opinión preliminar respecto del proyecto cuya revisión se encarga, basada en un estudio simplificado que considera el impacto social de la obra, su interés sectorial, su calidad de innovador y su factibilidad técnica y económica. Si el estudio de prefactibilidad es favorable, la Coordinación de Concesiones emitirá un informe favorable, o Declaración de Interés Público.
  - a) El estudio de prefactibilidad se encarga, a través de un contrato de prestación de servicios, a una empresa privada. Ella emite un informe al MOP con los acápites ya señalados, debiendo estudiarse y evaluarse varias alternativas de diseño del proyecto.
  - b) Para fiscalizar el desarrollo del contrato de prestación de servicios ya mencionado, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas nombrará a un inspector fiscal. Este inspector fiscal es la persona que, desde este momento, tendrá el destino del proyecto en sus manos, y será quien maneje todos sus detalles. En esto, el sistema de la CCOP es similar a las Unidades de Implementación de Proyectos del derecho comparado.
2. Estudio del negocio. La Declaración de Interés Público sirve de fundamento para que la Coordinación de Concesiones estudie en profundidad el proyecto, ya sea con sus propios profesionales, o mediante la contratación de asesores externos. Estos estudios se centrarán en lo siguiente.
  - a) Rentabilidad social de la obra. Es necesario que todos los proyectos estatales cuenten con un informe favorable del Ministerio de Desarrollo Social, respecto de la rentabilidad social del proyecto<sup>201</sup>. Por esto, se encargan estudios que evalúen el impacto

---

<sup>201</sup>Sobre la evaluación de rentabilidad social de los proyectos concesionados, véase la página en la página 121.

social de la obra concesionada, existiendo una comunicación formal entre la División de Desarrollo y Licitación de Proyectos con el Ministerio de Desarrollo Social<sup>202</sup>.

- b) Análisis financiero y económico. Para esto, la División de Desarrollo y Licitación de Proyectos se comunicará con el Ministerio de Hacienda. En los hechos, se producen reuniones constantes de coordinación entre los profesionales de la Coordinación y del Ministerio de Hacienda, buscando consensos sobre las condiciones económicas de los proyectos a concesionar.
- c) Evaluación preliminar del impacto ambiental del proyecto. Esto se realiza a través de comunicaciones vía memorándum entre la División de Desarrollo y Licitación de Proyectos y los órganos con competencia ambiental.
- d) Expropiación. Se evalúan preliminarmente las necesidades de terreno fiscal del proyecto a construir, y se traza el plano de expropiación, sobre la ubicación que, se espera, tenga la obra pública a dar en concesión.

3. Confección del Prospecto de Inversión. Una vez todos estos análisis han sido realizados, la CCOP elabora un *prospecto de inversión*, definido en el artículo 3° del RLCOP como el «documento elaborado por el MOP que resume las características técnicas de la obra que se desea entregar en concesión, las condiciones del servicio que se prestará y los montos aproximados de inversión». Este documento permite a los potenciales inversionistas evaluar, a su vez, su participación o no en procedimientos licitatorios ligados a la obra en estudio.

Todo este proceso se lleva adelante en la más absoluta informalidad. No existen normas jurídicas que fijen requisitos, plazos o procedimientos de actuación, ni, mucho menos, manuales de procedimiento o leyes que regulen esta materia<sup>203</sup>. Una vez concluye el estudio del negocio y se confecciona el Prospecto, el Ministro de Obras Públicas, previa consulta al Consejo de Concesiones<sup>204</sup>, emitirá una Declaración de Interés Público del proyecto.

---

<sup>202</sup>Según ENGEL *et al.*, el proceso ha sido subvertido por el Ministerio de Obras Públicas. El MOP ha ocultado partes importantes de los proyectos al MIDEPLAN, para luego restituirlos a través de convenios complementarios con el concesionario adjudicatario, no sujetos a evaluación de rentabilidad social alguna. Véase ENGEL, E., FISCHER, R. y GALETOVIC, A. (2003) Privatizing highways in Latin America: Is it possible to fix what went wrong? En *Economía*, 4, Nr. 1 [En línea] (<http://muse.jhu.edu/journals/economia/v004/4.1engel.pdf>), pág. 13.

<sup>203</sup>Todas estas críticas fueron formuladas en la Evaluación Comprehensiva del Gasto encargada por la DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS. Véase CARTES, DOÑA y ROJAS (2007) Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones, *op. cit.*, pág. 23

<sup>204</sup>Artículo 1 *bis*, letra c), primera serie de letras, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Desde el momento en que esta declaración se emite, el proyecto se entenderá presentado al sistema de obras públicas concesionadas y comenzará a transcurrir el plazo de 1 año señalado en el artículo 2° de la LCOP.

#### **4.3.1.7. La iniciativa privada.**

Existe, además, un procedimiento de presentación de iniciativas privadas para ejecutar obras por el sistema de concesión. Este sistema está cuidadosamente normado en el artículo 2° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en los artículos 4° al 12° de su respectivo Reglamento. Los aspectos más relevantes de este procedimiento son los siguientes.

1. Presentación. Se contemplan dos etapas en el RLCOP: la «presentación» propiamente tal, en donde el anteproyecto es presentado y definido como de interés público, y la «proposición», en la cual será el proponente quien realice los estudios de rentabilidad social, análisis económico y financiero, evaluación preliminar de impacto ambiental y expropiación. Mientras la primera etapa corresponde a lo que aquí llamamos *fase de planificación*, la segunda es netamente parte de la *fase de preparación* del proyecto, y tiene una incidencia real en la subsecuente licitación.
  - a) Cualquier persona, tanto natural como jurídica, puede presentar proyectos para ser estudiados.
  - b) Los proyectos presentados no pueden ser proyectos que el Ministerio de Obras Públicas esté estudiando, o proyectos presentados por otro privado con anterioridad. El MOP debe mantener información, por ende, sobre cuáles proyectos caben dentro de estas situaciones.
2. Requisitos de la presentación. Los requisitos aquí reseñados son análogos a los estudios que realiza la CCOP de forma previa a la Declaración de Interés Público, respecto de los proyectos de iniciativa pública. Se requiere que todos los antecedentes aquí señalados tengan respaldos documentales.
  - a) Identificación. El postulante debe identificarse con sus datos personales y su R.U.T. o cédula de identidad. Asimismo, debe señalarse el nombre y tipo del proyecto, así como los servicios que se prestarían y las obras que se entregarían en concesión.

- b) Expropiación: Se deben indicar los terrenos cuya expropiación sería necesaria.
  - c) Análisis ambiental general. El postulante debe señalar la ubicación geográfica y el área de influencia del proyecto, junto con acompañar un análisis preliminar que determine la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental de la iniciativa.
  - d) Evaluación social general. También se debe acompañar un análisis del impacto social del proyecto, considerando en él la presencia o ausencia de alternativas no tarifadas al proyecto.
  - e) Análisis financiero y económico preliminar. Se debe acompañar, finalmente, junto con un prospecto financiero preliminar, la estimación de la demanda esperada, un análisis de los riesgos asociado a la iniciativa y un estudio de la inversión esperada y de los costos proyectados, todo, con las variaciones estimadas a lo largo del plazo que tendría la concesión.
  - f) Solicitud de ampliación del plazo de estudios. Esto es opcional, y se refiere a la posibilidad de ampliar el plazo de estudios de acuerdo a lo establecido en el inciso 4° del artículo 2° de la LCOP<sup>205</sup>.
3. Clasificación. El Ministerio de Obras Públicas clasificará los proyectos en tres tipos de categorías diferentes, para asignarles incentivos distintos en una licitación posterior.
- a) Proyectos con una inversión estimada de hasta 300.000 U.F.
  - b) Proyectos con una inversión estimada de entre 300.001 y 800.000 U.F.
  - c) Proyectos con una inversión estimada de más de 800.000 U.F.
4. Consultas públicas y resolución.
- a) El Ministerio de Obras Públicas puede elevar en consulta el proyecto ante el Ministerio de Planificación y el Ministerio de Hacienda para recabar más detalles.
  - b) Una vez presentado el proyecto, y luego de transcurrido un plazo inicial de 10 días donde el proyecto presentado puede ser rechazado por vicios de forma, el Ministro de Obras Públicas, previa consulta al Consejo de Concesiones<sup>206</sup>, tendrá 45 días para determinar si existe o no un interés público en el proyecto.

<sup>205</sup>Dicho texto legal limita la ampliación a aquellos proyectos de iniciativa privada que sean de gran envergadura, de gran complejidad técnica, o que involucren una gran inversión inicial. Requiere además que la ampliación del plazo de estudios sea solicitada expresamente.

<sup>206</sup>Artículo 1 *bis*, letra a), primera serie de letras, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

- 1) De haber una respuesta afirmativa, el Ministerio de Obras Públicas emitirá una Declaración de Interés Público, que permite al privado avanzar a la siguiente fase. En ella, el privado realizará estudios adicionales que conducirán a la confección de Bases de Licitación, para la licitación del proyecto y la entrega del premio por iniciativa privada que la ley contempla. La resolución que declare el interés público que concita el proyecto debe contener, además de esta declaración:
  - a'* Los estudios mínimos que se deben entregar.
  - b'* El monto y el procedimiento de constitución de una garantía de seriedad de la proposición, relativa a dichos estudios.
  - c'* Los plazos para la entrega de informes parciales y el informe final de la proposición.
  - d'* La designación de un Inspector Fiscal, que representará los intereses del MOP ante el concesionario en la etapa de proposición.
- 2) Una respuesta negativa, en tanto, significa que el proyecto podrá ser presentado de nuevo cuantas veces se desee. Sin embargo, si el proyecto es presentado de nuevo inmediatamente después de su rechazo, el MOP podrá demorar su resolución hasta 1 año después de la segunda presentación.

La iniciativa privada ha reemplazado, de acuerdo con CARTES, DOÑA Y ROJAS, el análisis y la planificación públicas de las obras, salvo ciertas iniciativas integradas y solicitadas por el gobierno central, como lo fueron en 2001 las cárceles concesionadas, o como lo son hoy los hospitales concesionados<sup>207</sup>.

#### **4.3.1.8. Plan de Concesiones de Obras Públicas.**

Todos los proyectos aprobados, que de esta forma avanzan a la fase de preparación, son incorporados en un Plan de Concesiones, compuesto por proyectos que próximamente serán licitados. La incorporación de proyectos a este plan es absolutamente fragmentaria, y toma en cuenta tanto las decisiones políticas de entregar en concesión obras determinadas (como fue el caso de las cárceles, como está ocurriendo con los hospitales, y como se espera próximamente en el caso de las escuelas), además de las iniciativas privadas.

<sup>207</sup>CARTES, DOÑA Y ROJAS (2007) Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones, *op. cit.*, pág. 39.

El Ministro de Obras Públicas no está obligado a ceñirse, en la confección del Plan de Concesiones de Obras Públicas, a la planificación nacional que realiza la Dirección de Planeamiento del MOP, ni tampoco de ceñirse a los planes nacionales de desarrollo elaborados por el Ministerio de Planificación, más allá de los propios informes de rentabilidad social que dicho ministerio suministra. Esta libertad relativa respecto de los planes estatales está dada por la posibilidad de los privados de presentar obras para ser ejecutadas bajo este sistema por la vía de la iniciativa privada.

Si bien, teóricamente, cualquier persona puede presentar una obra para que sea evaluada por el MOP, el sistema no está diseñado para que el sector privado sin fines de lucro proponga proyectos de beneficio social al Estado, para que éste, a su vez, estudie su realización a través del sistema de concesiones. Si bien esta posibilidad aparece contemplada indirectamente en la Constitución a partir del *derecho de petición*<sup>208</sup>, el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas exige al proponente la realización de todos los estudios, le impone la obligación de constituir garantías de seriedad de la oferta, y otorga premios al proponente en la licitación que son irrelevantes para un ciudadano que desea proponer una obra.

No nos parece irracional un sistema donde se realicen verdaderos «proyectos de iniciativa pública previa instancia particular»; proyectos presentados por ciudadanos y llevados adelante como iniciativas públicas, sin que nadie obtenga premio alguno en la licitación subsecuente.

#### **4.3.2. Fase de preparación o proposición.**

En todos los casos, la fase de preparación o proposición comienza con la Declaración de Interés Público de la obra, que implica la definición previa de la concordancia entre el proyecto a dar en concesión con la estrategia del MOP, y una toma de decisión afirmativa respecto de ejecutar un proyecto determinado bajo el sistema de concesiones de obras públicas. La proposición requiere que en la fase de planificación se haya consultado previamente a los interesados en la obra, y que exista previamente un Plan de Concesiones de Obras Públicas que guíe la propuesta a realizar. De esta fase son propios, en este orden:

1. El Estudio de Factibilidad, los Proyectos Referenciales de Ingeniería y el Estudio Referencial de Impacto Ambiental, si es que procede. Ambos delimitan las características definitivas

---

<sup>208</sup>El artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República señala: «La Constitución asegura a todas las personas: 14° El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;»

que tendrá el proyecto.

2. Las Bases de Precalificación y el procedimiento de precalificación. Esto sirve para generar un Registro Especial, que reunirá a los postulantes que son capaces de llevar adelante la obra a construir, y que les permitirá influir en la elaboración de las Bases de Licitación definitivas.
3. La confección definitiva de las Bases de Licitación. Ellas son los términos que se imponen a quien se adjudica la concesión, e incluyen la descripción detallada del proyecto a construir.

Esta fase concluye con el *anuncio*. Cuando existe una etapa previa de precalificación, lo normal es que el anuncio se produzca, simplemente, a través de una carta a los oferentes precalificados para avisarles la fecha y hora de la ceremonia de recepción de las ofertas. Una vez esto se produce, el proceso de licitación continúa de forma análoga a aquellas licitaciones públicas regidas por la LBCASyPS.

Siguiendo a ENGEL, FISCHER Y GALETOVIC, esta fase está completamente llena de actuaciones secretas y carentes de cualquier tipo de control<sup>209</sup>, opinión que se suma a la de CARTES, DOÑA Y ROJAS. Desde la reforma constitucional de 2005, el secreto de estas actuaciones ha pasado a ser inconstitucional, a lo que se suma la consistente jurisprudencia que ha mostrado hasta ahora el Consejo para la Transparencia. Sin embargo, el ejercicio por parte de la ciudadanía de atribuciones de control respecto de estas actuaciones está coartado, dado que el MOP mantiene un secreto sobre ellas para brindar seguridad a los licitantes.

#### **4.3.2.1. Estudio de factibilidad del proyecto.**

Sobre la base del estudio de prefactibilidad ya realizado, una vez el Ministerio de Obras Públicas toma la decisión de declarar un proyecto como *de interés público*, se encargan estudios adicionales respecto del mismo. Se analizan con detención los impactos sociales, junto con determinar la necesidad de presentar o no el proyecto concesionado al SEIA. Esto se encarga, a través de un nuevo contrato de prestación de servicios, a una empresa que usualmente es distinta a aquella que realizó el estudio de prefactibilidad.

El Inspector Fiscal de este contrato de prestación de servicios será, usualmente, la misma persona que inspeccionó el contrato por el cual se hizo el estudio de prefactibilidad. Idealmente, esta

---

<sup>209</sup>ENGEL, FISCHER y GALETOVIC (2003) Economía, *op. cit.*

persona, que, en los hechos es el amo y señor del proyecto en esta fase, va a ser designada en la subsecuente fase de construcción como el Inspector Fiscal de construcción, siguiéndose toda una secuencia.

Como parte del estudio de prefactibilidad, el Ministerio de Obras Públicas puede encargar la realización de varios tipos de jornadas de participación ciudadana. Ellas pueden ir, desde encuestas, pasando por jornadas de exposición del proyecto en terreno, hasta reuniones con la comunidad, para modificar los trazados del proyecto.

#### **4.3.2.2. Proyectos Referenciales de Ingeniería de Detalle.**

Los Proyectos Referenciales de Ingeniería de Detalle son elaborados por las Direcciones del MOP relevantes para la obra a dar en concesión, que son dirigidas por la División de Coordinación Técnica de la CCOP. En muchos casos, se contrata para la realización de estos proyectos a empresas privadas, contratos que se regirán íntegramente por la LBCASyPS, su Reglamento, y el Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP<sup>210</sup>.

En estos casos, los Inspectores Fiscales de dichos contratos se vincularán con la Dirección respectiva del MOP, la que, en la mayoría de los casos, será la Dirección de Arquitectura. Los Proyectos Referenciales de Ingeniería de Detalle deberán, en cualquier caso, estar listos antes de que la obra sea licitada, esto, con el objeto de que los oferentes, en el proceso de licitación, puedan estimar apropiadamente sus costos<sup>211</sup>.

#### **4.3.2.3. Estudio Referencial de Impacto Ambiental.**

El Estudio Referencial de Impacto Ambiental es aquel estudio que fija las medidas de mitigación mínimas con las que la obra dada en concesión debe cumplir, y que exige al concesionario, y al MOP, la confección de un Plan de Manejo Ambiental. Este estudio, como el resto de las evaluaciones preliminares, puede ser realizado por el MOP directamente, o encargado a una firma externa.

---

<sup>210</sup>El procedimiento específico relativo a los contratos de asesoría al Ministerio de Obras Públicas regidos por el Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría se revisará en el capítulo próximo, al hablar de los contratos de Asesoría a las Inspecciones Fiscales.

<sup>211</sup>Véanse las páginas 253, en lo referente a los contratos de asesoría normados por el Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP, y 355, en lo relacionado a los problemas presentados en la concesión del Centro de Justicia, precisamente sobre este punto. Véase también CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009b) *Informe Final de Auditoría 25/2009, a la obra pública concesionada Centro de Justicia de Santiago*. Santiago de Chile.

Este estudio referencial adquirirá verdadera fuerza positiva cuando el MOP presente el proyecto ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental contemplado en la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente, en los casos señalados en los artículos 10 y 11 de la LBMA, algo que, teóricamente, debe hacerse apenas la resolución que aprueba las Bases de Licitación se encuentre totalmente tramitada.

El SEIA contempla dos procedimientos para el ingreso de proyectos. Uno es el ingreso vía Declaración de Impacto Ambiental, establecido para proyectos que cumplen con la normativa vigente y no producen impacto ambiental significativo. El otro, que es el ingreso vía Estudio de Impacto Ambiental, es el indicado para aquellos proyectos que causan un impacto mayor al medio ambiente. Este último procedimiento contempla la posibilidad de incorporar al proyecto medidas de mitigación, reparación y compensación del impacto ambiental causado por la obra. El control del cumplimiento de las consideraciones ambientales de las Bases de Licitación, corresponderá no sólo al Inspector Fiscal, que fiscalizará el cumplimiento de este plan por el MOP, sino que a la Superintendencia del Medio Ambiente, que podrá iniciar procesos sancionatorios contra la concesionaria y el MOP a la vez.

Es raro, y responde a una situación irregular, que la concesionaria sea quien deba hacer ingresar el proyecto de la obra dada en concesión al SEIA en lugar del Ministerio de Obras Públicas. Sin embargo, las medidas de mitigación que exija la Resolución de Calificación Ambiental que dictará la Comisión del artículo 86° de la LBMA, deben ser implementadas por el concesionario.

#### **4.3.2.4. Iniciativa privada. Etapa de proposición.**

Los artículos 7, 8 y 9 del RLCOP establecen la tramitación de las iniciativas privadas, una vez ellas reciben la Declaración de Interés Público que les permite continuar con su tramitación. Esta Declaración de Interés Público, entre otras cosas, contiene los estudios que el privado debe realizar, entre los que se cuentan el Proyecto de Ingeniería de Detalle Referencial y el Estudio de Impacto Ambiental Referencial. La realización de estos estudios es asegurada por medio de una garantía de realización de los estudios, cuyo monto y forma de constitución varía dependiendo de la entidad del proyecto, y se señala en todo caso en la Declaración de Interés Público misma.

Los estudios terminados son presentados ante el MOP, junto con una actualización de la presentación y con una copia de la Declaración de Interés Público, constituyendo todos estos documentos

la *proposición*, que queda en manos del MOP para su licitación.

En principio, los gastos de la proposición son reembolsables en todos los casos, salvo en el más frecuente: que el proponente se adjudique la obra en la licitación posterior. Para hacer operativo el reembolso, el proponente debe presentar un presupuesto con los costos en que incurrió, en un plazo de 30 días desde que la proposición es presentada. Si la proposición, una vez licitada por el sistema de concesiones de obras públicas, no es adjudicada, o si no es licitada en definitiva, fuere cual fuere la razón por la que esto sucediere, los gastos serán reembolsados al proponente por el MOP. En tanto, si la licitación tiene lugar, pero es ganada por otro privado, será él quien pague al proponente el costo de los estudios.

El MOP adquirirá la propiedad de la idea presentada cuando la proposición es aprobada, lo que ocurrirá en el plazo de un año contado desde que es presentada. La proposición se remite al Ministerio de Hacienda para su conocimiento, si bien el Ministerio de Hacienda no se pronuncia sobre ella. Una vez la proposición es acogida, el MOP hace el anuncio y, en la subsecuente licitación, otorga al privado proponente el premio en la evaluación de la oferta señalado en el artículo 10° del RLCOP. La propiedad de la idea se entenderá transferida al MOP aunque el proponente no se presente a la subsecuente licitación.

Una vez la proposición ha sido aceptada, licitada y es propiedad del MOP, ningún oferente puede volver a presentar la misma propuesta. El DGOP será quien rechace las proposiciones que correspondan a proyectos de propiedad del MOP, según el artículo 11° del RLCOP.

#### **4.3.2.5. Informe favorable del Ministerio de Desarrollo Social.**

La ley 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social, introduce en el inciso final del artículo 2° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas un requisito novedoso en la preparación de los proyectos de concesión de obras públicas.

Artículo 2°, inciso final, Ley de Concesiones de Obras Públicas. La realización de estudios de preinversión y los proyectos de inversión a ejecutarse mediante el sistema de concesión deberán contar, como documento interno de la Administración, con un informe emitido por el Ministerio de Desarrollo Social. En el caso de los proyectos de inversión, el informe deberá estar fundamentado en una evaluación técnica y económica que analice su rentabilidad social. Los informes relativos a los estudios de

preinversión y proyectos de inversión formarán parte del Banco Integrado de Proyectos de Inversión administrado por el Ministerio de Desarrollo Social. Mientras no se cuente con dicho informe no se podrá iniciar el proceso de licitación.

Antes de esta modificación legal, el informe del entonces Ministerio de Planificación era un documento que, si bien también era un documento interno de la Administración, podía ser ignorado por el Ministerio de Obras Públicas en la licitación. La ley ahora impone que todos los proyectos de concesión, sean de iniciativa pública o privada, tengan un informe de impacto social de forma previa al llamado a licitación, estableciendo además que la sanción a la no existencia del informe es la nulidad de la propia licitación.

#### **4.3.2.6. Procedimiento de precalificación.**

La precalificación es un procedimiento previo a una licitación en el cual se examina si las empresas que van a participar en una licitación cumplen con ciertos requisitos básicos, cuando la obra, a juicio del MOP, reviste características especiales de complejidad, magnitud o costo. Es un procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa, por lo que, si el MOP decide, finalmente, no iniciar licitación alguna, los postulantes precalificados no tienen derecho a indemnización. Es posible tanto en los proyectos de iniciativa pública como en aquellos de iniciativa privada. La precalificación está definida en el artículo 6 *bis* de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Artículo 6° *bis*. El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar, mediante un proceso compuesto por una o varias etapas, a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que sólo podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica, de experiencia, resultados en otras obras encargadas en el pasado, cumplimiento histórico de la normativa laboral y de seguridad social y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas.

Las bases de precalificación deben ser enviadas al Ministerio de Hacienda, quien podrá realizarles observaciones. Una vez aprobadas por el MOP, estas bases deben ser publicadas en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional. El llamado a precalificación es internacional y único para cada obra, o serie de obras, a licitar.

La primera barrera que la precalificación supone es la compra de las Bases de Precalificación mismas, compra que debe ser acreditada como parte del proceso, y que cuesta mucho dinero. Esto

se complementa con garantías de seriedad de la solicitud de precalificación que serán cobradas si la institución solicitante no responde las solicitudes del MOP. Por ende, en teoría, es difícil que oferentes poco serios participen. Además, se pueden invocar otros criterios de evaluación en obras que por su naturaleza así lo exigieren, como lo indica el inciso siguiente del artículo citado.

Además, tratándose de proyectos de iniciativa pública o privada que sean multifuncionales y que revistan un elevado grado de complejidad, tales como cárceles, hospitales, autopistas urbanas u otros similares, las bases de precalificación podrán exigir otros requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la igualdad de trato entre los participantes de este proceso. Asimismo, las bases de precalificación podrán contemplar un procedimiento y un período de tiempo para que los precalificados propongan al Ministerio de Obras Públicas las mejoras, adiciones o ajustes que estimen conveniente incluir en el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público. Durante dicho procedimiento, dentro del plazo establecido en las bases de precalificación, los precalificados y el Ministerio de Obras Públicas podrán formularse consultas y solicitudes de aclaración. El Ministerio de Obras Públicas podrá solicitar al efecto la realización de estudios adicionales, los que se regirán por lo establecido en el inciso siguiente. Con todos estos antecedentes, el Ministerio de Obras Públicas podrá perfeccionar y armonizar los niveles de servicio y estándares técnicos del proyecto. El Ministerio de Obras Públicas, dentro del plazo fijado en las bases de precalificación, comunicará los contenidos adicionales o ajustes que serán incorporados en las bases de licitación.

Las bases de precalificación, normalmente, establecen plazos en los que el postulante a precalificación puede solicitar aclaraciones al Ministerio de Obras Públicas, plazos que vencen, normalmente, 30 días antes del cierre de la recepción de las postulaciones. El MOP, por su parte, emite circulares aclaratorias tanto en respuesta a la solicitud de los particulares como de oficio, y debe preservar una anticipación mínima de 15 días entre la última circular aclaratoria emitida y la fecha de dicho cierre. Puede no respetar este plazo, pero, si esto sucede, la fecha del cierre de recepción de las postulaciones debe posponerse.

El artículo 6° *bis* concluye regulando la forma en que los precalificados y, eventualmente, el adjudicatario de la concesión, financiarán los estudios previos a la obra. Debemos recordar que las bases de precalificación no involucran, de forma alguna, que las bases de licitación del proyecto del que forman parte estén listas.

Las bases de precalificación podrán establecer que los precalificados concurren por partes iguales al financiamiento de los estudios que el Ministerio de Obras Públicas

considere necesarios para elaborar las bases de licitación, individualizando los estudios y su valor. La realización de tales estudios deberá ser contratada por el Ministerio de Obras Públicas a entidades independientes, con competencia en la materia de que se trate.

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

El adjudicatario de la licitación deberá reembolsar a los licitantes el monto aportado por éstos para el financiamiento de los estudios que se hubieren contratado de conformidad a lo previsto en el inciso tercero de este artículo, en la forma, modo y plazo establecidos en las bases de precalificación. Dicho reembolso será de cargo del Ministerio de Obras Públicas, si éste se desistiere de la licitación una vez efectuada la precalificación o declarare desierta la licitación por razones fundadas.

Los postulantes seleccionados pasarán a formar parte de un Registro Especial Internacional, o REI, que contendrá a las personas que podrán presentar ofertas en el proceso de licitación subsecuente. Los documentos que fueron entregados al MOP en este proceso considerarán como ya entregados a la Administración, en virtud del artículo 13° de la LBPA, bastando al postulante la remisión a su certificado de inscripción en el REI como referencia de los documentos ya entregados.

La precalificación también concede a los postulantes aprobados ciertos derechos, como el poder obtener información referente al proyecto que se licitará, el derecho a realizar visitas a terreno y la posibilidad de asistir a reuniones de consulta sobre el proyecto con la autoridad. En estas reuniones se discuten con los postulantes ya aprobados borradores de las Bases de la Licitación de la obra pública dada en concesión, recibiendo comentarios y sugerencias.

#### **4.3.2.7. Preparación de las Bases de Licitación.**

La LBCASyPS contempla dos tipos de bases, que son las Bases Administrativas y las Bases Técnicas. La regulación ya expuesta es complementada con requisitos específicos para aquellas bases que regulen procesos de concesión de obras públicas, los que se encuentran en el artículo 17° del RLCOP. Como las ofertas técnica y económica se deben entregar por separado, las Bases de Licitación de obras públicas concesionadas tienden a separar las Bases Administrativas en Bases Administrativas propiamente tales, y Bases Económicas, que describen el equilibrio económico que se ofrece al oferente.

Las Bases de Licitación son preparadas por la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones

de Obras Públicas y aprobadas por una resolución del Director General de Obras Públicas, que debe ser tomada de razón.

Las disposiciones de las Bases han evolucionado con el paso del tiempo. Las Bases nuevas incorporan varios elementos que buscan subsanar los problemas encontrados anteriormente. Las disposiciones de muchas normas jurídicas son incorporadas y repetidas, lo que se explica por la nula alterabilidad de la situación contractual generada por leyes aprobadas con posterioridad al contrato administrativo, además de para que las Bases sean claras para quienes no saben la normativa que estaba vigente al momento de su tramitación.

Todos los organismos públicos que tienen, por ley, facultad para construir u operar obras públicas, pueden comisionar al MOP la concesión de estas obras. Estos organismos públicos deberán celebrar un convenio de mandato con el Ministerio de Obras Públicas, que deberá ser aprobado de una forma válida y conferir al MOP facultades de administración propias del servicio, las que deben ser interpretadas de forma restrictiva. El ejercicio de cualquier otra facultad por parte del Ministerio de Obras Públicas será ilegal. Esto viene acompañado, usualmente, de mecanismos de coordinación entre el organismo público mandante y el MOP, que comienzan por la aprobación, por parte del organismo mandante, de las bases de licitación<sup>212</sup>.

#### **4.3.3. Fase de licitación.**

Las licitaciones de las concesiones de obras públicas se rigen por las normas de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, de su Reglamento, y, supletoriamente, por la LBCASyPS, esto, no sólo en cuanto a su procedimiento, sino a la solución de las controversias surgidas en el propio procedimiento de licitación<sup>213</sup>.

En estricto rigor, la licitación culmina con el perfeccionamiento del contrato administrativo. Éste no sólo contempla la tramitación completa del decreto supremo que adjudica la concesión, sino que comprende además las solemnidades adicionales requeridas por la LCOP, la constitución de la

---

<sup>212</sup>En este sentido, véase COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003b) *Bases de Licitación: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3: Establecimientos Penitenciarios Santiago 1, Región Metropolitana; Valdivia, X Región; Puerto Montt, X Región*. Santiago de Chile, Diciembre 2003.

<sup>213</sup>Si bien esto es efectivo por el texto de la propia LBCASyPS, no existe jurisprudencia del Tribunal de la Contratación Pública respecto de irregularidades cometidas en licitaciones de concesiones de obras públicas. Véanse, no obstante, las sentencias STCP 61-2007 (sobre anomalías en la contratación de asesorías en el marco de la preparación de proyectos concesionados) y STCP 14-2010 (sobre asesoría a la Inspección Fiscal)

sociedad concesionaria, la realización de los pagos al Estado por la infraestructura existente y la constitución de la Inspección Fiscal del contrato de concesión de obra pública.

En la fase de licitación, la actividad de control más relevante es la verificación de la juridicidad de las Bases de Licitación, mediante la toma de razón de la resolución del DGOP que las aprueba, y del procedimiento mismo de licitación, lo que se logra mediante la toma de razón del decreto supremo que adjudica la concesión al postulante ganador. Además, llaman la atención otros controles.

1. Control de gestión: Las Bases de Licitación finales son enviadas al Ministro de Hacienda, quien tiene 30 días para emitir observaciones respecto a ellas, sobre la base del proceso presupuestario. En los hechos, esto se prepara previamente por la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, que llega a acuerdos con el Ministerio de Hacienda plasmados, tanto en las Bases de Licitación, ajustando sus términos al proceso presupuestario, como en el Presupuesto mismo. El Ministerio de Hacienda debe firmar el decreto supremo que adjudica la concesión.
2. Control interno: El Presidente de la República, como superior jerárquico absoluto de la Administración, debe dar su autorización para el avance de la concesión. Para esto, el Presidente recibirá un documento resumen con las características generales de la concesión, y un plano con su ubicación.

El Ministerio de Obras Públicas debe proveer tanta información sobre el proyecto como sea posible, asegurándose que no existan asimetrías de información entre el Ministerio y los oferentes. Este objetivo se logra precisamente con la precalificación, el que permite, mediante la selección previa de los oferentes calificados, la constitución de oficinas de información respecto del proyecto accesibles únicamente a los precalificados.

#### **4.3.3.1. Trámites previos al llamado a licitación.**

En otros tipos de contratos administrativos existe la posibilidad, con las excepciones ya previstas, que la Administración realice tratos directos o llame a licitaciones privadas. Las concesiones de obra pública, en cambio, sólo pueden ser adjudicadas previa licitación pública. Esta licitación estará influida por las reuniones previas con los precalificados, si dicho procedimiento fue empleado.

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO describe como un factor importante en las licitaciones exitosas el buen grado de *comunicación* que exista entre el sector público y el privado, debiendo, idealmente, establecerse canales para dicha comunicación. El Ministerio de Obras Públicas abrirá para tal efecto un periodo de consultas formales, donde las solicitudes de los concesionarios serán respondidas a través de circulares aclaratorias.

El procedimiento licitatorio está regulado con detalle en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.<sup>214</sup>

**4.3.3.1.1. Aprobación por parte del Presidente de la República y la Dirección de Presupuestos.** En virtud del principio jerárquico, el responsable final de decidir sobre la ejecución o no de una concesión es el Presidente de la República, correspondiendo al Director General de Obras Públicas sólo una labor de propuesta<sup>215</sup>. Por ello, es necesario:

1. El envío de las bases de licitación y del Prospecto de Inversión, conjuntamente con todos los estudios referenciales que sirven de fundamento a las bases de licitación al Ministerio de Hacienda para que éste brinde su aprobación formal al proyecto. Ésta ocurrirá una vez sean superadas todas las observaciones que el Ministerio de Hacienda haga a las bases, cuando este Ministerio dé una respuesta formal aprobando las bases, o cuando pasen 30 días sin una respuesta formal de Hacienda.
  - a) Este plazo se reiniciará cada vez que Hacienda realice observaciones.
  - b) La aprobación y las observaciones del Ministerio de Hacienda están vinculadas al proceso presupuestario, y a las evaluaciones de gestión que haga la Dirección de Presupuestos.
2. Si la obra licitada es solicitada por otra repartición pública que ha suscrito, previamente, un convenio intraadministrativo de mandato respecto del MOP, es necesario que las Bases de Licitación sean aprobadas por los organismos mandantes<sup>216</sup>.

<sup>214</sup> Artículo 14, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>215</sup> Artículo 13, letra g), Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

<sup>216</sup> Artículo 96, N° 4, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Véase también el Dictamen 19.452/2008, Contraloría General de la República.

3. El envío del Prospecto de Inversión y de un plano que señale la ubicación del proyecto al propio Presidente. Si la concesión tiene lugar en una zona fronteriza, el Presidente de la República, además, remitirá los antecedentes al Consejo de Seguridad Nacional.

De acuerdo con ENGEL *et al.*, en al menos una oportunidad el Ministerio de Hacienda impidió que el MOP ofreciera garantías demasiado generosas a los inversores, a través del poder de veto que le da esta disposición, lo que representa un incontestable mecanismo de control interno en ambos sentidos. Sin embargo, existen límites a tal control, dados por la función asignada al Ministerio de Hacienda, la de cautelar el presupuesto. Por esto, siempre según ENGEL *et al.*, existen aún incentivos para que el MOP transfiera rentas a los concesionarios a través de regulaciones favorables, en lugar de utilizar asignaciones presupuestarias directas o indirectas<sup>217</sup>.

Una vez se ha obtenido la aprobación del Presidente de la República, del Ministerio de Hacienda, y, en su caso, de los órganos públicos mandantes, el Director General de Obras Públicas debe enviar el decreto que da por aprobadas las bases de licitación a la Contraloría General de la República, para su trámite de toma de razón.

**4.3.3.1.2. Toma de razón.** La Contraloría General de la República debe tomar razón de la *resolución que aprueba las bases de licitación*. Esto es algo importante si se toma en cuenta que la Constitución exige a la Contraloría General de la República tomar razón sólo de decretos y resoluciones, no de Bases de Licitación. Las normas sobre exención de toma de razón de Contraloría contemplan que todas las resoluciones que adjudican concesiones por sobre 10.000 UF de valor deben ir a este trámite, situación que para estos efectos se considera como esencial<sup>218</sup>.

La toma de razón debe ser precedida por el envío, de parte de la Administración, de:

1. Los estudios y documentos que sirven de fundamento a las Bases de Licitación aprobadas.
2. Las autorizaciones requeridas del Presidente y del Ministerio de Hacienda.
3. Si se trata de una obra construida para otro organismo público con facultad de construir obras, el convenio de mandato respectivo, y la constancia de que el organismo mandante ha aprobado las Bases de Licitación.

<sup>217</sup>ENGEL, FISCHER y GALETOVIC (2003) Economía, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>218</sup>Artículo 9.4.1, párrafo 9, Resolución 1.600/2008 que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

4. Si se trata de un proyecto de iniciativa privada, se deben acompañar a las bases el proyecto presentado por el privado, junto con los antecedentes de éste.

Cuando existe un convenio de mandato al MOP, por otro organismo público, la Contraloría General de la República, junto con tomar razón de las bases de licitación, controla también el convenio de mandato mismo, determinando si dicho convenio se ajusta o no a derecho, si las facultades que el MOP ejerce en nombre del servicio mandante están dentro de aquellas facultades contempladas en el mandato, y si se han cumplido o no las obligaciones del MOP de coordinarse con el organismo mandante, lo que incluye la previa aprobación por éste de las Bases de Licitación.

La Contraloría General de la República examinará las Bases, revisando la inexistencia de antinomias entre sus términos y la normativa vigente, así como la adhesión de las Bases a la jurisprudencia administrativa vigente. La Contraloría determinará, finalmente, si se toma razón o no de las bases de licitación, si se hacen alcances, si se devuelve sin tramitar el decreto, o se representa. El examen de juridicidad que se hace de las bases de licitación es integral<sup>219</sup>.

Uno de los efectos inmediatos que produce la toma de razón por parte de Contraloría de la resolución que aprueba las bases de licitación es el otorgamiento de competencia para conocer de las irregularidades ocurridas en el proceso mismo de licitación de la concesión al Tribunal de la Contratación Pública. Al respecto, el Dictamen 3.315/2004 de la Contraloría Regional de Coquimbo ha despejado las dudas sobre la aplicación de la LBCASyPS en las licitaciones públicas de concesiones de obras, señalando que dicho cuerpo legal es aplicable de forma supletoria<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup>El Dictamen 19.452/2008 de Contraloría General de la República devuelve sin tramitar la resolución de la Dirección General de Obras Públicas que aprueba las bases de licitación de la obra pública «Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación», por no haberse acompañado los certificados de los acuerdos adoptados por los Concejos Municipales que autorizaban a cada municipio para suscribir los convenios de mandato con el Ministerio de Obras Públicas, y por no constar en los antecedentes la aprobación de dichas bases por las correspondientes municipalidades. En dichas bases, el uso del factor de evaluación de la oferta «Ingresos totales de la concesión» no cumple con la justificación ni con la excepcionalidad que en ese momento establecía la ley, como tampoco cumplía con la ley la subconcesión a terceros de servicios. Por su parte, se omitió la incorporación del profesional representante del Jefe del Servicio que corresponda a la obra en la Comisión Evaluadora, formalidad cuya omisión afecta derechos del propio servicio. Como se ve, los requisitos exigidos aquí, así como en el Dictamen 32.826/2008 del mismo organismo, tienen que ver con el cumplimiento de requisitos legales que involucran la totalidad del ordenamiento. Además, como se ve en el dictamen 8.146/2009 de Contraloría, el control de juridicidad integral que se realiza a través de la toma de razón no sólo comprende la coherencia de las bases de licitación con la normativa externa, sino que la integridad de todas las partes de las bases de licitación y la ausencia en ellas de antinomias jurídicas.

<sup>220</sup>Véase además, con el mismo criterio, Dictamen 28.353/2005, Contraloría General de la República.

#### **4.3.3.2. Llamado a licitación.**

Una vez la resolución que aprueba las Bases de Licitación termina su tramitación, deben seguirse los pasos establecidos en los números 1 y 2 del artículo 14° del RLCOP, que regulan el anuncio. Este debe contener, a lo menos, la materia u objeto de la concesión, el plazo y lugar para el retiro de las bases y la fecha, hora y lugar de entrega de las ofertas técnica y económica. Ocurre de las siguientes formas.

1. En los proyectos sin una precalificación previa, mediante la publicación de un extracto de las Bases de Licitación, por una vez, en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional.
2. En los proyectos con precalificación, los postulantes precalificados son contactados informalmente. La ley asume que el anuncio ya se realizó con la precalificación.

#### **4.3.3.3. Consultas y aclaraciones sobre las bases de licitación.**

Los oferentes tienen el derecho a realizar consultas y a solicitar que las Bases de Licitación sean interpretadas por medio de Circulares Aclaratorias, para eliminar toda posible duda. El artículo 18° del RLCOP señala que estas consultas deben ser realizadas al Director General de Obras Públicas o a quien hubiere realizado el llamado a licitación. Las circulares aclaratorias deben contener tanto el texto de la pregunta realizada por el oferente, como la respuesta dada.

Las circulares aclaratorias deben ser aprobadas por el Ministerio de Hacienda en la forma ya examinada para las Bases de Licitación, para eliminar la posibilidad que por esta vía el Ministerio de Obras Públicas eluda los controles presupuestarios de DIPRES. Estas circulares deben estar disponibles para todos los licitantes.

El plazo máximo para realizar modificaciones, por esta vía, a las bases de licitación es de 10 días antes de la apertura de las ofertas. El MOP puede responder consultas y modificar las bases fuera de este plazo, pero, si lo hace, la fecha de la ceremonia de recepción y apertura de las ofertas debe ser modificada.

#### **4.3.3.4. Las ofertas.**

Junto con constituir actos jurídicos unilaterales de aceptación de las Bases de Licitación, y de ofrecimiento a la Administración de condiciones técnicas y económicas bajo las cuales los términos de las Bases serán ejecutados, las ofertas de los privados que participen en la licitación, una vez ellos se adjudican la licitación, son también parte del contrato de concesión de obra pública.

Las ofertas deben ser presentadas en idioma castellano y contener, a lo menos, los siguientes documentos.

##### **4.3.3.4.1. Antecedentes generales.**

**Identificación del grupo licitante.** Es necesario que el oferente, como primer punto, se identifique y certifique sus capacidades técnicas para seguir adelante con el proyecto. Esta exigencia, cuando existió una precalificación previa, se entiende cumplida por el oferente cuando acompaña su certificado de inscripción en el Registro Especial Internacional. Sin embargo, cuando no existió precalificación, estas capacidades deben ser demostradas ahora.

En la oferta, siempre que no hubiere habido precalificación, el privado debe aportar antecedentes sobre su personería y la apropiada constitución en Chile de su sociedad anónima, así como datos sobre las modificaciones de la estructura societaria, el objeto de la sociedad postulante, su capital, su régimen de administración y copias de los documentos que certifican su constitución de acuerdo a la ley, como su inscripción en el Registro de Comercio, y el extracto de dicha inscripción que fuera publicado en el Diario Oficial. Junto con ello, debe designar a alguien que represente sus intereses ante el Ministerio de Obras Públicas.

**Declaración jurada.** El oferente debe declarar bajo juramento que acatará la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, y el texto de las bases de licitación, y que no está afecto a inhabilidad alguna para postular. Estas inhabilidades afectan a<sup>221</sup>:

1. Los oferentes que han sido separados de otra concesión, por incumplimiento grave del contrato, en los 5 años siguientes a la sanción aplicada por la Comisión Arbitral.

---

<sup>221</sup> Artículo 16, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas; Artículo 4º, Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

2. Los postulantes donde su controlador, uno o más de los directores, o cualquier socio con poder de administración, hubiere sido condenado a un delito que mereciere pena aflictiva, o hubiere caído en quiebra sin ser rehabilitado. Dicha causal de inhabilidad cesa a los 2 años desde el cumplimiento de la pena o desde la rehabilitación, según el caso.
3. Los privados que han sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos de sus trabajadores, en los 2 años siguientes a la notificación de la resolución del Juzgado de Letras del Trabajo que tiene por ejecutoriada la sentencia de condena<sup>222</sup>.

Además, se exige, en virtud del principio de probidad, que cada uno de los grupos licitantes no sea controlador, o forme parte, directa o indirectamente, de otro grupo postulante.

**Garantías de seriedad de la oferta.** Es necesario que los grupos licitantes constituyan garantías de seriedad de la oferta, en un banco de la plaza, a nombre del Director General de Obras Públicas, y por el monto que establezcan las bases. Los tomadores de dichas boletas son los propios licitantes, y el plazo de vigencia de dichas ofertas debe ser igual al plazo de validez de la oferta, que dependerá de cada base de licitación. El fundamento normativo de la exigencia de garantías de seriedad de la oferta, así como de la posibilidad que tiene la Administración de cobrar dichas boletas ante situaciones expresamente señaladas en las bases de licitación, es el artículo 6 de la LCOP.

De acuerdo con los términos de las bases de licitación, «el MOP podrá hacer efectiva total o parcialmente la garantía de Seriedad de la Oferta en los casos de incumplimiento de las obligaciones del Adjudicatario o la Sociedad Concesionaria en su caso, establecidas en las presentes Bases de Licitación y en los demás documentos del contrato de concesión»<sup>223</sup>.

Una interpretación literal de este inciso muestra una clara violación de principios constitucionales, al ser el MOP quien determina la existencia de dichos incumplimientos, pondera la prueba y condena al concesionario a una pérdida patrimonial, ejecutable inmediatamente en virtud de la tenencia de las boletas de garantía. Sin embargo, quien debe determinar la procedencia de la aplicación de estas sanciones, en el transcurso del proceso licitatorio, no es el MOP, sino que un tribunal,

---

<sup>222</sup>Esta causal proviene del artículo 4° de la LBCASyPS, y resulta llamativo que no se incluya en las bases de licitación redactadas con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley. En cualquier caso, resultaría absurdo que se excluya a postulantes condenados por prácticas antisindicales de licitaciones de contratos administrativos de baja complejidad y se les permita participar, en cambio, en licitaciones de concesiones de obras públicas.

<sup>223</sup>Por todas, COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2004) *Bases de Licitación: Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy*. Santiago de Chile, Agosto 2004, pág. 22.

el Tribunal de la Contratación Pública, sirviendo la garantía únicamente para caucionar el cumplimiento de la sentencia. El TCP tiene la facultad de suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Siguiendo a MORAGA, la aplicación de sanciones al licitante debe ceñirse a las garantías del Derecho Penal. Esto implica reconocer:

1. El principio de tipicidad. Las sanciones deben corresponder a conductas típicas establecidas en la Ley, en el Reglamento, o en las Bases de Licitación, previa habilitación legal.
2. El principio de legalidad. La posibilidad de aplicar sanciones en el proceso licitatorio debe reconocerse en una ley. Aquí esta ley es la LBCASyPS.
3. El principio de irretroactividad. La Administración no puede sancionar conductas pasadas mediante la modificación de las Bases de Licitación.
4. El principio de prescripción. Las acciones sancionatorias de la Administración prescriben en 6 meses desde la comisión del hecho típico, que es el plazo de prescripción de las faltas en el Código Penal. En tanto, la posibilidad de cobrar las garantías también prescribe.
5. La presunción de inocencia. Dentro del procedimiento que se sigue ante el Tribunal de la Contratación Pública, será la Administración, en virtud de las disposiciones constitucionales vigentes, la que tenga la carga de probar que el licitante ha incurrido en conductas impropias, y, necesariamente, el cobro de las boletas de garantía deberá esperar al pronunciamiento de dicho Tribunal. Sólo en los casos en que la ley lo consagre, la opinión del funcionario público fiscalizador gozará de una presunción de veracidad<sup>224</sup>.

Estos principios son aplicables a todas las controversias entre el Estado y la sociedad concesionaria, cuando el contrato ya ha comenzado a regir, de lo que se tratará más adelante en este trabajo, y aplican con más razón en el proceso licitatorio anterior a la concesión. La Administración no tiene, en ningún caso, la potestad de aplicar sanciones de forma unilateral, si bien el proceso debe ser ágil, y la carga de la prueba debe estar del lado de la Administración. Veremos más adelante como la dualidad Administración acusadora/Tribunal sancionador se rompe una vez se adjudica la concesión, con grave afectación de derechos fundamentales.

---

<sup>224</sup>MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, op. cit., págs. 239 a 241.

**Escritura privada de promesa de constituir una sociedad anónima.** El CÓDIGO CIVIL, al regular la promesa en su artículo 1.554, la somete a cuatro requisitos: el constar por escrito; que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces; que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Las Bases de Licitación, cumpliendo con ello, establecen como requisito de la oferta la entrega de una escritura privada de promesa de constitución de sociedad anónima, que tendrá las siguientes características.

1. Omisión de las solemnidades legales. La solemnidad mínima para constituir una sociedad anónima es la escritura pública. Sin ella, la sociedad constituida ni siquiera podrá ser liquidada como una sociedad anónima, siendo inexistente jurídicamente<sup>225</sup>.
2. Condiciones. La promesa exigida sujeta la constitución de la sociedad a tres condiciones que deben ser cumplidas copulativamente.
  - a) Que el licitante se adjudique la concesión.
  - b) Que el licitante, de ser requerido por las Bases de Licitación, pague al Estado los dineros exigidos por la transferencia de la infraestructura preexistente.
  - c) Que el licitante extienda la vigencia de las garantías de seriedad de la oferta hasta el plazo que el MOP indique, una vez se adjudica la licitación.

Esta construcción legal tiene por objeto hacer imposible que la sociedad concesionaria se constituya sin que las garantías se reconstituyan y sin que los pagos por infraestructura preexistente sean realizados. La imposibilidad de la constitución de la sociedad concesionaria, que así es provocada, permite el cobro de las garantías de seriedad de la oferta y la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 9º de la LCOP. Esta controversia deberá ser vista por el Tribunal de la Contratación Pública, al ser la sociedad anónima así constituida inexistente.

**4.3.3.4.2. Oferta técnica.** La oferta técnica describe las condiciones técnicas bajo las cuales el postulante ofrece cumplir con la descripción de la obra hecha por las Bases de Licitación. Ella debe contener los siguientes documentos:

---

<sup>225</sup>Artículo 6º A, Ley de Sociedades Anónimas.

**Aceptación expresa de los proyectos referenciales del MOP.** Cuando ello sea aplicable, tanto los Proyectos Referenciales de Ingeniería de Detalle como el Estudio Referencial de Impacto Ambiental deben ser aceptados por el postulante en la oferta. Si esto no ocurre, el oferente deberá proporcionar estudios que los reemplacen, los que serán evaluados conjuntamente con el resto de la oferta técnica.

Antes de aceptar los Proyectos Referenciales ya señalados, el oferente debe revisarlos. Su aceptación implica que, más tarde, si el postulante se adjudica la licitación, no podrá alegar perjuicios ni compensaciones por los errores que hubiere habido en dichos estudios.

**Presupuesto de inversión, carta Gantt de construcción y régimen de explotación.** El concesionario debe entregar en su oferta el presupuesto de inversión, la carta Gantt de construcción y un plan, o régimen de explotación, que son los documentos que harán posible el control interno y de gestión de la concesión por el Inspector Fiscal.

1. El presupuesto de inversión es una cuantificación del costo que, estimativamente, tendrá la construcción y operación de las obras señaladas en las Bases de Licitación, de acuerdo con las especificaciones técnicas ofrecidas. Necesariamente, este presupuesto debe contemplar la ejecución de las medidas ordenadas por la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto, el mantenimiento de los niveles de servicio y de seguridad exigidos por las Bases de Licitación, así como la construcción de las obras según los estándares de la LGUC y su Ordenanza General.
2. La carta Gantt de construcción, en tanto, es una expresión gráfica de la planificación de la construcción de la obra. El plan de ejecución de la obra divide ésta en subetapas, establece plazos máximos de ejecución para cada una de ellas, y contempla obras específicas a ser ejecutadas, culminando con una fecha estimativa para la puesta en servicio provisoria de la obra.
3. Finalmente, el régimen de explotación consiste en el plan que describe las actividades que el concesionario realizará para conservar y mantener la obra una vez se llegue a la etapa de explotación. Aquí es donde se enuncia la existencia de un Plan Anual de Operación, que contiene una descripción detallada de las actividades a realizar para mantener la obra en condiciones de servicio. A esto se suma la planificación del cobro de la tarifa o peaje.

**4.3.3.4.3. Oferta económica.** A diferencia de la oferta técnica, que explica con lujo de detalles todo lo señalado, la oferta económica es un formulario, que el oferente debe llenar y que contiene el valor de cada uno de los factores económicos contemplados en las Bases de Licitación.

Estos, que son los factores de licitación de las concesiones, están detallados en el artículo 7° de la LCOP. Las Bases de Licitación pueden utilizar uno o más de ellos para seleccionar al privado que haga la oferta más interesante.

1. Estructura tarifaria. De utilizarse, el privado que ofrezca la estructura tarifaria más conveniente para el Estado o para los usuarios ganará la licitación.
2. Plazo de concesión. Si se utiliza, el privado que ofrezca al Estado el menor plazo de concesión gana.
3. Subsidio del Estado al oferente. Mientras menores sean los subsidios solicitados, más posibilidades tendrá el oferente de ganar.
4. Pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión. Mientras mayores sean los pagos ofrecidos, el privado licitante tendrá más posibilidades de adjudicarse la concesión.
5. Ingresos garantizados por el Estado. Las ofertas ganadoras aquí apuntan a las menores garantías posibles de ingresos, o a la inexistencia de ingresos mínimos garantizados.
6. Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor. Mientras más riesgos sean transferidos del Estado al oferente, más posibilidades tendrá él de adjudicarse la licitación.
7. Fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión. Ganará el licitante que establezca un esquema de reajuste lo más cercano posible al IPC, y que permita las menores oportunidades de revisión de tarifas, en su oferta.
8. 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 exceda un porcentaje máximo preestablecido. Esta oferta sólo puede realizarse en concesiones con ingresos mínimos garantizados, puesto que si no, bastará la reducción de tarifas, pura y simple, para adjudicarse la concesión.

9. Puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación. La evaluación de la oferta técnica es en sí misma un poderoso factor de licitación. El Estado puede permitirse condiciones económicas menos ventajosas siempre y cuando la evaluación técnica sea satisfactoria. Esta es la razón por la cual la evaluación de la oferta económica siempre ocurrirá después de la oferta técnica, si bien no es necesario que se repita la oferta técnica en la económica. Casi siempre este factor es utilizado, por la misma razón.
10. Calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios. De ser este factor el utilizado, el concesionario que ofrezca más servicios conexos a la obra en su oferta técnica ganará.
11. Consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, así como relativas a la regulación territorial. Este factor apunta directamente al impacto ambiental de la obra pública concesionada. Si un concesionario calcula correctamente el impacto ambiental de su obra, y la diseña con el fin de minimizarlo, superando las compensaciones exigidas por la Resolución de Calificación Ambiental, ello también puede ser considerado.
12. Ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. Este factor de licitación permite la aplicación del modelo enunciado por ENGEL, FISCHER Y GALETOVIC, la licitación de plazo variable por *menor valor presente de los ingresos*. Este sistema es incompatible con el primer y el segundo modelo, así como con la oferta de reducción temporal de los peajes o tarifas ante utilidades excesivas.

Las ofertas económicas deberán reflejar la propuesta del oferente ante el factor de licitación escogido en las Bases de Licitación. El oferente puede elegir entre una propuesta cara que contenga una gran propuesta técnica y medioambiental, y una propuesta barata que desprecie ambas consideraciones. El Estado deberá escoger, de acuerdo con el procedimiento establecido en las bases, a la oferta que le dé más valor al dinero público.

#### **4.3.3.5. La recepción de las ofertas.**

Las ofertas son recibidas en dos ceremonias públicas, que tiene lugar en fechas y horas determinada. En ella se reciben las ofertas técnicas y económicas, ante una comisión de apertura conformada por el Director General de Obras Públicas más un número variable de funcionarios que depende

de la base de licitación en examen. La fecha y hora de cada ceremonia aparece en las Bases de Licitación.

El proceso de recepción y apertura de las ofertas se rige por las siguientes solemnidades.

1. Hora y fecha señalada en las bases. A la hora señalada, las puertas de la sala donde se realiza la ceremonia de recepción serán cerradas. No se permitirá el ingreso de más oferentes<sup>226</sup>.
2. Documentos faltantes. Una vez iniciado el acto de apertura, no se pueden entregar documentos faltantes que hubieren sido exigidos como parte de las ofertas, ni se pueden corregir documentos rechazados. Además, está prohibida la entrega de documentos tachados, enmendados, o condicionados.
3. Acta. En la ceremonia se levanta un acta de los privados que presentaron ofertas y de cuáles antecedentes se recibieron, junto con todas las observaciones que plantearen los privados asistentes. Cualquier oferente puede impugnar la aceptación de un documento de otro licitante en el acto, y el acta debe dar cuenta de dicha impugnación.
4. Sobres sellados. Las ofertas deben ser presentadas en dos sobres sellados, uno para la Oferta Técnica y otro para la Oferta Económica, que contendrán todos los antecedentes requeridos. Aquellas ofertas en las que falten documentos, o que contuvieren documentos cuya entrega está prohibida, serán rechazadas en el acto.

Una vez se reciben todas las ofertas, los sobres correspondientes a las ofertas técnicas son abiertos por el Comité de Evaluación. Este Comité está formado por profesionales señalados en las Bases de Licitación, y serán ellos quienes deberán calificar las propuestas técnicas y ponderar la evaluación técnica de las ofertas que hubieren sido aceptadas con las ofertas económicas.

Las ofertas técnicas reciben una calificación para cada uno de los ítemes ponderados en las bases, y, de acuerdo con su promedio de calificaciones, ellas serán declaradas como aceptables o no aceptables. La resolución que así lo declara es notificada al postulante en el acto de apertura de las ofertas económicas.

---

<sup>226</sup>Véase el Dictamen 38.518/2000, Contraloría General de la República. El respeto de la hora y fecha exactas de la apertura, así como de todas las formalidades exigidas para este proceso en las Bases de Licitación, constituye, según la jurisprudencia de Contraloría, una formalidad esencial cuya omisión infringe el principio de sujeción a las bases de licitación y el principio de igualdad entre los postulantes. Por eso, la fecha y hora de la licitación no puede ser postergada.

El acto de apertura de las ofertas económicas ocurre con una separación suficiente respecto del acto de las ofertas técnicas, para que la evaluación se produzca. En él, luego de dar a conocer el resultado de la evaluación de las ofertas técnicas, se abren sólo los sobres de aquellas ofertas económicas cuyos licitantes hayan formulado ofertas técnicas calificadas como «aceptables».

Una vez se produce la apertura de las ofertas económicas, la Comisión de Evaluación evalúa las Ofertas Económicas de acuerdo con los factores de licitación seleccionados por las Bases de Licitación, teniendo 30 días para hacerlo. Una vez se produzca dicha evaluación, será entregada al DGOP en calidad de recomendación, para que él proceda a decidir sobre la adjudicación de la concesión. Los informes de los servicios públicos mandatarios, en su caso, también deben ser entregados al DGOP dentro de este plazo de 30 días.

#### **4.3.3.6. La licitación de iniciativas privadas.**

Los proyectos que provengan de iniciativas privadas se rigen, en principio, por el procedimiento ya señalado. Sin embargo, el artículo 12 del RLCOP permite al MOP realizar, sobre la base de la misma licitación, un procedimiento simplificado conocido como «desafío suizo» (*swiss challenge*) respecto de la propuesta presentada por el proponente.

Si esto ocurre, quien ha presentado la proposición debe presentar su oferta económica con 60 días de anticipación a la fecha de recepción de las ofertas que aparece en las bases de licitación, para que sea conocida por otros potenciales oferentes conjuntamente con las Bases de Licitación confeccionadas sobre la base de la proposición. La oferta económica del proponente equivaldrá a la oferta mínima del proyecto, y los demás oferentes sólo podrán mejorarla.

En el acto de recepción de las ofertas señalado en las bases de licitación, el proponente debe presentarse, reiterando la misma propuesta económica o mejorándola, si es que desea hacerlo. Si el proponente no se presenta en este acto, ya sea, para reiterar su oferta económica o para realizar otra mejor, se le cobra la garantía de seriedad de la oferta y no recibirá indemnización por ello.

#### **4.3.3.7. Adjudicación del contrato de concesión.**

Una vez la Comisión de Evaluación entrega su veredicto, el DGOP comunica al licitante ganador la intención de entregarle la obra licitada en concesión, mediante una carta certificada firmada

por él, que debe contener el visto bueno del Ministerio de Hacienda. Esta comunicación formal, de acuerdo con RUFÍAN, no es el acto administrativo propiamente tal de adjudicación de la concesión; este acto administrativo corresponde al decreto supremo que adjudica la concesión, el que debe ser tomado de razón por la Contraloría General de la República y publicado en el Diario Oficial.

Este decreto supremo es emitido por el Ministro de Obras Públicas y deberá contar con la firma del Ministerio de Hacienda, lo que, siguiendo a RUFÍAN, reafirma que es el Estado y no el Ministerio de Obras Públicas quien se asocia con el concesionario<sup>227</sup>.

#### **4.3.4. Inicio de la concesión.**

Como se ha visto, hasta el momento la toma de decisiones sobre la concesión de obras públicas ha pasado por los siguientes controles:

1. Las decisiones sobre la aprobación o rechazo de la decisión de dar en concesión, pasan, en última instancia, por el Presidente de la República, al ser todos los órganos aquí señalados dependientes de él. Como RUFÍAN bien lo señala, las concesiones de obras públicas no son asunto de sólo un Ministerio, sino que de todo el Estado. Esta actividad, manifestada a través de la aprobación de las Bases de Licitación por el Presidente de la República, los Ministros de Estado, y el Director General de Obras Públicas, todos, obrando según sus competencias legales, responde al control interno del Estado de Chile. Dichas decisiones requieren que se haya evaluado previamente el mérito y la conveniencia de entregar una obra en concesión.
2. Los controles de gestión se manifiesta a través de la información y del contacto que debe sostenerse con el Ministerio de Hacienda, quien debe brindar su aprobación a las bases de licitación finales, y con el Ministerio de Planificación, que evalúan su impacto social y su coherencia con los objetivos del Estado. La aprobación de Hacienda está supeditada a la incorporación del proyecto en el ejercicio presupuestario.
3. La Contraloría General de la República realiza controles de juridicidad integral y preventivos en dos puntos: la resolución que aprueba las Bases de Licitación, y el decreto supremo que adjudica la licitación a un oferente o proponente, en su caso.

---

<sup>227</sup>RUFÍAN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, op. cit., pág. 79.

4. El control democrático es totalmente inexistente en esta fase. Si bien el proceso licitatorio es público, la información sobre el proyecto es aún secreta, salvo para los licitantes que han comprado las Bases de Licitación<sup>228</sup>.

La Contraloría General de la República procederá a tomar razón del decreto supremo del Ministro de Obras Públicas que adjudica la concesión de la obra pública, revisando en él la juridicidad del procedimiento licitatorio. El decreto supremo de adjudicación puede ser representado cuando ocurren irregularidades en la licitación. Para determinarlas, la Contraloría confrontará el procedimiento de licitación con la LBCASyPS y su reglamento; la LCOP, el RLCOP, las Bases de Licitación y los documentos que se entienden como parte de ellas.

Una vez dicho decreto adjudicatorio sea tomado de razón, será publicado en el Diario Oficial, lo que dará por iniciado el contrato de concesión. Este hecho hace nacer en favor del concesionario los derechos originados a través de la concesión, así como marca el comienzo de la posibilidad, por parte del Estado, de ejercitar las prerrogativas comprendidas en dicho contrato, particularmente, la potestad de dirección y control. El contrato crea una relación de sujeción especial con el, ahora, concesionario, que sirve de fundamento al ejercicio de las potestades de dirección y control por parte del MOP.

Dentro de los 60 días siguientes a la publicación de dicho Decreto Supremo, ocurren una serie de eventos.

1. A más tardar 15 días después de la publicación del Decreto Supremo de adjudicación, se nombra al Inspector Fiscal de la etapa de construcción. Su función será vigilar el cumplimiento del contrato de concesión, en esta fase.
2. El adjudicatario deberá firmar ante notario tres transcripciones del Decreto Supremo adjudicatorio, en señal de la aceptación de su contenido, y deberá protocolizar una de ellas.
3. El adjudicatario de la concesión deberá proceder, en este plazo de 60 días, a constituir la Sociedad Concesionaria. Esta es una sociedad de propósito especial que será, en definitiva, la contraparte del Estado en el contrato de concesión ya perfeccionado. Esta sociedad corresponde a la prometida como parte de la oferta técnica, y, por ende, su constitución se supedita a las condiciones de dicha promesa.

---

<sup>228</sup>Aunque es posible que los ciudadanos vayan a la ceremonia de apertura de las ofertas a protestar contra el proyecto, ello no constituye bajo ninguna forma un control democrático relevante jurídicamente.

- a) La sociedad concesionaria es una sociedad anónima, por lo que se forma, existe y prueba por escritura pública firmada, extractada, inscrita en extracto en el Registro de Comercio y con extracto publicado en el Diario Oficial<sup>229</sup>
- b) La sociedad concesionaria, además, es una sociedad anónima regida por las normas de las sociedades anónimas abiertas. Debe inscribir sus acciones en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros<sup>230</sup>, y queda sujeta a la regulación de dicha Superintendencia y de la Ley de Mercado de Valores. Para sujetarse a las normas de las sociedades anónimas abiertas, la sociedad concesionaria tiene 60 días adicionales, contados desde la publicación del extracto de la escritura pública de constitución en el Diario Oficial.
- c) Finalmente, la sociedad concesionaria es una sociedad de propósito especial. Su giro está definido por ley y corresponde a la construcción, operación y explotación de la obra pública determinada dada en concesión. Si bien es posible que el, o los, controladores de una sociedad concesionaria participen en una nueva licitación de concesión de obras públicas, no es posible que una sociedad concesionaria participe de la licitación de otra concesión.

En su primer acto de control, el Inspector Fiscal de construcción revisará que las condiciones de los dos últimos numerales se cumplan. Su incumplimiento originará que la adjudicación sea dejada sin efecto conforme al texto del artículo 9 de la LCOP, realizándose una nueva licitación simplificada con el resto de los oferentes y cobrando el MOP la garantía de seriedad de la oferta. Su cumplimiento satisfactorio, por el contrario, dará inicio, formalmente, a la concesión propiamente tal. Con ello se inicia la *etapa de construcción* de la concesión.

Baste por ahora con decir que en la etapa de construcción se producirá la expropiación de terrenos, la entrega del diseño y del proyecto definitivo, la implementación de las medidas exigidas por la Resolución de Calificación Ambiental, y la construcción final de la obra pública dada en concesión. Esta etapa terminará con la puesta en servicio provisoria de la obra, la que ocurrirá en las fechas establecidas en la carta Gantt.

Por su parte, la *etapa de explotación* se iniciará con la puesta en servicio provisoria de la obra e implicará que la obra pública dada en concesión deberá ser operadas de acuerdo con el régimen de

<sup>229</sup> Artículos 3, 4 y 5, Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

<sup>230</sup> Artículos 1º, 5º letra c), 7º, 8º y 9º, Ley 18.045 de Mercado de Valores.

explotación propuesto en la oferta y en el Reglamento de Servicio de la Obra, aprobado hacia el fin de la etapa de construcción. Esta etapa terminará con el fin de la concesión.

El control en las fases de construcción y explotación de la concesión, en las cuales el Inspector Fiscal deberá ejercer las potestades públicas de dirección y control respecto del concesionario, merece un tratamiento especial y separado, que recibirá a continuación.

## Capítulo 5

# El principio de control durante la vigencia del contrato de concesión.

El concepto de control comprende, básicamente, la división de una actividad en etapas, la evaluación de cada etapa mediante su comparación con un resultado esperado y la posibilidad de intervención directa en una etapa, para corregir su ejecución y asignar, de ser necesario, responsabilidades.

En cualquier organización, la transformación de la realidad mediante el cumplimiento de sus fines obedece a la interacción entre el control interno, que es la conducción de la organización hacia la ejecución de una acción, y el control de gestión, o la concreción del fin de la organización a través de la planificación. El primero busca dirigir a las personas que forman la organización hacia el cumplimiento de sus fines, y conlleva el respeto a una serie de normas de procedimiento, a manuales de buenas prácticas, a una política de archivos, a normas de contabilidad y a una estructura disciplinada de personal. El segundo, en tanto, persigue traducir los fines de la organización en cambios concretos de la realidad, mediante la planificación estratégica, la elaboración de presupuestos, el desarrollo de acciones y la evaluación constante de éstas, para así, una vez el proceso concluye, evaluar sus resultados y mejorar el funcionamiento de la organización. Tanto el control interno como el control de gestión son revisados constantemente por medio de auditorías.

El Estado complementa al control interno y el control de gestión con dos tipos de controles adicionales: el control de juridicidad y el control democrático. El primero busca cautelar que las decisiones que la jerarquía estatal impone no contravengan los derechos fundamentales de las personas, ni las normas jurídicas que el Estado se ha dado a sí mismo; el segundo, en tanto, busca impedir

la imposición de decisiones que no han sido legitimadas democráticamente a través de los mecanismos institucionales. Mientras el control de juridicidad tiene como fundamentos la vigencia del sistema jurídico y los derechos fundamentales de las personas, el control democrático tiene su base en el sistema democrático de gobierno y la calidad de detentador del poder que tiene el pueblo, calidad que es, según algunos, un derecho fundamental en sí mismo<sup>231</sup>.

La Administración del Estado puede gestionar directamente las funciones públicas que le son asignadas por ley a través de organismos públicos, o puede asociarse con privados para ello. Si bien la gestión pública directa de funciones públicas en forma eficiente es posible, a la luz de las auditorías de gestión del Estado, la principal justificación de las asociaciones público-privadas es la transmisión de la eficiencia propia de la gestión privada, asumida como superior a la del Estado, a la prestación de funciones públicas.

En la medida en que los servicios prestados sean funciones públicas definidas por ley, no existe razón alguna para exigir a las sociedades concesionarias un estándar de respeto a los principios constitucionales, legales y reglamentarios vigentes inferior al que se exigiría si dichas actividades fueran prestadas directamente por el Estado, con todo lo que esto implica. Por ello, no hay razón alguna para eximir a las sociedades concesionarias de las exigencias que el artículo 3° de la LOCB-GAE hace al Estado en lo referente a la participación ciudadana, o de las que impone el artículo 8° de la Constitución en lo que respecta a la probidad y a la transparencia en el ejercicio de la *función pública*. Es inmoral, ilegal y atenta contra el Estado de Derecho mismo supeditar la vigencia de la Constitución y las leyes a la eficiencia y eficacia puras.

Las asociaciones público-privadas no sólo reconocen como interesados en ellas al Estado y al sector privado con fines de lucro (el concesionario y los licitantes), sino que también al sector privado sin fines de lucro (ONGs, organizaciones ciudadanas). El fundamento del control que aplica a las sociedades concesionarias está en los artículos 6° y 8° de la Constitución Política de la República y los principios no orgánicos del título I de la LOCBGAE, cuyos principios no sólo son aplicables al Estado, sino que aplican a todo ejercicio de *función pública*. Esto no es más que la consecuencia de que la relación entre el concesionario y el Estado sea una relación de derecho público<sup>232</sup>, con todo lo que esto implica para los administrados.

Si bien en contratos menos complejos, como los contratos de suministro y prestación de servicios,

<sup>231</sup>Sobre la posible calidad de derecho fundamental que tendría la democracia, véase la página 22.

<sup>232</sup>Artículo 21°, Ley de Concesiones de Obras Públicas. Véase la página 196.

tiene sentido hablar de *potestades exorbitantes de la Administración*, en los contratos públicos de tercera generación (de transformación o de sustitución, en el esquema de DROMI) hay un verdadero reemplazo del sujeto prestador del servicio público. En principio, esto significa que el concesionario debe mantener todas las cargas establecidas respecto del Estado, en pos del respeto a los derechos fundamentales, y en beneficio de los privados sin fines de lucro *prima facie* excluidos de la asociación público-privada, como bien señala RUFÍAN. Esto, para no causar detrimento a las posibilidades de control democrático y de juridicidad que tienen los ciudadanos<sup>233</sup>.

Ello justificaría la ampliación de las potestades de control del Estado en las concesiones de obra pública, con dos importantes limitaciones: el contrato de concesión, en cuanto constituye derechos en favor del concesionario, y el llamado *principio de agilidad de la Administración*, que sujeta los controles impuestos por la Administración a un proceso de reformulación constante dirigido hacia la eficiencia, eliminando controles duplicados y perfeccionando los existentes para que estorben lo menos posible la adecuada prestación de los servicios.

SILVA CIMMA dirá, en apoyo de la postura que sostenemos aquí, que «el hecho de que sean los particulares quienes gestionen la función y presten el servicio, no quita a esta función el carácter de pública y, por lo tanto, interesará siempre al Estado la manera como esa gestión se estará realizando, esto desde múltiples aspectos: si se está cumpliendo con las estipulaciones de la concesión, si la prestación del servicio se somete a ella, si se respetan las cláusulas proteccionales establecidas a favor de los usuarios, etc. Todo esto interesa indudablemente al Estado como personero y representante de ese interés público que le corresponde proteger y, por lo tanto, controlar si se respeta o no. De aquí la necesidad de control público sobre esta administración concedida»<sup>234</sup>.

El profesional a través del cual se canalizan las relaciones entre el concesionario y el MOP, y quien, según la Ley de Concesiones de Obras Públicas, está dotado del monopolio de las potestades de dirección y control respecto del concesionario, tanto en las etapas de construcción como de explotación de la concesión, es el Inspector Fiscal. Este funcionario debe verificar el cumplimiento del contrato de concesión, aplicando al actuar del concesionario, además de órdenes y de controles de gestión, revisiones de juridicidad en sus actuaciones.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas no contempla en forma alguna el control democrático, por lo que éste se circunscribirá a las instancias de participación ciudadana ordenadas por la nueva

<sup>233</sup>RUFÍAN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, pág. 22.

<sup>234</sup>SILVA CIMMA y VERDUGO (1994) *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*, pág. 107.

institucionalidad ambiental, en el SEIA. Al control ciudadano se añade la posibilidad de solicitar información respecto de las obras dadas en concesión, y el control político, siempre presente en las actuaciones del Estado.

## 5.1. La Inspección Fiscal.

El artículo 29° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas entrega al Ministerio de Obras Públicas la facultad de inspeccionar y vigilar el cumplimiento, por parte del concesionario, de sus obligaciones, imponiendo sanciones al concesionario si así correspondiere<sup>235</sup>.

Artículo 29°. Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones.

Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra.

En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 *bis*.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas, si bien entrega estas facultades al MOP, no especifica si dicha tarea recaerá, de hecho, en Inspectores Fiscales, o si habrá una institución especializada en el propio MOP encargada de esta tarea. Por ende, la base orgánica de los Inspectores Fiscales, como los órganos unipersonales que representan al MOP frente al concesionario, es reglamentaria y contractual.

Los mecanismos de control contemplados en los contratos de concesión entienden al control como la potestad de dirección (la transmisión de la voluntad del MOP al concesionario, control interno) y el control de la gestión del concesionario (revisión del cumplimiento de los planes, solicitudes de información, órdenes tendientes a la corrección de fallas en la gestión, imposición de planes de reducción de riesgo), que involucran a su vez el cumplimiento de la legislación laboral, ambiental y urbanística. RUFÍAN, al respecto, dirá que «estos poderes de la Administración se traducen en obligaciones del concesionario de entregar información al Inspector Fiscal, en mecanismos de

---

<sup>235</sup>El procedimiento de imposición de sanciones se verá en detalle en la siguiente sección, relativa al Director General de Obras Públicas. Véase la página 322.

aprobación de ciertos actos del concesionario y en la posibilidad de impartir instrucciones y órdenes y la de aplicar sanciones»<sup>236</sup>.

### 5.1.1. El Inspector Fiscal.

El Inspector Fiscal es un empleado del MOP, encargado de centralizar el control sobre el contrato de concesión. Cada concesión tiene dos Inspectores Fiscales, uno para la etapa de construcción y otro para la de explotación, cuyas facultades están enumeradas en los artículos 40º y 41º del RLCOP. Cada Inspección Fiscal revisa aspectos distintos del cumplimiento del contrato de concesión, e, incluso, es posible que ambas coexistan<sup>237</sup>.

Si bien el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas menciona al Inspector Fiscal en varias oportunidades y regula sus facultades en un capítulo completo, no define jurídicamente qué es un Inspector Fiscal. Dicha definición se encuentra en el artículo 4º, numeral 9), del Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

Artículo 4º. Para la correcta interpretación del Reglamento, se entiende por:

9) Inspector Fiscal: El funcionario profesional que, nombrado en forma competente, asume el derecho y la obligación de fiscalizar la correcta ejecución de las obras y el fiel cumplimiento de un contrato de construcción.

El inspector fiscal es un «funcionario a honorarios»<sup>238</sup>, seleccionado por concurso público, contratado, formalmente, por la Dirección General de Obras Públicas o por una Dirección sectorial, y empleado, en los hechos, por la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas<sup>239</sup>. La condición de «funcionario a honorarios» implica varias consecuencias, algunas ya revisadas.

1. Estos «funcionarios» son empleados mediante contratos de prestación de servicios a honorarios, de duración anual, que replican algunos de los beneficios laborales que tienen los funcionarios públicos, así como algunas de sus facultades.

<sup>236</sup>RUIFIÁN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, op. cit., pág. 91.

<sup>237</sup>Esto ocurrirá, normalmente, en el periodo que media entre la puesta en servicio provisoria y la puesta en servicio definitiva de la obra. A ello se suma la posibilidad de que algunos tramos de la obra sean puestos en servicio mientras otros permanecen en construcción. Véase al respecto la página 309.

<sup>238</sup>Sobre «funcionarios a honorarios», véase la página 204.

<sup>239</sup>Esto se comprende en un contexto en el que la actuación administrativa de los inspectores fiscales se realiza a través de resoluciones firmadas por el Director General de Obras Públicas. Respecto a la actuación jurídico-administrativa de los inspectores fiscales, véase la página 327.

- a) La Ley de Presupuestos confiere a los inspectores fiscales el carácter de «agentes públicos», al estar a su cargo la supervisión de la ejecución de la partida presupuestaria correspondiente a las Concesiones de Obras Públicas.
  - b) Si bien los Inspectores Fiscales son calificados, dicha calificación no es jurídicamente relevante. Las causales taxativas de separación del cargo de las que gozan los funcionarios de planta son reemplazadas por la discrecionalidad del DGOP.
  - c) Los contratos de prestación de servicios a honorarios tienen una duración anual, por lo que el Inspector Fiscal está sujeto a la incertidumbre, cada fin de año, de si será o no renovado su contrato<sup>240</sup>.
2. Ni el Estatuto Administrativo, ni la legislación laboral ordinaria les aplica. Ante un despido, y como ha sido certificado reiteradamente por la Contraloría General de la República<sup>241</sup>, el Código del Trabajo sería inaplicable, primando el contrato de honorarios por sobre la ley<sup>242</sup>.
- a) El término unilateral del contrato de prestación de servicios a honorarios, que en los hechos es un despido, puede ocurrir por la simple decisión arbitraria de la Administración, sin que ésta siquiera deba ser justificada.
  - b) La Contraloría General de la República, en diversos dictámenes, ha sostenido la tesis de que estos «funcionarios» pueden y deben ser destituidos, o sancionados, cuando concurren las causales establecidas en el Estatuto Administrativo para invocar responsabilidad administrativa<sup>243</sup>. Sin embargo, la discrecionalidad de la Administración sustituye la responsabilidad administrativa que estos «funcionarios» no tienen.

<sup>240</sup>Esto trae como consecuencia algunas situaciones adicionales que incrementan la sensación de inestabilidad en su empleo que tiene el Inspector Fiscal. La renovación de los contratos de prestación de servicios a honorarios no es automática; debe ser tramitada por la entidad pública contratante año tras año, y tales contratos deben ser tomados de razón por la Contraloría General de la República. Esto provoca que a los Inspectores Fiscales no se les pague el sueldo correspondiente al mes de enero en enero, ya que la Administración no puede pagar dineros respecto de contratos de prestación de servicios que no han concluido su tramitación.

<sup>241</sup>Por todos, Dictámenes 27.968/1992, 30.857/1992 y 31.324/1992 de Contraloría General de la República.

<sup>242</sup>Esta tesis ha sido duramente fustigada por toda la doctrina laboralista. MEDINA Y SANDOVAL, en su memoria de título, afirman que «el principio de juridicidad significa la sujeción de los órganos del Estado a derecho y que por tanto se entiende la totalidad del ordenamiento jurídico. Esta sujeción a derecho significa considerar no solamente el Estatuto Administrativo, sino también el Código del Trabajo, que como ya vimos excluye de su aplicación a los funcionarios del Estado sometidos por ley a un estatuto especial». El contrato a honorarios no es un estatuto especial, ya que ni siquiera tiene rango reglamentario –es un contrato–, por lo que la tesis de la Contraloría equivale a dar patente de curso al Estado para sustraer a sus trabajadores de los beneficios aplicables al resto de los empleados, parecer que comparte PALAVECINO.

<sup>243</sup>El dictamen 18.549/1997 de la Contraloría General de la República sostiene la tesis de que la calidad de agente público del «funcionario a honorarios» le hace aplicable la responsabilidad administrativa respecto del manejo de dichos fondos públicos, sin hacerle aplicable el resto del Estatuto Administrativo y sin concederle la calidad de funcionario público. Por su parte, el dictamen 19.005/2007, del mismo órgano de control, agrega que, no obstante serles inaplicable dicho Estatuto Administrativo, los «funcionarios a honorarios» están afectos a destitución cuando ellos cometen

Esta calidad de «funcionario a honorarios» permite que el Inspector Fiscal transmita los criterios del MOP en forma fluida al concesionario, quien parte de la base de que el Inspector Fiscal, efectivamente, *representa al MOP*. El Inspector Fiscal es capaz, rápidamente, de dirigir las órdenes que el MOP ha acordado imponer al concesionario, sin que éste pueda, en principio, discutir este criterio, ya que los mecanismos de apelación de las órdenes dictadas son ante el mismo MOP.

La responsabilidad sobre el control de juridicidad y el control democrático de la obra concesionada también recae en el Inspector Fiscal, lo que contrasta con sus calificaciones profesionales, al exigirse en el correspondiente concurso público que se trate de un ingeniero o constructor civil, y con su propia falta de independencia. SILVA CIMMA señalaba como uno de los requisitos del control la *independencia del órgano contralor*, requisito que el Inspector Fiscal no cumple. Dolores RUIFÁN señala al respecto que «es preciso reseñar que al MOP le interesa la buena prestación del servicio público más que la percepción de indemnizaciones por las deficiencias en la prestación del servicio o demoras en la ejecución de las obras que no resuelven, desde luego, los problemas generales»<sup>244</sup>. Esto implica que la revisión del respeto al principio de juridicidad queda supeditada al avance de la obra, lo que posibilita que se negocie con el concesionario cuántas leyes y reglamentos se le aplicarán, y cómo se le aplicarán, todo en pos del avance de la obra. Esto es inadmisibles.

Los mecanismos de control de juridicidad externos a la Administración tampoco pueden hacer mucho para corregir la situación. La Unidad de Auditorías Especiales y la División de Infraestructura y Regulación de la Contraloría General de la República han intentado suplir el vacío institucional y erigirse en un mecanismo de control de juridicidad más imparcial<sup>245</sup>, pero ambas se estrellan con el monopolio que tiene el Inspector Fiscal respecto del control del contrato de concesión.

Los informes de auditoría, que revelan muchas veces incumplimientos contractuales de la concesionaria, terminan volviéndose órdenes al Inspector Fiscal, cuyo cumplimiento se subordina al avance de la obra. La Contraloría no puede dirigir directamente órdenes a la concesionaria para restaurar el imperio del Derecho, ya que su acción en los contratos de concesión sólo se justifica en la medida en que se cautela la adecuada inversión de los recursos públicos. Además, la responsabilidad administrativa de los Inspectores Fiscales no existe realmente, y su vinculación con el servicio termina cuando renuncian (salvo cuando puede invocarse responsabilidad civil o penal

---

algunas de las infracciones establecidas en el artículo 125 del Estatuto, precisamente por incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en el contrato de prestación de servicios a honorarios.

<sup>244</sup>RUIFÁN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, op. cit., pág. 91.

<sup>245</sup>Dictámenes 32.795/1996 y 23.701/1999, de Contraloría General de la República.

respecto de ellos). En muchos casos, además, los Inspectores Fiscales no son responsables de las falencias en el control, simplemente, porque es imposible que cumplan con todas sus tareas.

En suma, la figura del Inspector Fiscal es excelente a la hora de transmitir la voluntad de la Administración al concesionario sobre la base de la relación de sujeción especial que existe entre el propio concesionario y el MOP; buena a la hora de revisar la gestión de la propia concesión, pobre a la hora de revisar el cumplimiento de la normativa vigente y aplicar sanciones al concesionario, y nula en lo que respecta al control democrático, que depende de la voluntad de la sociedad concesionaria y del Inspector Fiscal. La centralización de todas las formas de control en el Inspector Fiscal es, como profundizaremos en el próximo capítulo de este trabajo, una mala decisión.

### **5.1.2. La Asesoría a la Inspección Fiscal.**

Es imposible que el inspector fiscal sea capaz, al mismo tiempo, de revisar la juridicidad de un acto administrativo, de realizar ensayos de composición química de los materiales de la obra, y de revisar los terrenos. Es todavía más imposible que haga todas estas cosas a lo largo de una concesión que puede tener centenares de kilómetros cuadrados de extensión. Por ende, el Inspector Fiscal necesitará apoyo para cumplir su tarea, apoyo que el Ministerio de Obras Públicas actual no se encuentra en condiciones técnicas ni logísticas de proporcionar.

Es así como, para suplir dicha deficiencia, el MOP contratará asesorías externas que realicen el trabajo y que estén a las órdenes del Inspector Fiscal. El fundamento normativo para ello está en el artículo 41º, párrafo 2º, del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

*Artículo 41º. Libro de obras y asesores.*

§ 2. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, con la autorización del Director respectivo, se podrá ordenar que el inspector fiscal sea asesorado por ingenieros civiles, arquitectos, constructores civiles, y otros profesionales. Las actividades y obligaciones de éstos últimos asesores se establecerán en el convenio que con ellos se celebre, para estos efectos.

Esta norma permite que se estructure, mediante contratos, una Asesoría a la Inspección Fiscal privada, bajo la dirección del Inspector Fiscal de la concesión. Esta Asesoría deberá proveer de laboratorios, ingenieros, transporte y oficinas al Inspector Fiscal, para que esté en condiciones

de cumplir las funciones que le han sido asignadas por el ordenamiento jurídico y las Bases de Licitación.

El contrato administrativo de Asesoría a la Inspección Fiscal se tramita a través del procedimiento general contemplado en la LBCASyPS para contratos de prestación de servicios, complementado por el Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP<sup>246</sup> y, recientemente, por las Bases Tipo para Contratos de Asesoría a las Inspecciones Fiscales de Obras Públicas Concesionadas<sup>247</sup>. Todas estas normas fijan un conjunto de condiciones y tareas que el Asesor debe cumplir. A esto se suman Anexos que contienen las cláusulas de los contratos de asesoría que dependerán de la obra en específico.

Si bien este esquema permite al Inspector Fiscal contar con recursos que el MOP no tiene, para supervisar obras, tiene algunos problemas, particularmente en la etapa de construcción, donde la licitación de la Asesoría a la Inspección Fiscal no podrá iniciarse antes del término de la tramitación del decreto que adjudica la concesión. El contrato de Asesoría a la Inspección Fiscal, además de ser un contrato administrativo, es accesorio, puesto que depende de la existencia de la concesión, y, por ende, de un Inspector Fiscal. Por eso, pueden pasar varios meses entre el comienzo de la concesión y la constitución en terreno de la Asesoría a la Inspección Fiscal de construcción, meses en que el Inspector Fiscal sólo tendrá el apoyo de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.

Si la empresa asesora incumple sus obligaciones contractuales, el Inspector Fiscal del contrato de asesoría<sup>248</sup>, en teoría, podría poner fin al contrato. En la práctica, como este Inspector Fiscal muchas veces es el propio Inspector Fiscal de la concesión, se verá incentivado a mantener a toda costa el contrato con su empresa asesora para evitar dejar de cumplir con sus funciones, y para esquivar la responsabilidad que de ello se origina. Este problema intenta ser prevenido exigiendo que sólo las empresas que estén clasificadas en las máximas categorías del Registro de Consultores participen en la licitación, pero esto no puede evitar todos los problemas potenciales.

#### **5.1.2.1. Registro de Consultores.**

El artículo 5° del RCTC establece la existencia de un Registro de Consultores común y único para la Dirección General de Obras Públicas y las Direcciones sectoriales. El MOP no puede contra-

<sup>246</sup>Decreto 48/1994 MOP. En adelante RCTC.

<sup>247</sup>Resolución 61/2011 DGOP, que aprueba el formato tipo de bases para los Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal en contratos de obras públicas concesionadas. En adelante BTCAIF.

<sup>248</sup>Véase la página xxx sobre el control del contrato de Asesoría a la Inspección Fiscal.

tar empresas asesoras no incluidas en el Registro, a menos que el Ministro de Obras Públicas lo autorice por decisión fundada<sup>249</sup>.

El Registro está abierto para toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera que desee inscribirse, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la tarea a desempeñar, y que no esté afecta a inhabilidades. Este Registro se divide por áreas y especialidades, subdividiéndose cada especialidad, a su vez, en categorías, de acuerdo con la capacidad operativa que la persona o sociedad inscrita tenga<sup>250</sup>.

Para que una empresa pueda postular en una licitación de Asesoría a la Inspección Fiscal, debe estar inscrita en el Registro de Consultores, en el Área de Inspecciones, y en la categoría requerida por las bases de licitación de dicho contrato, que normalmente será Primera Categoría o Primera Categoría Superior.

**5.1.2.1.1. Inhabilidades.** El Registro contempla, además de las inhabilidades propias de la LB-CASyPS, las siguientes<sup>251</sup>.

1. Personas naturales que se desempeñan como funcionarios públicos, con obligación legal de dedicación exclusiva; funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, Instituciones y Empresas dependientes o que se relacionen con el Estado por su intermedio, y personas jurídicas que tuvieren a dichos funcionarios dentro de sus directorios u organización<sup>252</sup>.
2. Personas naturales y personas jurídicas que tengan dentro de su directorio a personas naturales que hubieren sido condenadas por crimen o simple delito que mereciere pena aflictiva, o por algún delito que el MOP estime que afecta su idoneidad profesional<sup>253</sup>.

<sup>249</sup> Artículo 2º, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

<sup>250</sup> Una de estas áreas es, precisamente, el Área de Inspecciones, que contempla para sí algunas normas especiales en el RCTC. Esta área tiene como especialidades: Obras Viales y Aeropuertos; Obras Hidráulicas, de Riego y Sanitarias; Obras de Edificación; Obras Portuarias, Marítimas, Fluviales y Lacustres; Túneles; Inspección de Montajes Electromecánicos; Inspección de Fabricaciones Mecánicas y Metálicas; Laboratorios para Obras Civiles, Mecánicas y/o Eléctricas; y Seguridad Vial. Todas estas especialidades aplican a la inspección de la construcción y operación de buena parte de la infraestructura concesionada. Sin embargo, no existen aquí, por razones por demás lógicas, empresas que puedan asesorar al Inspector Fiscal en la operación de concesiones de servicios cuya prestación no es propia del MOP, como cárceles, hospitales o escuelas; aquí es el servicio mandante quien tendrá que instruir al Inspector Fiscal.

<sup>251</sup> Artículo 25, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

<sup>252</sup> Esta causal de inhabilidad tiene como contraexcepción a los investigadores y centros dependientes de universidades estatales. El artículo 10º del Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP contempla requisitos especiales para su inscripción en los registros.

<sup>253</sup> Suponemos que esto contempla delitos como el cohecho y el soborno, que pueden no conllevar penas aflictivas. Sin embargo, es cuando menos cuestionable constitucionalmente que el MOP tenga el derecho para determinar, arbitrariamente, cuáles delitos conllevan inhabilidad y cuáles no.

3. Personas naturales y personas jurídicas que tengan en su directorio a personas naturales que hubieren sido eliminadas del Registro de Consultores, durante los cinco años siguientes a su eliminación<sup>254</sup>.
4. Personas naturales y jurídicas que formen parte de otras personas jurídicas ya inscritas en la especialidad a la que el consultor opta a inscribirse.
5. Personas naturales y jurídicas que, una vez inscritas en el Registro General de Contratistas del MOP<sup>255</sup>, desean inscribirse en el Área de Inspecciones del Registro de Consultores. Esta inhabilidad busca evitar que las empresas constructoras se inspeccionen a sí mismas, con todos los problemas de probidad que eso conlleva. Se hace extensiva, por ende, a los socios, directores y personal profesional de dichas organizaciones.

El Área de Inspecciones está hasta cierto punto protegida de que las empresas constructoras intenten constituir sociedades para participar en los concursos de Asesoría a la Inspección Fiscal y ganar así la posibilidad de ser juez y parte en los procesos de construcción. Esto, en todo caso, dependerá de que las bases de licitación establezcan la exigencia para las empresas contratistas de estar inscritas en este registro, o de que el concesionario acepte la aplicación a su respecto de la Ley 20.410.

**5.1.2.1.2. Procedimiento de inscripción.** El postulante que desee inscribirse en una categoría del área de Inspecciones debe acreditar que cumple las exigencias reglamentarias en cuanto a experiencia, calidad y personal profesional. El postulante quedará automáticamente inscrito en la categoría más alta respecto de la cual cumpla los requisitos<sup>256</sup>, lo que implica que una firma que cumple los requisitos de la categoría más alta puede postular, en teoría, y con ventaja, a licitaciones con empresas de categorías inferiores.

La firma consultora postulante debe dirigir al jefe del Registro de Consultores una solicitud de inscripción, a la que se acompaña un formulario de inscripción con los detalles allí requeridos,

---

<sup>254</sup> Artículo 100, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

<sup>255</sup> El Registro General de Contratistas del MOP es un registro, clasificado en áreas, especialidades y categorías, de la misma forma que el Registro General de Consultores del MOP. Dice relación con la celebración, con el Ministerio de Obras Públicas, de *contratos de obra pública*, contratos íntegramente regidos por la LBCASyPS donde los pagos son a suma alzada o en cuotas y el único factor de licitación es el monetario. Si bien el inciso 2° del artículo 22° de la LCOP, así como varias Bases de Licitación de las obras licitadas con anterioridad a la Ley 20.410, establecen como exigencia que las empresas constructoras subcontratadas por el concesionario estén inscritas en este registro, y aun en cierta categoría, estos contratos de obra pública no serán tratados en este trabajo.

<sup>256</sup> Artículo 14°, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

que, como mínimo, serán aquellos contemplados en los artículos 8º, 9º y 10º del RCTC. Cualquier inconsistencia en los datos entregados será causa de rechazo de la solicitud.

El organismo que resuelve sobre las inscripciones, interpreta las causales de inhabilidad y asigna a los consultores postulantes el área, las especialidades y las categorías en que quedarán inscritos es la Comisión del Registro de Consultores, formada por tres Directores de servicio y presidida por el Director General de Obras Públicas. Esta Comisión puede solicitar al postulante que presente documentos adicionales a su solicitud, y resuelve sin ulterior recurso sobre la inscripción o no del postulante en el registro, fijando la categoría.

La resolución de la Comisión se notifica a los postulantes por escrito. Si la resolución es favorable, la Comisión del Registro de Consultores extenderá el certificado correspondiente de inscripción en dicho registro. En cambio, de ser desfavorable, el postulante rechazado sólo podrá volver a postular una vez, acompañando nuevos antecedentes. Si su solicitud es nuevamente rechazada, dicho postulante no podrá volver a solicitar su inscripción hasta dentro de un año, contado desde la resolución que comunicó el rechazo de su inscripción.

**5.1.2.1.3. Requisitos para los consultores.** Los consultores, de acuerdo con sus capacidades para realizar obras, se clasifican en cuatro categorías. Cada una tiene los siguientes requisitos.

1. Tercera Categoría. Permite optar a trabajos de inspección de contratos por menos de 750 UTM. Sólo requiere la contratación de un ingeniero civil jefe, en el caso de las empresas asesoras.
2. Segunda Categoría. Habilita para optar a contratos de asesoría a inspecciones de entre 750 y 3.000 UTM. Requiere:
  - a) La realización conforme y sin observaciones de inspecciones, por un monto que alcance a la mitad del monto base establecido para la primera categoría<sup>257</sup>.
    - 1) Esto se acredita mediante certificados otorgados por las personas e instituciones públicas o privadas que contrataron los trabajos, o por copias de los contratos mismos, más documentación que acredite que ellos se realizaron sin observaciones.

---

<sup>257</sup>Cuadro 2-A, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP. Esta base de cálculo depende del tipo de obra a inspeccionar.

- 2) Esta es experiencia propia del consultor, y tiene, como mínimo, un 20 % de ponderación.
  - b) La contratación de a lo menos 3 profesionales con experiencia, para complementar la experiencia propia de la firma. El 80 % restante de la experiencia puede ser completada de esta forma.
    - 1) Estos profesionales deben tener a lo menos 3 años de ejercicio profesional y ser contratados por un año como mínimo.
    - 2) La experiencia de estos profesionales se mide de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 18° del RCTC.
  - c) Tener por lo menos un Ingeniero Civil jefe, con a lo menos 5 años de experiencia, en el caso del área de Inspecciones.
3. Primera Categoría. Permite al consultor optar a trabajos de Asesoría a Inspecciones Fiscales de obras públicas, por un valor de entre 3.000 y 6.000 UTM, lo que comprende las concesiones de obra pública pequeñas. Requiere lo siguiente.
  - a) La realización conforme y sin observaciones de trabajos de consultoría, correspondientes a un monto que alcance la base de cálculo establecida en el reglamento para la primera categoría. Un 50 % de la experiencia debe ser propia del consultor.
  - b) La contratación de a lo menos 4 profesionales con experiencia, medida de acuerdo con los parámetros del artículo 18° del RCTC. Sólo se puede complementar el 50 % restante de la experiencia asignada con profesionales, para la Primera Categoría. Estos profesionales deben tener por lo menos 5 años de ejercicio de la profesión, y ser contratados por, a lo menos, un año.
  - c) Tener por lo menos un Ingeniero Civil jefe, con a lo menos 8 años de experiencia.
4. Primera Categoría Superior. Permite a la firma asesora optar a trabajos de Asesoría a Inspecciones Fiscales de obras concesionadas, por un valor de más de 6.000 UTM, lo que le permite asesorar las Inspecciones Fiscales de las concesiones de obras públicas medianas y grandes. Requiere lo siguiente.
  - a) La realización conforme y sin observaciones de trabajos de inspección correspondientes a un monto equivalente a 1.5 veces el monto base del reglamento para la Primera

Categoría. Además, el 100% de esta experiencia debe corresponder a experiencia propia de la firma consultora.

- b) Además de esto, la firma de Primera Categoría Superior debe contratar, a lo menos por un año, por lo menos a 6 profesionales con 5 años de ejercicio de la profesión, como mínimo.
- c) Tener por lo menos un Ingeniero Civil jefe, con a lo menos 10 años de experiencia.

Además de la experiencia, la permanencia, ascenso o descenso en estas categorías, también está determinada por el desempeño que las firmas consultoras han tenido en la ejecución de sus Asesorías de Inspecciones Fiscales. El artículo 97° del RCTC establece como sanción que los consultores pueden ser degradados si son mal calificados en una Asesoría, mientras que el artículo 99° permite al consultor inscrito, que cumpla con los requisitos ya reseñados para la categoría inmediatamente superior, y que haya recibido tres calificaciones altas sucesivas en trabajos de consultoría, el ascenso de categoría.

#### **5.1.2.2. Preparación de las Bases de Licitación.**

El formato de las Bases de Licitación para los Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal se ha ido estandarizando, hasta llegar, en 2011, a la aprobación de un formato tipo de bases para estos contratos. Los contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal estarán formados por:

1. La Resolución 61/2011 DGOP, que aprueba el Formato Tipo de Bases de Licitación para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas.
2. El Anexo Complementario de las Bases Administrativas, el Anexo Complementario de los Términos de Referencia, y los formularios de Oferta Técnica y Oferta Económica. Todos estos documentos son formularios estandarizados. Los dos primeros son llenados por el MOP, según las características de la asesoría requerida, las facultades que se desee otorgar a la empresa asesora de la Inspección Fiscal, y las prerrogativas que le hubieren sido conferidas al Inspector Fiscal de la concesión. El resto de los formularios es llenado por el oferente.
3. Los documentos acompañados con las ofertas técnicas y económicas por parte del postulante.

4. La resolución de adjudicación del contrato, una vez ha ingresado, previa toma de razón, a la oficina de partes de la DGOP.
5. La publicación del llamado a concurso. También es parte del contrato, toda vez que allí se establecerá la fecha y hora de la ceremonia de recepción y apertura de las Ofertas Técnicas.

El procedimiento de licitación está regulado por el RCTC, y, supletoriamente, por la LBCASyPS y su Reglamento, refiriéndonos a la normativa general de licitaciones en lo relativo al procedimiento mismo<sup>258</sup>.

### **5.1.2.3. Llamado a licitación.**

El anuncio es realizado por el Director General de Obras Públicas, y comprende la emisión por el DGOP de una resolución exenta aprobando las Bases de Licitación<sup>259</sup>, y la publicación de un extracto de las BTCAIF y de sus anexos en el Diario Oficial, así como en otros medios de prensa, que contiene:

1. El área, la especialidad y las categorías requeridas. Los contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal requieren la inscripción en el Área de Inspecciones, en una especialidad coherente con la obra a inspeccionar.
2. El nombre del contrato, el valor de las bases, el plazo para realizar consultas y el lugar para el retiro de los antecedentes.
3. La fecha, hora y lugar de apertura de las Ofertas Técnicas y Económicas.

Una vez publicado este extracto, el anuncio se publica en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración. Dependiendo de las características del proyecto a inspeccionar, puede que se requiera, como paso previo a la presentación de la oferta, una visita a terreno por parte del oferente. Si este es el caso, los gastos de la visita serán de cargo del oferente, y se entregará un certificado como prueba de haber visitado en terreno el espacio donde se construirá la obra concesionada, que deberá ser presentado en la licitación junto a la Oferta Técnica.

<sup>258</sup>Sobre el procedimiento licitatorio, véase la página 168.

<sup>259</sup>La resolución que aprueba las Bases de Licitación están exentas de la toma de razón cuando la licitación se basa en las Bases Tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas. Véase el artículo 9.5 de la Resolución 1.600/2008 CGR, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

#### 5.1.2.4. Presentación de las ofertas.

El artículo 36° del Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP establece que la entrega de garantías de seriedad de la oferta es excepcional, y que su monto y sus condiciones, así como la necesidad misma de su entrega, dependerán de las Bases de Licitación, disposición que las BTCAIF<sup>260</sup> reconocen.

Las propuestas se entregan en dos sobres separados; uno, para la Oferta Técnica, y otro, para la Oferta Económica, al igual como pasa con las concesiones de obras públicas. La Oferta Económica contiene el precio que el consultor cobrará para implementar el programa de Asesoría a la Inspección Fiscal, mientras que la Oferta Técnica deberá contener, junto con este plan, una serie de documentos que son, entre otros:

1. Antecedentes legales. El postulante debe acompañar su estructura legal, la que comprende sus datos, el detalle, a lo menos, de las personas que componen su plana directiva, y una copia de la escritura pública donde aparezca el nombre de su representante legal.
2. Experiencia. Además de los requisitos genéricos de experiencia requeridos para la categorización en el Registro de Consultores del MOP, la empresa postulante debe señalar su experiencia en la inspección de obras similares a la concesión de obra pública que se fiscalizará. Si la empresa no cuenta con dicha experiencia, adjuntará el *curriculum vitae* de los profesionales que hubiere contratado, y que la tuvieren.
3. Equipo permanente. La empresa deberá presentar una nómina y los *curriculum vitae* de los profesionales que trabajan allí. Junto con ello, se deben acompañar los *curriculum vitae* de los profesionales nominados y propuestos al Inspector Fiscal que trabajarán en la asesoría, adjuntando además una carta de compromiso de dichos profesionales, que señalará su intención de trabajar en la Asesoría a la Inspección Fiscal de ser adjudicado el contrato al oferente.
4. Plan de gestión y metodología de trabajo. La oferente debe presentar un plan de inspección de la obra, para asesorar convenientemente al Inspector Fiscal. Dicho plan debe contemplar

---

<sup>260</sup>Bases Tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Públicas Concesionadas.

un cronograma y un listado de recursos propuestos, que corresponden a un listado de profesionales requeridos y a un presupuesto estimativo de los recursos que serán empleados en la asesoría.

5. Declaración jurada del oferente, de que ni la empresa, ni su personal, tiene o ha mantenido relación contractual alguna en el año calendario anterior a la licitación, con la sociedad concesionaria, con sus socios, su personal o la empresa adjudicataria de la concesión de obra pública, o con alguna empresa contratista que construya la obra<sup>261</sup>.
6. Certificaciones adicionales. Todas certifican el cumplimiento de requisitos formales y deben ser entregadas con la oferta técnica. Son:
  - a) Declaración privada simple, que certifica que el oferente ha estudiado las bases de licitación.
  - b) Copia de factura, que certifica que el oferente ha comprado las bases de licitación.
  - c) Certificado de inscripción en el Registro de Consultores. Este certificado puede obtenerse a través de una solicitud a la DGOP.
  - d) Certificado de visita a terreno, siempre y cuando ésta sea obligatoria<sup>262</sup>.

#### **5.1.2.5. Apertura de las ofertas.**

Al igual que en las concesiones de obras públicas, los contratos de Asesorías a las Inspecciones Fiscales contemplan dos ceremonias de recepción y apertura de las ofertas. La fecha y la hora en que ellas ocurrirán se encuentra en el Anexo Complementario de las Bases Administrativas de las BTCAIF, y en el extracto publicado del anuncio. La Comisión de Evaluación estará formada por el Director General de Obras Públicas y dos profesionales nombrados por él.

Es necesario que los postulantes presenten dos sobres separados, uno con su Oferta Técnica y otro, con su Oferta Económica. La Comisión de Evaluación emitirá su veredicto sobre las ofertas técnicas en la ceremonia de apertura de las ofertas económicas. Las Ofertas Técnicas son evaluadas mediante criterios establecidos en el RCTC, que parten con la ponderación de la experiencia

---

<sup>261</sup>Esta declaración se exige específicamente a las empresas que se adjudicarán contratos de asesorías de inspecciones fiscales, en el artículo 34° del RCTC.

<sup>262</sup>Secciones 12.1.1 a 12.1.12, Bases Tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Públicas Concesionadas.

general y los antecedentes de la empresa, y continúan con la evaluación del plan de trabajo y la metodología propuesta, así como de la calidad y suficiencia del equipo propuesto. Cada elemento será calificado, y el postulante que obtenga una nota inferior a 4.5 en alguno de ellos, o un promedio inferior a 5.0, será descalificado.

La calificación será dada a conocer en la ceremonia de apertura de las ofertas económicas, la que, de forma análoga a los procedimientos de licitaciones de concesiones de obras públicas, se producirá en una fecha posterior a la de apertura de las ofertas técnicas. Esta analogía se extiende al hecho de que, en dicha fecha de apertura, sólo se abrirán los sobres cerrados de ofertas económicas de los oferentes cuyas ofertas técnicas no han sido descalificadas. En el acto de apertura de las ofertas económicas se dará a conocer el presupuesto oficial contemplado por el MOP para la ejecución de la asesoría<sup>263</sup>.

#### **5.1.2.6. Adjudicación del contrato.**

Una vez las ofertas técnicas inaceptables han sido separadas, la Comisión de Evaluación asignará un puntaje a las Ofertas Técnicas y a las Ofertas Económicas, y todos los miembros de esta Comisión firmarán un Acta de Adjudicación, que recomendará al DGOP adjudicar la Asesoría al postulante que obtuvo mayor puntaje en el proceso. El DGOP puede adjudicar la propuesta o declarar desierta la licitación. La adjudicación del contrato se traduce en una resolución del DGOP que debe ser tomada de razón por la Contraloría General de la República, y que debe ser totalmente tramitada por la Contraloría antes de que el contrato se dé por iniciado<sup>264</sup>.

Una vez Contraloría se pronuncia favorablemente respecto de esta resolución, ella será publicada e ingresará, totalmente tramitada, a la Oficina de Partes del DGOP. Este hecho material da inicio, formalmente, al contrato. Con él también comienza a correr un plazo de 30 días en los que el adjudicatario deberá suscribir ante notario tres transcripciones de la resolución de adjudicación, en señal de aceptación de su contenido. El asesor deberá protocolizar una de las transcripciones y enviar dos copias al MOP: una, a la Fiscalía, y otra, a la Oficina de Partes del DGOP<sup>265</sup>.

<sup>263</sup>Sección 15.2, Bases Administrativas tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas.

<sup>264</sup>La Resolución 1.600/2008 de Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, establece en su artículo 9.2.2 que están afectos a dicho trámite los «convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por licitación pública, cuando su monto total exceda de 5.000 UTM». La resolución del DGOP puede estar exenta de toma de razón cuando ese monto no es excedido.

<sup>265</sup>Sección 18, Bases Administrativas tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas.

En el mismo plazo de 30 días, el adjudicatario debe constituir en favor del MOP una garantía de seriedad de la oferta por un valor equivalente al 5 % del monto de la Asesoría a la Inspección Fiscal. Esta boleta de garantía tendrá por duración el plazo del contrato, más 6 meses, y su glosa será la que se determine en las Bases. Será devuelta una vez liquidado el contrato de asesoría<sup>266</sup>.

La demora causada por el proceso completo, cuando se trata de la Asesoría a la Inspección Fiscal de Construcción, tiene graves consecuencias. Todo el tiempo que se tarde la licitación, más la posibilidad de que la resolución del DGOP deba ir a toma de razón y pueda, incluso, ser devuelta o representada por la Contraloría, será tiempo en que el Inspector Fiscal de la etapa de construcción no tendrá asesoría, siendo asistido sólo por las divisiones de la Coordinación de Concesiones.

#### **5.1.2.7. Transcurso del contrato.**

Una vez la resolución adjudicatoria termina su tramitación, el contratista deberá proporcionar al Inspector Fiscal los servicios comprometidos en las Bases. Se pagará a la empresa contratista mediante estados de pago mensuales o quincenales, que serán imputados a fondos sectoriales, y que sufrirán merma si el Inspector Fiscal decide proponer al Director General de Obras Públicas la aplicación de una multa.

El contrato de Asesoría a la Inspección Fiscal contará con su propio Inspector Fiscal, que corresponde, en muchos casos, al propio Inspector Fiscal de la obra concesionada, si bien, en un gran número de casos, esto no es así<sup>267</sup>. El asesor de la Inspección Fiscal deberá implementar las dependencias en terreno de la Inspección Fiscal y ejercerá, en los hechos, las atribuciones que las Bases de Licitación de la concesión y los artículos 39° al 43° del RLCOP le entregan al Inspector Fiscal. Este último, en tanto, será el responsable administrativo del ejercicio del control.

La calificación final, así como aquellos procedimientos de cierre a ser seguidos por la empresa asesora, serán tratados al momento de revisar el término de las funciones del Inspector Fiscal de construcción.

---

<sup>266</sup>Sección 19, Bases Administrativas tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas; Artículo 55°, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

<sup>267</sup>La unificación de las figuras del Inspector Fiscal de la concesión y del Inspector Fiscal del contrato de Asesoría a la Inspección Fiscal corresponde a una costumbre del MOP adoptada por experiencia. En más de alguna ocasión se intentó separar ambas funciones, con pobres resultados.

### 5.1.3. Funciones comunes.

La función que define a los inspectores fiscales, sobre todas las demás, es la mantención de un canal de comunicación entre el MOP y el concesionario, como aparece en el artículo 38° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

#### Artículo 38°. *Del inspector fiscal.*

§ 1. El MOP nominará un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial.

§ 2. Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas se canalizará a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, el presente Reglamento o en las bases de licitación correspondientes.

Además, los inspectores fiscales tienen otras prerrogativas, que están mencionadas en los artículos 39° y 40° del RLCOP.

#### Artículo 39°. *Funciones y atribuciones del inspector fiscal en la etapa de construcción.*

Durante la etapa de construcción el inspector fiscal fiscalizará el desarrollo del contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes:

- a) Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto;
- b) Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras;
- c) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria;
- d) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad;
- e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad;
- f) Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite en relación a la gestión de la concesión durante la etapa de construcción;
- g) Revisar la Información estadística entregada por la sociedad concesionaria;
- h) Proponer al Director respectivas compensaciones o realización de obras adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del presente Reglamento.
- i) Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra.
- j) Proponer la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión.
- k) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato.
- l) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.

m) Revisar y proponer al Director respectivo la aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra.

n) Cualesquiera otras establecidas en las bases de licitación.

Artículo 40°. *Funciones y atribuciones del inspector fiscal en la etapa de explotación.*

Durante la etapa de explotación, el inspector fiscal fiscalizará el contrato de concesión y tendrá todas las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, con al menos las siguientes:

a) Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite relativos a la gestión de la concesión;

b) Realizar los análisis pertinentes de los antecedentes que debe entregar la sociedad concesionaria;

c) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras;

d) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo;

e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la operación de las obras;

f) Fiscalizar el cumplimiento del reglamento de servicio de la obra;

g) Fiscalizar el cumplimiento del cobro de tarifas;

h) Fiscalizar el cumplimiento de las condiciones económicas de la licitación;

i) Proponer la aplicación de multas;

j) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables, administrativos y, en general, de cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato.

k) Todas las que corresponden al inspector fiscal de la etapa de construcción relacionadas con la ingeniería de los proyectos y la construcción cuando se realicen obras durante la fase de explotación.

l) Fiscalizar el cumplimiento de las exigencias ambientales del proyecto.

m) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.

n) Cualesquiera otras establecidas por las bases de licitación.

Estas funciones se pueden clasificar en tres subgrupos, de acuerdo a si son funciones comunes a ambos inspectores fiscales; funciones exclusivas para la etapa de construcción; o funciones propias de la etapa de explotación.

Al primer grupo, a ser tratado aquí, pertenecen las prerrogativas referidas al establecimiento de comunicación con el concesionario y al ejercicio de las potestades de dirección y control del contrato. Además, las potestades de solicitud de información y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de información, por parte del Inspector Fiscal, también se encuentran aquí.

### **5.1.3.1. Instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.**

El Inspector Fiscal, por las razones ya citadas, es el *representante del MOP* ante el concesionario. Esto le permite impartir órdenes a aquél, para el apropiado cumplimiento del contrato de concesión. La calidad de representante del MOP que tiene el Inspector Fiscal crea una suerte de relación jerárquica entre el Inspector y el concesionario.

Cuando se nombra al Inspector Fiscal, sus primeras instrucciones tenderán a constituir el equipo que lo asesorará y lo representará en terreno, e instalar sus oficinas en la obra misma. La Inspección Técnica que le servirá de apoyo en terreno se constituirá, por ende, apenas la resolución que adjudica la licitación del contrato de asesoría se encuentre totalmente tramitada<sup>268</sup>.

**5.1.3.1.1. Constitución de la Inspección Técnica.** El Inspector Fiscal procederá, como primera instrucción, a acondicionar las oficinas en que funcionará la correspondiente Inspección Técnica. Estas oficinas serán provistas por la concesionaria, cuando las Bases de Licitación lo exijan así, o por la empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal, cuando dicha exigencia no se hallare contemplada. En cualquier caso, el mobiliario de las oficinas debe ser provisto por el asesor, con el equipamiento solicitado por la Administración en el contrato de Asesoría a la Inspección Fiscal.

Además, el asesor debe instalar oficinas para el personal en terreno de la Inspección Técnica, las que deberán contar con estacionamientos, salas de reuniones, y otros elementos necesarios para el apropiado desempeño de las funciones de dicha Inspección y señalados en las BTCAIF. Junto con ello, el Asesor debe proporcionar:

1. **Movilización.** La empresa asesora debe transportar al Inspector Fiscal en un vehículo con chofer, para el ejercicio de funciones propias de su cargo.
2. **Recursos informáticos.** Junto con proporcionar los computadores comprometidos en el contrato de asesoría, la empresa asesora deberá conectarlos en red, comprar las licencias del sistema operativo y del *software* a utilizar, así como vigilar la seguridad de la red e implementar los sistemas que necesiten acceso desde Internet.

---

<sup>268</sup>Es una obligación establecida en las Bases Tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas el que la empresa asesora obedezca las instrucciones del Inspector Fiscal de la obra concesionada tendientes a la instalación de la propia Inspección Técnica en terreno. El cumplimiento de esta obligación será fiscalizado por el Inspector Fiscal del contrato mismo de asesoría, que puede ser el Inspector Fiscal mismo de la obra concesionada, o puede ser otra persona.

3. Recursos comunicacionales. La Inspección Técnica debe ser provista de teléfonos móviles, fijos y de equipos de comunicaciones para trabajos en terreno<sup>269</sup>.

El personal que fuera señalado en su oferta por el Asesor se pondrá a disposición del Inspector Fiscal apenas comience el contrato de concesión, pudiendo ser revisados sus antecedentes por el Director General de Obras Públicas con posterioridad al concurso.

El Inspector Fiscal puede solicitar al Asesor la remoción de un trabajador cuando se compruebe negligencia en su trabajo, fallas o actitudes que atente contra el desarrollo de los trabajos, caso en el cual el Asesor deberá reemplazarlo por otro de igual o superior calidad en un plazo de 15 días corridos. Este nombramiento deberá ser aprobado por el Inspector Fiscal en un plazo de 7 días, y el silencio del Inspector Fiscal se entenderá como aprobación.

**5.1.3.1.2. Sistema de archivos.** La Inspección Fiscal debe tener un sistema de archivos, necesario para reconstruir sus operaciones y tomar decisiones sobre la base de las actuaciones pasadas. Por esto, junto con la puesta en servicio de la Inspección Técnica, el Asesor a la Inspección Fiscal debe crear un Sistema de Gestión Documental para el Inspector Fiscal.

Este sistema de archivos debe permitir al Inspector Fiscal acceder a los documentos relevantes de la obra vía Internet, realizar búsquedas en el texto de los documentos y filtrar dicha información, además de permitirle descargar dichos documentos en un formato legible por cualquier sistema informático<sup>270</sup>. Los documentos que deben estar en este sistema de archivos, a lo menos, deben ser los siguientes:

1. Bases de Licitación de la obra concesionada, Circulares Aclaratorias, Oferta Técnica, Oferta Económica, Decreto de Adjudicación, Modificaciones de Contrato y Convenios Complementarios. Estos son todos los documentos que forman el contrato de concesión de obra pública propiamente tal.
2. Especificaciones técnicas del proyecto.
3. Inventarios del contrato de concesión.

<sup>269</sup>Sección 6, Términos de Referencia tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Concesionadas.

<sup>270</sup>El formato exigido por las BTCAIF es el de Archivo de Documento Portátil, o PDF, que corresponde a las normas técnicas ISO 19005-1:2005, ISO 19005-2:2011 e ISO 32000-1:2008. Sobre ISO y el rol del inspector fiscal en la supervisión del cumplimiento de normas técnicas, véase la página 5.1.4.7.

4. Correspondencia recogida en el transcurso del contrato de asesoría.
5. Informes vinculados al contrato de concesión.
6. Estados de pago.
7. Resoluciones de Puesta en Servicio Provisoria, Puesta en Servicio Definitiva, monto de tarifas, cambio en la persona del Inspector Fiscal, entre otras relevantes para la concesión.
8. Normativa relativa a concesiones, comprendiendo todos los reglamentos, circulares, decretos, manuales y normas que rigen los contratos de concesión de obra pública y de asesoría<sup>271</sup>.
9. Cualquier otra información de la concesión que el Inspector Fiscal hubiere requerido, o que requiriere a la Asesoría a la Inspección Fiscal<sup>272</sup>.

Este sistema de archivos debe ser compatible con los Sistemas de Gestión Documental de las demás concesiones, y debe permitir al Inspector Fiscal, si lo desea, obtener y respaldar todos los documentos relevantes. Además, se exige a la empresa asesora a la Inspección Fiscal su mantención en formato físico, en la oficina del Inspector Fiscal.

Una vez termine el contrato de asesoría, los documentos archivados deben ser entregados al Inspector Fiscal compilados, ordenados, y en medios de respaldo electrónicos. Esta exigencia, introducida con las BTCAIF, busca evitar que las empresas asesoras tengan incentivos para guardar la información relevante de la concesión en formatos propietarios o no entregar dichos datos al MOP una vez terminado el contrato, para que los costos para el Estado de un eventual término anticipado del contrato de asesoría sean injustificadamente elevados<sup>273</sup>.

**5.1.3.1.3. Sistemas de apoyo a la toma de decisiones.** El asesor, además, debe implementar varios sistemas de apoyo a la toma de decisiones por parte del Inspector Fiscal. Estos sistemas, que constituyen controles estandarizados y exigidos a través de las Bases de Licitación, son los siguientes.

---

<sup>271</sup>Sección 2.1, Términos de Referencia de las Bases Tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Públicas Concesionadas.

<sup>272</sup>Sección 7, Términos de Referencia tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Públicas Concesionadas.

<sup>273</sup>En más de alguna oportunidad los Inspectores Fiscales consultados debieron recurrir al Centro de Documentación y Archivo del MOP para respaldar los documentos relevantes de la concesión. Véase la sección 7 de los Términos de Referencia tipo para Contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Obras Públicas Concesionadas, parte final.

1. Un sistema de verificación de cumplimiento de metas por parte del concesionario, que comparará su rendimiento con la parte relevante del Plan de Trabajo o del Plan de Explotación de la Obra que fuera entregado con la Oferta Técnica. Este sistema es aplicable tanto en la etapa de construcción como en la de explotación.
2. Confección de indicadores de desempeño respecto de la sociedad concesionaria, y medición de éstos. En la etapa de construcción del contrato, la confección de estos indicadores estará enteramente a cargo del Asesor de la Inspección Fiscal, mientras que en la etapa de explotación, parte de estos indicadores estarán dados por las variables contenidas en el Reglamento de Servicio de la Obra.
3. Sistemas dependientes de la fase en que se encuentre el contrato de concesión, exigidos por las bases de licitación o por el RLCOP. Uno de estos sistemas es el modelado tridimensional de la obra, en la etapa de construcción.

**5.1.3.1.4. Recursos administrativos.** Todas las órdenes que imparte el Inspector Fiscal son notificadas al concesionario a través del Libro de Obras, o a través de cualquier otro medio que permita dejar constancia de su recepción por el concesionario. El concesionario puede acatar las órdenes, o puede impugnarlas a través de los recursos administrativos que establece el artículo 42° del RLCOP.

*Artículo 42°. Recursos.*

§ 1. Las órdenes o resoluciones escritas que en el curso de la concesión dicte el inspector fiscal, sea sobre las obras u otros aspectos que se relacionen con el contrato de concesión podrán reponerse, por escrito, dentro de los 5 días hábiles siguientes de recibida la notificación, ante el mismo inspector fiscal que las dictó. A estos efectos se entenderá recibida cuando conste en el Libro de Obras, o se haya enviado por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción. Dentro de los 5 días hábiles siguientes, éste se pronunciará sobre la reposición solicitada, manteniendo a firme la orden o resolución, modificándola o dejándola sin efecto.

§ 2. Una vez resuelta la reposición, la sociedad concesionaria podrá apelar ante el Director General de Obras Públicas, dentro de un plazo de 3 días hábiles, a contar de la fecha en que hubiera sido recibida la notificación. A estos efectos se entenderá recibida cuando conste en el Libro de Obras, o se haya enviado por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción. El Director resolverá la apelación, en un plazo no mayor de 10 días hábiles, contados desde su recepción en la oficina de partes, pudiendo decretar orden de no innovar.

§ 3. En ningún caso la interposición de la reposición o de la apelación suspenderán los efectos de la resolución u orden reclamada, cuando ésta comprometa la seguridad del usuario, la continuidad en la prestación del servicio o la calidad de la obra ofrecida.

La notificación de estas órdenes se producirá en la fecha en que el Inspector Fiscal anote la orden en el Libro de Obras respectivo, y tanto el Inspector Fiscal como el Director General de Obras Públicas deberán resolver invocando tanto los fundamentos de hecho como de derecho respectivos<sup>274</sup>, lo que el Inspector Fiscal tendrá que hacer siendo asistido legalmente por su Asesoría.

### **5.1.3.2. Apertura y manejo del Libro de Obras.**

El RLCOP impone al Inspector Fiscal la obligación de abrir un Libro de Obras, en su artículo 41, párrafo 1°. Este Libro será el medio oficial de comunicación entre el Inspector Fiscal y el concesionario.

#### *Artículo 41°. Libro de obras y asesores.*

§ 1. Los inspectores fiscales, tanto en la etapa de construcción como en la de explotación deberán contar, para el desempeño de su cometido, entre otros antecedentes, con un libro denominado Libro de Obras, en el cual se individualizará la obra concesionada, la sociedad concesionaria y al inspector fiscal, con mención de las resoluciones pertinentes. El libro de obras deberá registrar los hechos más importantes que se produzcan durante el curso de la ejecución de la obra y explotación de la misma, en especial el cumplimiento por parte del concesionario de las especificaciones técnicas, observaciones realizadas durante la construcción, comunicaciones y notificaciones a la sociedad concesionaria, etc. y de las obligaciones contraídas en conformidad a las bases de licitación y la oferta presentada.

El Libro de Obras es un libro autocopiativo que se lleva en duplicado, estando una copia en manos del Inspector Fiscal y otra en manos del concesionario. Este libro recibe, en las bases de licitación, denominaciones ligeramente diferentes, dependiendo de la fase en la que se encuentre el contrato<sup>275</sup>.

Las comunicaciones entre el Inspector Fiscal y la firma concesionaria se harán a través del Gerente General de esta última. Si bien el Libro de Obras es el mecanismo formal de comunicación entre ambos, puede producirse comunicación por vías informales<sup>276</sup>. Todos los documentos producidos serán archivados en el Sistema de Gestión Documental de la Inspección Fiscal.

<sup>274</sup> Artículo 15°, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

<sup>275</sup> En la fase de construcción, este libro será, simplemente, el Libro de Obra, en singular. Por su parte, en la fase de explotación, el libro se denomina Libro de Explotación de la Obra.

<sup>276</sup> Véase el artículo 13 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

### **5.1.3.3. Fiscalización del cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables, administrativos, y de otros que provinieren de los documentos del contrato de concesión.**

Los Inspectores Fiscales tienen la responsabilidad sobre la observancia de la normativa vigente por parte del concesionario. Esto viene acompañado por una facultad que les confiere la LBCASyPS: la facultad de interpretar el contrato de concesión.

**5.1.3.3.1. Interpretación del contrato de concesión.** La interpretación del contrato por el Inspector Fiscal, en nombre del MOP, tiene fuerza vinculante para la empresa concesionaria debido a que ella está sujeta a una relación jurídica de derecho público con el Estado, como lo señalan los dos primeros incisos del artículo 21° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Artículo 21°. El concesionario 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, 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. Así, entre otras, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.

El Inspector Fiscal, como representante del MOP, debe interpretar el contrato de concesión ciñéndose a los principios de Derecho Público, lo que, en nuestra opinión, no sólo parte de la base que la función que cumple el concesionario es una *función pública*, sino que significa que son aplicables al concesionario los principios de la gestión pública, establecidos en el Título I de la LOCBGAE. El contrato de concesión debe interpretarse con un criterio finalista, lo que implica una *interpretación pro-obra* cuyo límite es el respeto a la legalidad vigente. Esto es realizado, normalmente, por la Unidad de Análisis de Contratos de Concesión, dependiente de la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, previa solicitud en ese sentido del Inspector Fiscal.

La aprobación de las Bases Tipo para Contratos de Asesoría a las Inspecciones Fiscales de Obras Concesionadas ha innovado en el tema, estableciendo como una obligación del Asesor de la Inspección Fiscal la asistencia jurídica al Inspector Fiscal, tanto cuando él la solicite, como cuando la sociedad concesionaria realice una presentación cualquiera ante el propio Inspector Fiscal o ante el MOP. En estas bases tipo el *principio de interpretación pro-obra* del contrato ha sido positivizado, y exigido al Asesor de la Inspección Fiscal<sup>277</sup>.

Debemos recordar aquí que el Inspector Fiscal es un profesional del mundo de la construcción o de la ingeniería, y, por ende, no posee mayores competencias jurídicas. Por esto, en los hechos, las interpretaciones jurídicas externas de las que disponga el Inspector Fiscal constituirán la posición oficial del MOP. Con la entrada en vigencia de los contratos tipo de Asesoría a las Inspecciones Fiscales, desde 2010, el MOP ha externalizado de esta forma una función esencial de la Administración del Estado, la cual es la interpretación del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en estricto rigor, no existe mayor cambio respecto a la situación preexistente. La División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, dada la inexistencia legal de dicha Coordinación, no está sujeta a la obligación de obedecer los criterios de la Contraloría General de la República, a la que sí están sujetas las divisiones jurídicas de los demás servicios públicos<sup>278</sup>.

**5.1.3.3.2. Supervisión del cumplimiento del ordenamiento jurídico y de las normas administrativas del contrato.** La interpretación que hace el Inspector Fiscal del contrato de concesión debe buscar que el concesionario cumpla con *la normativa vigente*. En el sistema jurídico chileno, esta normativa corresponde a aquella que está vigente al momento de ser publicada la resolución que adjudica la concesión. Se establece, de esta forma, un verdadero régimen de invariabilidad normativa asociado al contrato de concesión y en beneficio de la sociedad concesionaria, en donde el Estado tiene que responder ante el concesionario por cualquier alteración en la normativa aplicable que involucre una alteración en el equilibrio económico del contrato, o renunciar a aplicar dicha normativa.

---

<sup>277</sup> Se exige a la empresa asistente «asesorar al Inspector Fiscal en la interpretación de las diversas cláusulas del contrato celebrado con la Empresa Concesionaria e informar sobre cualquier anomalía que se presente y *que altere la buena ejecución de las obras*».

<sup>278</sup> Artículo 19º, Ley 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República.

Las modificaciones de la Ley de Concesiones de Obras Públicas han tomado la ruta de sujetarse estrictamente su vigencia a la negociación previa con el concesionario, salvo en situaciones específicas. Esto se puede ver en el artículo primero transitorio del D.S. 900/1996 MOP, Ley de Concesiones de Obras Públicas, donde no sólo se sujeta la vigencia de las modificaciones de la Ley de Concesiones de Obras Públicas al acuerdo, sino que establece un régimen de invariabilidad normativa donde no es aplicable *ninguna* ley al concesionario dictada con posterioridad al contrato, a menos que dicha aplicación sea negociada o que dicha ley lo contemple expresamente y derogue, en esta parte, la propia LCOP.

Artículo 1º transitorio (D.S. 900/1996 MOP). Las sociedades concesionarias con su contrato de concesión de obra pública perfeccionado en la fecha de publicación de esta ley en el Diario Oficial podrán, dentro del plazo de los tres meses siguientes, optar por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Aquellas que no lo solicitaren, seguirán regidas *por las normas legales vigentes en la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión*.

Los adjudicatarios de obras ya licitadas en la fecha de la publicación de esta ley cuyo contrato no se hubiese perfeccionado y los licitantes de obras en proceso de licitación que resulten adjudicados, podrán ejercer el mismo derecho, en el plazo de los tres meses siguientes al perfeccionamiento de su contrato.

Cuando las sociedades concesionarias o los adjudicatarios opten por acogerse a las normas modificatorias de esta ley según lo dispuesto en los incisos anteriores, el Ministerio de Obras Públicas dictará, sin más trámites, un decreto modificatorio del de adjudicación en que dejará constancia del cambio en el régimen legal de dicho contrato.

Las modificaciones legales incorporadas con la Ley 20.410 siguen la misma tónica, que va en la línea ya iniciada por la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: los contratos comprenden las leyes existentes al momento de su conclusión, rigiendo en acto sólo las normas procedimentales y aquellas normas de derecho público que sean previamente consensuadas por la contraparte contractual<sup>279</sup>.

La supervisión del cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la sociedad concesionaria es un deber contractual de la empresa asesora a la Inspección Fiscal, quien debe notificar cualquier infracción al Inspector Fiscal. En principio, la aplicación o no del ordenamiento jurídico es algo innegociable: la ley debe ser aplicada por la Administración, y su no aplicación involucra la dictación de un reglamento, ilegal, en sentido contrario<sup>280</sup>. Sin embargo, en los hechos, puede ocurrir que

<sup>279</sup> Artículo 25, Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

<sup>280</sup> ROMÁN CORDERO, C. (2007) El Poder "In-Ejecutivo" (el deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción). En Revista de Derecho, 1, Nr. 70.

la *interpretación pro-obra* del contrato de concesión entre en conflicto con la aplicación irrestricta del ordenamiento jurídico, conflicto en el que el MOP está en una pobre posición para mediar.

**5.1.3.3.3. Vigilancia del cumplimiento de la normativa contable.** Las sociedades concesionarias tienen, como todas las sociedades anónimas abiertas, la obligación de llevar contabilidad de sus operaciones. Esta contabilidad será llevada de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados, a los que se suman normas específicas de contabilidad aplicables a las sociedades concesionarias de obras públicas. Éstas aparecen consignadas en el Boletín Técnico N° 67 del Colegio de Contadores, que aplica a dichas sociedades el principio de que, en la etapa de construcción, no pueden «tener ni utilidades ni pérdidas; sólo costos de construcción o inversión en el proyecto de concesión»<sup>281</sup>.

La responsabilidad de que estas normas sean observadas quedará en manos del Inspector Fiscal y de su Asesoría, quienes deberán, además, revisar la correcta aplicación de las normas contables en los balances generales y en los estados de resultados de la sociedad concesionaria, de acuerdo con lo establecido en las Bases de Licitación. El Inspector Fiscal contará, además, con el apoyo de la Unidad de Auditoría de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas en esta tarea.

La contabilización de las concesiones, en lo que respecta al Estado, es un asunto diferente. Hasta 2010, las operaciones relativas a contratos concesionados no se contabilizaban, lo que fue observado por la Contraloría General de la República<sup>282</sup>. La verdadera inexistencia legal de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, estructurada a través, como ya se ha visto, de varias resoluciones exentas del DGOP, le ha permitido ignorar la tarea centralizadora de la contabilidad del MOP que su Dirección de Contabilidad tiene, en virtud de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Los reintegros de IVA a las sociedades concesionarias se hacen a través de una única cuenta de gastos denominada «Reintegro IVA Concesiones», mientras que los pagos a los concesionarios acordados en los contratos de concesión se registran mediante cuentas *ad hoc*,

<sup>281</sup>El artículo 13 de la Ley 13.011 le confiere al Consejo General del Colegio de Contadores de Chile la facultad de dictar normas relativas al ejercicio profesional. Con la conversión de los Colegios Profesionales en asociaciones gremiales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Ley 3.621, se eliminan las facultades que tienen los colegios profesionales para conocer de faltas a la ética y la colegiatura obligatoria, pero nada se dice respecto a las facultades normativas del ejercicio de la profesión que poseían los colegios profesionales.

<sup>282</sup>Por todos, véase CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2010a) *Informe Final de Auditoría 126/2009, Ministerio de Justicia*. Santiago de Chile, pág. 132, «Referente a la oportunidad de contabilizar los gastos en las cárceles, se observó que el Servicio no utiliza el principio del devengado, registrando las operaciones al momento de su pago, lo cual se contraponen a las normas impartidas por la Contraloría». Este informe es coherente con lo enunciado por los funcionarios de la División de Infraestructura y Regulación de la Contraloría General de la República, aquí reseñado.

también de gastos, que se actualizan periodo a periodo<sup>283</sup>, sin explicación contable alguna. Esta solución contable sólo registra los pagos mismos sin dar cuenta de su causa, desconociendo los principios contables del *devengo* y de la *doble entrada*.

COMPOSTO, al respecto, sostiene que el pasivo «representa numéricamente al derecho de prenda que tienen los acreedores según el Artículo 2.465 del Código Civil sobre el activo de sus deudores». El contrato de concesión genera obligaciones monetarias para el Estado, que deben ser cumplidas, y que son, en tanto obligaciones, pasivo. El pasivo a largo plazo debería, en toda organización, ser contabilizado como tal, y no como gasto. Los pagos periódicos corresponden, por ende, a reducciones de las cuentas de pasivo, no a pagos periódicos sin una justificación contable, que engrosen las pérdidas del Estado<sup>284</sup>.

BITRÁN y VILLENA critican este error en la contabilidad que, en los hechos, infla injustificadamente las posibilidades de enmascarar la deuda pública como pagos periódicos, desconociendo la existencia en el Estado de un pasivo, documentado en el contrato de concesión, que debería llevar una anotación correlativa de activo correspondiente a la obra entregada en concesión, y que correspondería al monto total que significaría al erario público la construcción de una obra como concesionada. La distorsión de la contabilidad estatal en favor de las obras concesionadas origina que en este tipo de obras se puedan gastar montos mucho mayores de los que se gastarían en obras fiscales gestionadas por el Estado, sin un control real respecto de la eficiencia de dicho gasto público. Esto volvería ilusorios en muchos casos los beneficios de las obras concesionadas al ser comparadas con los contratos de obras públicas<sup>285</sup>.

#### **5.1.3.4. Solicitudes de información a la sociedad concesionaria, revisión de la información estadística.**

La cuarta función común de los Inspectores Fiscales de construcción y explotación dice relación con la solicitud de información a la sociedad concesionaria y su revisión. Esta función está regulada por el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>283</sup>Oficio 42.720/1999, Contraloría General de la República.

<sup>284</sup>COMPOSTO, A. (2004) *Manual de Contabilidad para Abogados*. 2.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, págs. 24 y 39.

<sup>285</sup>BITRÁN, E. y VILLENA, M. (2010) El nuevo desafío de las concesiones de obra pública en Chile: hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. En *Estudios Públicos*, verano 2010, Nr. 117 [En línea] ([http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4599\\_2748/rev117\\_bitran.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4599_2748/rev117_bitran.pdf)), págs. 194 y 195.

Artículo 43°. *Obligaciones de información.*

§ 1. La sociedad concesionaria estará obligada a:

- Otorgar libre acceso al inspector fiscal a los antecedentes del proyecto, planos, memorias de cálculo, especificaciones, etc., relacionados con el proyecto de ingeniería y, en general, a todos los antecedentes que sean necesarios para su labor de fiscalización y control del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de concesión.
- Entregar los estados financieros trimestrales y anuales de la sociedad concesionaria, presentados en el formato (FECU) exigido por la Superintendencia de Valores y Seguros.
- Informar la organización y personal superior de la sociedad cuando ésta se constituya y cada vez que se produzca un cambio.
- Informar acerca de las garantías que haya otorgado la sociedad concesionaria en relación al contrato de concesión y en particular la prenda especial de concesión de obra pública indicando el nombre y domicilio de los acreedores y garantes.
- Informar acerca de la prenda especial de obra pública que recaiga en los pagos comprometidos por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, indicando el nombre y domicilio de los acreedores y garantes.
- Entregar la información acerca de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, haciendo entrega, cuando corresponda, de las denuncias que se hubieren producido.
- Proporcionar información mensual de reclamos presentados por los usuarios, identificando al usuario y el reclamo que haya formulado.

§ 2. No obstante lo anterior, las bases de licitación podrán establecer cualquier otra información que el concesionario esté obligado a entregar al inspector fiscal.

Las Bases de Licitación pueden establecer la obligación de entregar informaciones específicas, que dependerán de la etapa de avance de la concesión y se agregarán a la información que aquí debe entregarse. Además, la Ley 20.410 impone a la concesionaria la obligación de entregar al Ministerio de Obras Públicas un informe mensual con los pagos realizados a los contratistas<sup>286</sup>, información que, además, deberá ser publicada por el MOP en su sitio de Internet.

**5.1.3.4.1. Estados financieros trimestrales y anuales de la sociedad concesionaria.** La Ley de Sociedades Anónimas hace obligatorio que las sociedades anónimas que efectúan oferta pública de sus valores y las que se rigen por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas presenten a la Superintendencia de Valores y Seguros Balances Generales Consolidados, que contendrán tanto su patrimonio efectivo, expresado en términos de activo, pasivo y capital, como sus resultados, expresados en términos de pérdidas y ganancias. Este balance anual debe ser presentado también al Inspector Fiscal, acompañado de estados financieros trimestrales.

<sup>286</sup> Artículo 21°, tercer inciso, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Tradicionalmente, dichas sociedades anónimas debían presentar a la SVS este Balance General Codificado en un formato denominado Ficha Estadística Codificada Uniforme<sup>287</sup>. Sin embargo, a contar del 1 de Enero de 2011, la norma ha cambiado, obligándose a estas sociedades anónimas a presentar sus balances en el formato internacional IFRS<sup>288</sup>. Esto tiene algunas consecuencias importantes en lo relativo a la contabilización del patrimonio de las sociedades concesionarias, que comienzan con la posibilidad de contabilizar resultados en la etapa de construcción, y continúan con la posibilidad de contabilizar el derecho a cobrar peaje como un activo intangible.

El artículo 30 *bis* de la LCOP establece la obligación para el concesionario de someter sus balances a auditorías adicionales, con auditores que deberán ser previamente aprobados por el MOP. Las Bases de Licitación contemplan, como obligación de la sociedad concesionaria, la comunicación al Inspector Fiscal de los nombres de los auditores externos de la sociedad, quienes deben tener una experiencia mínima de 3 años auditando sociedades anónimas abiertas, y estar inscritos en los registros de la SVS.

Artículo 30 *bis*, inciso 2°. Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas, mediante resolución fundada, podrá requerir al concesionario que efectúe, bajo apercibimiento de multas, auditorías para comprobar la veracidad y exactitud de las informaciones que se le hayan proporcionado. El auditor deberá ser aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, y su contratación y financiamiento corresponderá al concesionario requerido.

Los estados financieros trimestrales y anuales deben ser auditados antes de entregarse a la Inspección Fiscal. Las bases de licitación establecen un plazo breve en el que, luego de ser entregados estos estados a la SVS, deberán ser puestos a disposición del Inspector Fiscal. Además, de acuerdo con la fase del contrato, se pueden exigir además notas a los estados financieros, que resalten las partes que se consideran relevantes.

**5.1.3.4.2. Organización y personal superior de la sociedad.** El Inspector Fiscal revisa constantemente el control interno de la sociedad concesionaria, dadas sus facultades de dirección sobre las tareas de dicha sociedad. Por ello, la sociedad concesionaria debe actualizar constantemente su organigrama, que estará acompañado de la descripción de las funciones de cada trabajador, la

---

<sup>287</sup>Circular SVS 579/1985.

<sup>288</sup>Circular SVS 579/2010.

definición de los cargos directivos y la nómina de los jefes de la sociedad, los que en todo momento deberán ser personas que no estén afectas a inhabilidades legales.

La sociedad concesionaria tiene la obligación de informar al Inspector Fiscal de su organización y dirección superior, tanto cuando se constituye, como cuando ocurre algún cambio. Las bases de licitación fijan un plazo breve en el cual la sociedad concesionaria debe proporcionar dicha información al Inspector Fiscal.

**5.1.3.4.3. Prenda especial de concesión de obra pública.** Para asegurar el financiamiento de la concesión, la sociedad concesionaria puede dar en prenda la concesión misma. Esta prenda especial de concesión de obra pública se encuentra regulada en el artículo 43 de la LCOP.

Artículo 43°. Establécese una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer:

- a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato;
- b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y
- c) sobre los ingresos de la sociedad.

Esta prenda deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio. Cuando esta prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se anotará, además, en los registros correspondientes de la sociedad.

A esta prenda se aplicará lo dispuesto en los artículos 25, inciso primero, 30; 31; 32; 33; 36; 37; 38; 40; 42; 43; 44; 46; 48; 49 y 50 de la ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial.

Será competente para conocer de todo litigio y de la ejecución de esta prenda especial de concesión de obra pública, a elección del acreedor, el Juez de Letras de la ciudad cabecera de la Región en la que se encuentre inscrita la sociedad concesionaria o el de asiento de corte en que tuviere su domicilio aquél.

El Inspector Fiscal deberá tener a su disposición el nombre y domicilio del acreedor prendario que tuviere constituida en su favor prenda de concesión de obra pública que grave el derecho mismo de concesión. Separadamente, deberá además tener el nombre y el domicilio de el o de los acreedores prendarios que tuvieren en su favor prenda de concesión de obra pública sobre los pagos del Estado a las concesionarias, o sobre los ingresos de la sociedad concesionaria.

**5.1.3.4.4. Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.** El concesionario está obligado a presentar, tanto en la etapa de construcción como de explotación, un Programa de Gestión Sustentable, que contiene tanto las medidas de manejo ambiental que se implementarán en la obra, como planes de control de accidentes. Este programa será revisado por el Inspector Fiscal. Las exigencias de este Programa están en las bases de licitación y deben incluir la existencia de grupos de respuesta ante emergencias, medios y equipos, en caso de que estas se produjeran, así como objetivos de reducción de riesgos.

El Inspector Fiscal debe ser informado acerca de la implementación de las medidas contenidas en este Programa. Las Bases de Licitación también imponen a la sociedad concesionaria la obligación de informar inmediatamente al Inspector Fiscal, si ocurriere un accidente.

**5.1.3.4.5. Información de reclamos presentados por los usuarios.** Las Bases de Licitación fijan la obligación al concesionario de instalar oficinas de reclamos en un plazo breve desde el inicio de la concesión. Estas oficinas deben estar a disposición de los usuarios antes de que comience la construcción de las obras, debiendo existir al menos un libro de reclamos por zona de trabajo. Allí será el lugar donde los usuarios y los ciudadanos expongan sus reclamos sobre la construcción misma de la obra, o sobre el servicio recibido en la etapa de explotación.

Las bases de licitación contemplan un procedimiento básico aplicable a los reclamos.

1. El usuario estampa su reclamo en el Libro correspondiente, para lo cual debe identificarse. En el reclamo quedará estampada la fecha del mismo.
2. El concesionario debe responder al usuario en un plazo breve.
3. La respuesta, junto con una copia del reclamo, debe ser enviada al Inspector Fiscal.

El concesionario debe entregar un informe mensual al Inspector Fiscal con los reclamos relativos a la obra, e informes adicionales que den cuenta de las medidas que la sociedad concesionaria está adoptando para superar dichos reclamos. El concesionario se expone a sanciones si adultera los reclamos, o si no los responde en los plazos establecidos en las bases.

**5.1.3.4.6. Informes mensuales sobre pagos a contratistas.** Mientras dura la concesión, la sociedad concesionada puede subcontratar tareas específicas, como la construcción de determinadas obras, o la recopilación de información estadística, a otras empresas, pero el concesionario asumirá toda la responsabilidad por dicha subcontratación, ante el MOP. Esta posibilidad está contemplada en el artículo 64 del RLCOP.

Artículo 64°. *Subcontratos.* El concesionario podrá subcontratar cualquier tipo de actividad comprendida dentro del contrato de concesión, salvo que estuviera expresamente prohibido por las bases de licitación. En todo caso el concesionario será siempre el responsable ante el MOP de la correcta ejecución del contrato. Las bases de licitación podrán establecer requisitos para los subcontratos.

Esta figura está sujeta a requisitos especiales que aparecen en las Bases de Licitación, algunos de los cuales han sido incorporados a la LCOP con la Ley 20.410<sup>289</sup>. Aunque la Ley de Concesiones de Obras Públicas regula estos requisitos en el artículo correspondiente a la etapa de construcción, también son aplicables a la fase de explotación.

1. Los contratistas y subcontratistas deben estar inscritos en los Registros de Contratistas de Obras, y los asesores externos, en el Registro de Consultores, ambos, del MOP. Las Bases de Licitación pueden establecer, además, que los contratistas deban necesariamente estar inscritos en las categorías Primera o Primera Superior, como mínimo.
2. No podrán ser contratistas ni subcontratistas de un concesionario aquellas personas que hayan sido sancionadas por incumplimiento grave del contrato de concesión, en los 5 años siguientes a la declaración de dicho incumplimiento.
3. Ni los contratistas, ni sus subcontratistas, podrán iniciar las obras sin que sus respectivos contratos se encuentren formalizados, registrándose, por el concesionario, una copia de ellos ante el Ministerio.
4. Las controversias entre los contratistas y la sociedad concesionaria deberán someterse a arbitraje. La LCOP modificada por la Ley 20.410 establece un procedimiento de designación de dicho árbitro.

---

<sup>289</sup> Artículo 22, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

La Ley 20.410 establece la obligación de presentar al Inspector Fiscal informes mensuales respecto de los pagos a contratistas<sup>290</sup>. Dicha obligación no es necesario justificarla en función de que el poder de control «pueda reorganizarse todas las veces que sea necesario»<sup>291</sup>, como RUFÍAN lo señala citando a JÈZE, sino que ya está establecida, indirectamente, en las propias Bases de Licitación, que permiten al Inspector Fiscal, como veremos inmediatamente, requerir cualquier tipo de información relevante para la concesión. En todo caso, las concesiones adjudicadas antes de la dictación de la Ley 20.410 sólo se sujetarán a las modificaciones de dicha ley si el concesionario así lo consiente.

Otro punto consiste en la necesidad de publicar esta información, la que, según el inciso 3° del artículo 21 de la nueva LCOP, debe ser publicada en la página de Internet del MOP. El artículo 8° de la Constitución Política de la República hace la distinción entre personas que cumplen una *función pública*, afectas al principio de probidad, y el Estado, afecto además al principio de transparencia. No existe en las bases de licitación ninguna obligación de publicar estos antecedentes, lo que será un punto a considerar cuando las sociedades concesionarias existentes decidan la no aplicación de las reformas de la Ley 20.410 a sus concesiones.

**5.1.3.4.7. Otra información relacionada al contrato.** Las Bases de Licitación establecen, como cláusula de cierre, la necesidad de que el concesionario mantenga a disposición del Inspector Fiscal a los antecedentes del proyecto, planos, memorias de cálculo, especificaciones, etc., relacionados con el proyecto de ingeniería, la contabilidad de la concesionaria, y, en general, toda otra información relacionada con el contrato y necesaria para que el Inspector Fiscal ejerza su labor de fiscalización y control del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de concesión<sup>292</sup>. Esto no sólo dice relación con los deberes específicos de información, sino que constituye, como ya insinuamos, una cláusula que deja abierta la imposición de nuevas obligaciones de información en el futuro. El límite aquí consiste en que la información sea relacionada con el contrato de concesión.

Los concesionarios se han podido excusar de entregar cierta información sensible respecto de sus esquemas de negocios, bajo el argumento de que se trataría de información secreta. Este problema

<sup>290</sup> Artículo 21°, inciso 3°, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>291</sup> RUFÍAN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas, op. cit.*, pág. 90.

<sup>292</sup> Por todas, COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2004) Bases de Licitación: Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy, pág. 43.

ha sido resuelto en el inciso 1° del artículo 30 *bis* de la LCOP, incorporado con la Ley 20.410.

Artículo 30 *bis* (inciso 1°). Durante la vigencia del contrato de concesión, el Ministerio de Obras Públicas, a objeto de verificar la buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario, podrá requerir de éste la entrega de la información de los subcontratos que haya celebrado para la ejecución de la obra y la prestación del servicio, e información cierta relativa a su contabilidad, gestión empresarial y sistemas de atención a usuarios. Los antecedentes recibidos deberán ser mantenidos bajo reserva. La negativa o demora injustificada en la entrega de los antecedentes requeridos y la entrega de información manifiestamente inexacta o no fidedigna se sancionarán con las multas establecidas en el reglamento.

De este modo, el Inspector Fiscal podrá requerir todos los antecedentes de la sociedad concesionaria que necesite sin que la sociedad concesionaria pueda excusarse, en virtud de la autorización para ello conferida en las bases de licitación, y teniendo como correlato el deber de guardar reserva de esta información. Si el Inspector Fiscal revela estos antecedentes, sufrirá las penas de los artículos 246 o 247 del Código Penal, dependiendo de las características del hecho y del perjuicio causado por la revelación.

#### **5.1.3.5. Entrega al Director General de Obras Públicas de los reportes que esta Dirección demandare respecto de la gestión de la concesión.**

Las letras f) del artículo 39 y a) del artículo 40 del RLCOP establecen esta facultad. En los hechos, se traduce en que el Inspector Fiscal podrá pedir cualquier información que necesite de la concesión a través de una resolución firmada por el Director General de Obras Públicas, en todos aquellos casos en que no exista una cláusula de apertura respecto de la información que el Inspector Fiscal pueda solicitar.

El texto del RLCOP aquí señalado, que es anterior a la Ley 20.410, permite hacer operativo el control que se impone a través del artículo 30 *bis* de la LCOP en todas las concesiones que no hayan adoptado las modificaciones impuestas por el nuevo texto legal de 2010. A nuestro entender, si se solicita mediante resoluciones del DGOP información contenida en el artículo 30 *bis* de la LCOP, operará de todas formas la obligación de reserva, que protegerá al concesionario.

Por supuesto, nada obsta a que, de acuerdo con el tenor literal de la norma, el DGOP acceda a la información aquí solicitada, acceso que el Inspector Fiscal deberá proporcionar. En tal caso, pesará sobre el DGOP la misma obligación de reserva.

#### **5.1.3.6. Proposición al Director General de Obras Públicas de las sanciones que correspondiere aplicar.**

El incumplimiento de las órdenes del Inspector Fiscal relativas a la entrega de información aquí señaladas, a la construcción de la obra, o al mantenimiento de niveles de servicio en la explotación de la obra, servirá de fundamento para la aplicación de sanciones a la sociedad concesionaria. Mientras las sanciones están taxativamente señaladas en las Bases de Licitación y dependerán, por ende, de la obra de que se trate, el rol del Inspector Fiscal en su aplicación está definido en el artículo 47 del RLCOP.

##### *Artículo 47°. Infracciones y sanciones.*

§ 1. El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.

§ 2. El concesionario no estará exento de responsabilidad ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.

El procedimiento de aplicación de las sanciones será revisado al momento de tratar las prerrogativas del Director General de Obras Públicas, dado que, formalmente, él será quien imponga al concesionario la sanción, previa propuesta del Inspector Fiscal.

#### **5.1.4. Funciones de la Inspección Fiscal de la etapa de construcción.**

El segundo grupo de funciones de los inspectores fiscales tiene que ver con las Inspecciones Fiscales de la etapa de construcción, por lo que las funciones de este grupo están estrechamente ligadas con los hitos que deben cumplirse en dicha fase, que están definidos en el artículo 49 del RLCOP.

##### *Artículo 49°. Etapa de construcción.*

La etapa de construcción, si la hubiere, comenzará con los estudios de ingeniería si procedieren y con el inicio de la ejecución de las obras de acuerdo con lo estipulado en el contrato de concesión y finalizará con la puesta en servicio provisoria de la obra según lo hayan definido las bases de licitación. Dicha etapa estará regida por lo dispuesto en el presente Reglamento y por las respectivas bases de licitación y comprenderá:

- a) La realización de los estudios previstos en las bases de licitación.
- b) La construcción de las obras señaladas en las bases de licitación.
- c) El mantenimiento y reparación de las obras preexistentes en el estándar que dispongan las bases de licitación, desde el inicio del contrato.

d) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar la obra entregada en concesión.

e) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a áreas de servicios conforme a lo estipulado en el artículo 32° del DS MOP N° 900 de 1996.

El Inspector Fiscal de construcción tiene asignadas, además de las funciones comunes a ambos tipos de inspectores fiscales, la responsabilidad de la preparación de las condiciones materiales para la construcción de la obra, lo que involucra la entrega al concesionario de los terrenos fiscales que necesita para la construcción misma; la revisión de los proyectos de ingeniería que guiarán la construcción de la obra; la supervisión de los plazos y de los hitos de construcción, la verificación de que la obra construida cumpla con las normas vigentes sobre construcción, y la preparación de la explotación de la obra, ya que es el Inspector Fiscal de Construcción quien debe aprobar el reglamento de servicio de la obra.

#### **5.1.4.1. Inspección y aprobación de los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto.**

Las características que tendrá la obra pública a construir están definidas por los Anteproyectos de Ingeniería de Detalle, que describen las características y los niveles de servicio esperados de la obra, y a los que las Bases Técnicas de la licitación harán referencia. La etapa de construcción comenzará con la preparación de un Proyecto Definitivo de Ingeniería de Detalle que, sobre la base de estos Anteproyectos, su expresión en las Bases Técnicas y los estudios contenidos en la Oferta Técnica del concesionario, sirva para guiar la construcción de la obra.

Luego del comienzo de la concesión, se abre un plazo breve y definido en las Bases de Licitación, en el que la sociedad concesionaria debe informar al Inspector Fiscal si desea o no modificar el proyecto, lo que repercutirá tanto en los costos del proyecto propiamente tal, como en la necesidad de expropiar franjas fiscales suficientes para construir. Las modificaciones propuestas al proyecto deben mantener o superar los niveles de servicio originales de la obra, y los mayores costos originados por los cambios serán de cargo de la concesionaria.

El Inspector Fiscal, en representación del Fisco, también puede pedir la modificación del proyecto, en este plazo breve, y con cargo al financiamiento de la obra. Para esto, el Inspector Fiscal realiza una anotación en el Libro de Obras, notificando así esta intención al concesionario. La anotación

debe ir acompañada por un modelo conceptual y por un anteproyecto de la modificación solicitada, elaborado previamente por la empresa asesora. En teoría, esta actuación del Inspector Fiscal debe venir precedida de una resolución previa del Director General de Obras Públicas, que aprobará la celebración de un convenio complementario entre el MOP y la concesionaria, convenio que debe ser tomado de razón por la Contraloría General de la República. En la práctica, el MOP ha alterado proyectos sin que dichos cambios se expresen siquiera en actos administrativos<sup>293</sup>.

Las Bases de Licitación pueden requerir para la obra dos o más Proyectos Definitivos de Ingeniería de Detalle, cuando la complejidad de las obras así lo aconseje. Además, pueden requerir la necesidad de acoplar las obras a construir con la infraestructura preexistente. Los Proyectos de Ingeniería de Detalle requeridos deberán ser entregados, en un plazo establecido en las Bases de Licitación, al Inspector Fiscal para su evaluación y aprobación.

La Inspección Técnica de Obra revisará el proyecto de ingeniería de detalle, proponiendo al Inspector Fiscal la aprobación u observación de cada especialidad sometida a revisión<sup>294</sup>. Junto con ello, la sociedad asesora deberá elaborar un informe que justifique esta decisión, con análisis y conclusiones, que servirán de fundamento al acto administrativo de aprobación o rechazo del proyecto. El proyecto, con las modificaciones solicitadas, deberá ser aprobado por el Inspector Fiscal.

Toda la información relativa al proyecto aprobado, sean planos, memorias de cálculo, antecedentes o especificaciones, debe estar al alcance del Inspector y archivada en el Sistema de Gestión Documental. Una vez se apruebe el proyecto, la Inspección Técnica de la Obra realizará un modelo computacional tridimensional del proyecto, algo que también puede ser exigido a la propia sociedad concesionaria.

#### **5.1.4.2. Supervisión del cumplimiento de la normativa ambiental y de las medidas establecidas en el Estudio de Impacto Ambiental, si aplica.**

Las normas que regulan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, establece las obras que entran a él, regulan la tramitación de los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, y determinan las consecuencias de las Resoluciones de Calificación Ambiental, son la Ley 19.300 de

---

<sup>293</sup>Han ocurrido casos en los que se han construido obras sin un acto administrativo de respaldo, y bajo el solo acuerdo de palabra entre el concesionario y el Inspector Fiscal, algo que la Contraloría General de la República ha repudiado. Véase al respecto el Dictamen 57.550/2007 de Contraloría General de la República.

<sup>294</sup>De acuerdo con los Términos de Referencia de las BTCAIF, la revisión incluirá todos los Estudios, Diseños, Especificaciones Técnicas, Planos, Planes, Programas de Trabajo, así como todos los documentos que la sociedad concesionaria deba entregar al Inspector Fiscal en virtud de las bases de licitación.

Bases del Medio Ambiente y el Decreto 95/2008 MINSEGPRES, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La envergadura de las obras construidas bajo el sistema de concesiones de obras públicas hace necesario que ellas entren al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, ya sea mediante un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental. Las Bases de Licitación incorporan un Plan de Gestión Ambiental de referencia, que mitiga los impactos ambientales de la obra pública a construir, incluso, en los casos en que el MOP decide que la obra no ingresará al SEIA.

**5.1.4.2.1. La Evaluación de Impacto Ambiental.** La Ley de Bases del Medio Ambiente define la Evaluación de Impacto Ambiental como «el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes». La LBMA exige que todos los proyectos que ella señala y que generan impacto ambiental ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, señalándose estos proyectos en el artículo 10º de la LBMA. Dicha enumeración contiene varios párrafos relevantes para las obras que se han construido bajo el esquema de concesiones de obras públicas.

Artículo 10º. Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;

g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el párrafo 1 *bis* [referente a la Evaluación Ambiental Estratégica];

h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;

o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas;

Los proyectos incluidos en esta enumeración que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 3° del Reglamento del SEIA pueden ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio o mediante una Declaración de Impacto Ambiental. La distinción entre el Estudio de Impacto Ambiental y la Declaración de Impacto Ambiental está dada por el impacto ambiental mismo del proyecto a presentar. De esta forma, los proyectos que más impacto producen sobre el medio ambiente, de acuerdo con la calificación del artículo 11° de la LBMA, ingresarán al sistema mediante un Estudio.

Artículo 11°. Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural<sup>295</sup>.

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.

Como rápidamente se ve, gran parte de las obras construidas a través del sistema de concesiones de obras públicas deben ser presentadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esto se ve reforzado por las disposiciones del artículo 11 *bis*, que prohíbe a los proponentes de proyectos al sistema fraccionar sus proyectos para variar las herramientas de evaluación o para eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y del 11 *ter*, que establece la posibilidad de evaluar proyectos que modifiquen obras existentes de acuerdo con su mérito ambiental, para la entrada o no al sistema. Esto será calificado por la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental.

<sup>295</sup>Véanse los artículos 5°, 6°, 8°, 9°, 10° y 11° del Reglamento del SEIA.

Según el artículo 12° de la LBMA, Los Estudios de Impacto Ambiental deben contener, a lo menos, lo siguiente:

1. La descripción del proyecto o actividad. Ella comprende:

- a) El nombre del proyecto, en conjunto con la identificación de quien lo presenta y de la ubicación y dimensiones exactas del proyecto, en conjunto con una justificación de dicha ubicación. Además, se deben explicitar los objetivos del proyecto, el monto estimado de inversión, su vida útil y la fecha estimada de inicio de las actividades.
- b) La descripción de la *etapa de construcción*<sup>296</sup>, enumerando las acciones que conducirán a la total implementación de la obra. Esta descripción debe referirse a los impactos ambientales específicos que producirá el proyecto.
- c) La descripción de la *etapa de explotación* u operación, detallando las acciones que tiendan a la obtención de los productos esperables del proyecto.
- d) La descripción de la fase de cierre o abandono del proyecto, explicitando las acciones que desarrollará el titular del proyecto en tal eventualidad. Las obras públicas dadas en concesión no tienen, en todo caso, una etapa de cierre.

2. La descripción de la línea de base, que deberá considerar todos los proyectos que cuenten con resolución de calificación ambiental. La línea de base consiste en la descripción pormenorizada del estado de todas las variables que constituyen el medio ambiente, antes de ser afectado por el proyecto a construir. En la confección de la línea de base deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- a) El medio físico, que incluye el análisis del clima, la geología y la hidrología, entre otras materias.
- b) El medio biótico, en cuanto comprende la cuantificación de la presencia y abundancia de flora y fauna.
- c) El medio humano, que comprende el análisis geográfico, demográfico, antropológico, socioeconómico y de bienestar social del proyecto. Naturalmente, aquí entran los análisis de rentabilidad social del proyecto concesionado realizados por el Ministerio de Planificación, en la fase de planificación.

---

<sup>296</sup>Artículo 12, letra c), punto c.2., Reglamento del SEIA.

- d) El medio construido, describiendo su equipamiento, obras de infraestructura y cualquier otra obra relevante, así como los servicios existentes y planificados.
  - e) El uso de los elementos del medio ambiente, lo que incluye la regulación territorial de uso de suelo. Debe existir coherencia entre la regulación territorial y el proyecto, debiendo siempre el proyecto subordinarse a la regulación territorial.
  - f) Los elementos naturales y artificiales de valor patrimonial, tanto arqueológico e histórico, como religioso.
  - g) El paisaje. Se caracterizará su visibilidad, fragilidad y claridad.
  - h) Las áreas donde pueden ocurrir contingencias sobre la población o el medio ambiente, por la ocurrencia de fenómenos naturales, el desarrollo de actividades humanas, la ejecución del proyecto, o por una combinación de todo lo anterior<sup>297</sup>.
3. Una descripción pormenorizada de los efectos, características o circunstancias de la enumeración anterior que generan la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental.
  4. Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. Esto implica la comparación entre cada una de las variables de la línea de base con una simulación de dichas variables una vez ejecutado el proyecto, lo que incluye la confección de modelos predictivos matemáticos de los potenciales impactos ambientales.
  5. Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente. Estas medidas se expresan a través de un Plan de Medidas de Mitigación, Reparación y Compensación, que deberá contener medidas de mitigación de riesgos y prevención de eventuales accidentes.
  6. Un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al Estudio de Impacto Ambiental. Este plan debe operar a lo largo de todo el proyecto, y comprenderá, cuando sea procedente, y para cada fase de la obra:
    - a) La medición y el control de un componente específico del medio ambiente, conjuntamente con la implementación de los sistemas mismos de medición y la imposición de parámetros de los que el componente medido no debe apartarse.

---

<sup>297</sup> Artículo 12, letra f), numerales f. 1 a f. 8, Reglamento del SEIA.

- b) El plazo y la entrega de los informes de seguimiento al órgano competente, órgano que, en este caso, será el Inspector Fiscal.
7. Un plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable. El reglamento del SEIA impone, como requisitos, la mención de la legislación aplicable cuyo cumplimiento se cautelará, nominando específicamente los artículos que tengan relación con la conservación del medio ambiente. Además, impone la necesidad de integrar, en el mismo EIA, la forma mediante la cual se dará cumplimiento con la legislación mencionada.

Las materias señaladas, conjuntamente con las reuniones de participación ciudadana que, de forma absolutamente optativa, el Inspector Fiscal podrá organizar, formarán parte del Estudio de Impacto Ambiental Referencial que el MOP elaborará en la fase de preparación, antes de que las Bases de Licitación estén listas, y serán las Bases de Licitación las que contengan las medidas de mitigación propuestas. Sin embargo, la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental Referencial no necesariamente involucra la presentación del proyecto concesionado al SEIA, como veremos.

En tanto, las Declaraciones de Impacto Ambiental son mucho más simples de realizar, e involucran una declaración jurada de que el proyecto no compromete el medio ambiente de la forma ya señalada, y cumple, por ende, con la normativa vigente. Las Declaraciones de Impacto Ambiental pueden contener compromisos ambientales opcionales, que deben ser cumplidos, como también el compromiso de someterse a un proceso de certificación para lograr el cumplimiento pleno de la normativa medioambiental, el que será vigilado por la Superintendencia del Medio Ambiente<sup>298</sup>.

**5.1.4.2.2. Procedimiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.** La LBMA ha sufrido, recientemente, grandes reformas que no han sido aún recogidas por el Reglamento del

---

<sup>298</sup>Es incierta la competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente para vigilar el cumplimiento de la normativa ambiental por parte de las sociedades concesionarias. La interrogante deberá esperar pronunciamientos jurídicos de la Contraloría General de la República y de los Tribunales de Justicia. Nuestra postura al respecto es afirmativa, basándonos para ello en la postura ya citada por RUFÍAN: el poder de control de la Administración admite su reorganización, y no por el hecho de dictar un reglamento de control, la Administración queda despojada de su derecho a dictar otro. Además, la Superintendencia del Medio Ambiente fiscaliza la acción conjunta del MOP y de la concesionaria, en tanto ambas han sometido sus proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y han aceptado sus normas. A esto se suma la inconstitucionalidad de, bajo la excusa de mantener una invariabilidad normativa en beneficio de la concesionaria, congelar las normas aplicables de contaminación en su beneficio, ya que el «derecho a un medio ambiente libre de contaminación» no tiene como correlato derecho patrimonial alguno de los particulares, principio que sabiamente establece el artículo 937 del Código Civil.

SEIA. Sin embargo, los principios básicos del procedimiento de presentación de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se mantienen<sup>299</sup>.

1. El Estudio o la Declaración de Impacto Ambiental deben ser presentados ante el organismo competente, el Servicio de Evaluación Ambiental. La presentación debe contener<sup>300</sup>:
  - a) Antecedentes que acrediten la personería de quien presenta el Estudio o Declaración de Impacto Ambiental.
  - b) Copias suficientes del Estudio o de la Declaración, para la distribución a los órganos del Estado con competencia ambiental y, eventualmente, a la ciudadanía, para desarrollar procesos de participación<sup>301</sup>.
  
2. El Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental fallará sobre la admisibilidad a tramitación del EIA o de la DIA, notificándose de dicha resolución a quien presenta el proyecto, en este caso, el propio MOP.
  - a) Inadmisibilidad del Estudio o Declaración.
    - 1) La inadmisibilidad del Estudio sólo se producirá cuando se omita información relevante, sin que ella pueda ser subsanada mediante la solicitud de rectificaciones, aclaraciones y anexos que suplan omisiones.
    - 2) La inadmisibilidad de la Declaración, en tanto, también podrá producirse porque el proyecto debía someterse a un Estudio de Impacto Ambiental.
    - 3) El plazo en el que se debe producir el pronunciamiento sobre la admisibilidad o no es de 40 días, en los Estudios de Impacto Ambiental, y de 30 días, en el caso de presentarse declaraciones de impacto ambiental.
  - b) Si la presentación del EIA o DIA se declara como admisible:
    - 1) Se ordenará la publicación del extracto de la DIA o del EIA, según los términos del artículo 29° de la LBMA.

---

<sup>299</sup>El procedimiento aquí expuesto corresponde a un híbrido entre la LBMA modificada por la Ley 20.417 y al antiguo Reglamento del SEIA. Se espera que este procedimiento cambie con la pronta aprobación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cuya elaboración está en un estado avanzado. Véase el Dictamen 1.501/2011 de Contraloría General de la República.

<sup>300</sup>El artículo 20 del Reglamento del SEIA establecía que las omisiones en los Estudios o las Declaraciones, así como su presentación ante un órgano no competente, provocaría su inmediata inadmisibilidad ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta exigencia ha sido flexibilizada en los artículos 15 *bis* y 19 de la nueva LBMA, modificada por la Ley 20.417.

<sup>301</sup>Véase la sección 5.4, referente al control democrático de los proyectos concesionados.

- 2) Comenzará el plazo, de 30 días, para que los órganos públicos con competencia ambiental y las municipalidades respectivas efectúen sus observaciones al proyecto. Para esto, se les envía una copia del Estudio o de la Declaración, en su caso.
  - 3) Se remitirá la publicación del extracto de la DIA o del EIA a las municipalidades.
3. Los Estudios de Impacto Ambiental se tramitarán bajo el siguiente procedimiento.
- a) Órgano a pronunciarse: Se pronuncian el Director Ejecutivo del SEA y la Comisión Evaluadora del artículo 86° de la LBMA, que está compuesta por los Secretarios Regionales Ministeriales de Medio Ambiente, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Transporte y Telecomunicaciones, Minería y de Planificación, con el Director Regional del SEA como secretario y con el Intendente Regional como su presidente.
  - b) Órganos que informarán el proyecto: Los *órganos con competencia ambiental* deberán rendir informes sobre el proyecto. Estos órganos corresponden a aquellos que tienen atribuciones de otorgar permisos sectoriales respecto del proyecto. Además, los órganos del Estado que no tengan esta facultad, pero que tengan asignada como función la protección de variables específicas del medio ambiente, podrán emitir informes.
  - c) Emisión de informes. Los órganos con competencia ambiental deben informar el proyecto en un plazo de 30 días, contados desde que éstos reciben el Estudio de Impacto Ambiental. En estos informes se pueden pedir aclaraciones al proponente, las que deberán ser entregadas por éste en un plazo prudente. Si no hay solicitudes, se elabora inmediatamente un ICSARA del Estudio.
  - d) Información complementaria. Las aclaraciones y rectificaciones que los órganos con competencia ambiental solicitan al proponente les son enviadas a través de *adendas*, las que deben presentarse en tantas copias como se haya presentado el Estudio de Impacto Ambiental original. Estos órganos tendrán un plazo máximo de 15 días para informar sobre estas presentaciones.
  - e) Participación ciudadana. Los Estudios de Impacto Ambiental comprenden un proceso de participación ciudadana, que, en los hechos, es la única forma obligatoria de participación ciudadana reconocida en los proyectos concesionados. Las organizaciones ciudadanas tienen 30 días contados desde la presentación del proyecto para hacer presentes sus observaciones, las que no serán vinculantes, pero que deberán ser respondidas en la Evaluación de Impacto Ambiental.

f) Informe Consolidado de las Solicitudes de Aclaración, Rectificación y Ampliación (ICSARA) del Estudio. Las observaciones de las organizaciones ciudadanas, las aclaraciones y rectificaciones del proponente y los informes de los órganos con competencia ambiental respecto de las adendas son recogidas en un solo documento. El borrador es enviado a dichos órganos para que, dentro de 5 días, emitan observaciones, al cabo de los cuales el ICSARA se entiende aprobado. Este documento contiene:

- 1) Los antecedentes generales del proyecto sometido a evaluación.
- 2) Referencias a las etapas que se han seguido, y referencias a los informes de los órganos estatales con competencia ambiental.
- 3) Una síntesis de los impactos ambientales relevantes del proyecto y de las medidas de mitigación propuestas por el titular del proyecto.
- 4) Conclusiones respecto de la observancia de la normativa ambiental.
- 5) Indicación de los permisos sectoriales que aplican al proyecto.
- 6) La proposición de exigencias específicas para que el proponente pueda llevar adelante el proyecto y los permisos sectoriales relevantes sean otorgados.
- 7) Una síntesis de las observaciones presentadas por las organizaciones ciudadanas respecto del proyecto.

g) Resolución de Calificación Ambiental. La Comisión Evaluadora del artículo 86 de la LBMA se reunirá en una sesión para votar sobre la aprobación o rechazo del proyecto, teniendo como base el Informe Consolidado. La RCA debe contener la indicación de los elementos, documentos, facultades legales y reglamentarias que se tuvieron en vista para resolver; las consideraciones técnicas u otras que le sirven de fundamento; la ponderación de las observaciones realizadas en el proceso de participación ciudadana, y la calificación ambiental del proyecto, manifestada en una decisión de aprobación o rechazo del proyecto.

- 1) La aprobación del proyecto importa que todos los permisos sectoriales para su ejecución deben ser concedidos en un plazo de 30 días.
- 2) El rechazo del proyecto, en tanto, no inhabilita al titular, que en este caso es el MOP, para presentarlo nuevamente. Sin embargo, hasta que el titular solucione las objeciones planteadas en la Resolución de Calificación Ambiental, todos los permisos sectoriales para la ejecución de la obra se entenderán denegados.

4. Las Declaraciones de Impacto Ambiental tienen un procedimiento, en apariencia, similar. Sin embargo, se eliminan varias etapas.

- a) El ingreso de un proyecto al SEIA a través de una Declaración de Impacto Ambiental involucra la eliminación de la etapa de participación ciudadana, entendida como parte del procedimiento de calificación ambiental. No habrá, por ende, observaciones de la ciudadanía que deban ser ponderadas en la Resolución de Calificación Ambiental.
- b) Los plazos se acortan, y la Comisión Evaluadora del artículo 86 del LBMA se reunirá apenas esté listo el Informe Consolidado, sin que exista un plazo para que los órganos con competencia ambiental puedan examinarlo.

En teoría, el Ministerio de Obras Públicas debe presentar los proyectos de obras públicas concesionadas que generen un impacto ambiental significativo al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Para esto requerirá, a través de contratos regidos por el RCTC del MOP, la elaboración de un EIA o de una DIA a empresas especialistas en Medio Ambiente. Las Bases de Licitación de la obra concesionada contemplarían, de esta forma, las medidas de mitigación impuestas por Resoluciones de Calificación Ambiental favorables, al haber sido sometido el proyecto de obra al SEIA antes de su licitación.

En la práctica, lo que ocurre es que el Ministerio de Obras Públicas impone al concesionario la obligación de presentar, a su costo, un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, o le obliga, incluso, a ceñirse a las medidas impuestas por Estudios de Impacto Ambiental Referenciales, dando por descontada su aprobación. Esto va abiertamente en contra de la ley, comprometiendo al Estado chileno no sólo a las condiciones establecidas en las bases, sino que a la aprobación del proyecto en el SEIA, hecho que ha sido fundamento, precisamente, de gran parte de las críticas que se le han formulado al modelo de Evaluación de Impacto Ambiental anterior a la ley 20.417.

A esto se suma el hecho de que la presentación de los proyectos de obras concesionadas al SEIA no ha carecido de irregularidades. Han existido casos en los que el MOP, debiendo presentar un proyecto al SEIA mediante un Estudio, lo ha presentado mediante Declaración, mediante ingeniosos argumentos<sup>302</sup>, arriesgando al concesionario a la no obtención de los permisos sectoriales requeridos para el comienzo de las obras y a atrasos injustificados. Tanto estos atrasos, como la

---

<sup>302</sup>Véase la página 355, Caso «Autovías».

eventual incorporación de medidas de mitigación adicionales a través de Resoluciones de Calificación Ambiental reales, tendrán que ser resueltos mediante Convenios Complementarios entre el MOP y la sociedad concesionaria, que encarecerán el costo del contrato de concesión para el erario público.

**5.1.4.2.3. Control del Plan de Manejo Ambiental.** Las medidas de mitigación que, idealmente, se ordena al MOP cumplir en la Resolución de Calificación Ambiental, se convierten en un Plan de Manejo Ambiental mínimo, que será propuesto al concesionario en las Bases de Licitación. El concesionario deberá implementar las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, dando cuenta al Inspector Fiscal de su puesta en marcha a través de informes mensuales. En los casos en que la presentación de las obras ha sido irregular, el concesionario deberá gestionar por sí mismo la presentación del proyecto al SEIA, y, en el ínterin, guiarse por las medidas del Plan de Manejo Ambiental contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental Referencial preparado por el MOP.

La construcción de una obra, cualquiera esta sea, produce impacto en las siguientes variables medioambientales.

1. Aire. El transporte de áridos genera partículas contaminantes, lo que debe ser evitado por la sociedad concesionaria. Además, las calzadas y superficies de depósito deben ser regadas, todo, de conformidad con la normativa vigente<sup>303</sup>.
2. Ruidos molestos. Las normas sobre exposición de los trabajadores a ruidos molestos deben ser cumplidas. Además, puede ocurrir que se exija la construcción de barreras acústicas, para mantener los índices de ruidos dentro de la normativa correspondiente a la zona en que se construye.
3. Impacto en la comunidad. Las medidas de mitigación contemplarán la instalación de accesos provisorios, puentes, barandas y señales de peligro, como mínimo.
4. Impacto arqueológico. Se debe contemplar en cualquier momento la posibilidad de que las excavaciones desentierren restos con valor histórico. Estos restos deberán ser tratados según los cuidados exigidos por la Ley 17.288 de Monumentos Nacionales.

---

<sup>303</sup>Véanse el D.S. 144/1961 MINSAL y el D.S. 75/1987 MTT.

5. Flora y fauna. El corte de los árboles y el transporte de la fauna autóctona debe ceñirse a la normativa vigente<sup>304</sup>.
6. Residuos sólidos. Las excavaciones deben contemplar el manejo del suelo y de las piedras extraídas en su construcción, estableciéndose como parte de las medidas de mitigación el que debe ser su destino final.
7. Plan de manejo de accidentes. El Plan de Manejo Ambiental impondrá al concesionario implementar un plan para evitar accidentes y enfrentar emergencias, ya sean derrames de sustancias peligrosas durante su transporte y almacenamiento, incendios, accidentes durante el ingreso de vehículos a la faena, y accidentes laborales. Este plan, como mínimo, debe comprender la existencia de los medios y equipos necesarios para responder a emergencias, en conjunto con procedimientos para la llamada de servicios de emergencia y la existencia de grupos de respuesta ante emergencias en el lugar.
8. Otros elementos. Las obras concesionadas, dependiendo de su magnitud y de sus características, pueden afectar otras variables del medio ambiente, como el agua, la geología, o, incluso, conllevar el desplazamiento de comunidades enteras. Las Resoluciones de Calificación Ambiental contendrán las medidas de mitigación específicas para contrarrestar el impacto ambiental de estas obras.

Las Bases de Licitación exigirán al concesionario presentar ante el Inspector Fiscal un Programa de Gestión Sustentable complementario al Plan de Gestión Ambiental ya mencionado, que deberá contener, en la mayoría de los casos:

1. La enumeración de las medidas que se implementarán para cumplir con las exigencias impuestas en la RCA, conjuntamente con sus plazos.
2. La proposición al Inspector Fiscal de un sistema de información ambiental de la concesión, que permita visualizar la afectación de las variables ambientales en tiempo real. Este sistema debe conectarse con el sistema de información del proyecto de ingeniería y con los modelos tridimensionales de la obra.

---

<sup>304</sup>Ley 19.561, D.L. 701 sobre Fomento Forestal, D.S. 259/1980 MINAGRI, todo sobre bosques.

El resultado de estas mediciones debe ser comunicado al Inspector Fiscal a través de un Informe periódico de Seguimiento de Desarrollo Sustentable, que dé cuenta del estado de los componentes medioambientales y territoriales afectados por el proyecto, las actividades realizadas en el marco del plan de manejo ambiental, y los resultados anteriores de la ejecución de estas medidas. El contenido exacto, y los plazos en que este Informe debe ser entregado, dependen de las Bases de Licitación de la obra específica.

El MOP responderá ante la Superintendencia del Medio Ambiente cuando se constaten violaciones a la Resolución de Calificación Ambiental, y será el MOP el organismo que pague las multas que sean aplicables.

#### **5.1.4.3. Verificación del cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos.**

Conjuntamente con planes para evitar accidentes del trabajo, los que están contenidos en el Plan de Manejo Ambiental ya mencionado, el concesionario debe respetar toda la normativa de seguridad laboral, compuesta por la Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales y por su respectivo reglamento. Esto implica, además de la implementación de un plan de prevención de accidentes y de un plan de respuesta a los mismos, el deber por parte del concesionario de respetar el Código del Trabajo y la legislación que regula las relaciones entre el concesionario y sus trabajadores y la prevención de riesgos en las faenas, lo que implica dar cumplimiento a las disposiciones del Reglamento para la Constitución y Funcionamiento del Comité Paritario de Higiene y Seguridad, D.S. 40/1969 MINTRAB.

La empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal rendirá informes ante el Inspector Fiscal sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos. El concesionario deberá denunciar los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, haciendo valer el Seguro Obligatorio correspondiente de conformidad con su reglamento, entregando copia al Inspector Fiscal de las denuncias formuladas. Esta información debe ser compilada en un informe mensual por la empresa Asesora a la Inspección Fiscal, y archivada.

En lo referente al cumplimiento de la normativa laboral, el concesionario deberá entregar mensualmente al Inspector Fiscal información sobre:

1. El listado del personal que ha trabajado en el mes, en la construcción de la obra.

2. Copias de los contratos de trabajo y finiquitos producidos.
3. Copias de las liquidaciones de sueldo y de los certificados que acrediten el pago de imposiciones.

Esta información debe ser archivada y sistematizada por la empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal, estableciéndose sanciones para el concesionario que incumpla con sus obligaciones laborales, traducidas en multas que tendrán, como fundamento para su aplicación, las sentencias laborales dictadas en los juicios respectivos. Sostenemos en este trabajo que es posible sancionar al concesionario que incumpla la normativa laboral vigente con la inhabilidad para participar en otros procesos licitatorios, dada la aplicación supletoria a todos los contratos administrativos de la LBCASyPS y de su Reglamento.

#### **5.1.4.4. Entrega de los terrenos necesarios para la construcción de las obras.**

La obra concesionada puede desarrollarse en terrenos que son propiedad del Fisco, en bienes nacionales de uso público, o en terrenos de propiedad de particulares, en cuyo caso, deberán ser expropiados primero. Como ya se señaló en el Capítulo IV de este trabajo, no existe una transferencia de propiedad al concesionario en el proceso de concesión; los bienes que forman parte de la obra pública fiscal siempre permanecen en poder del Estado. La entrega de los bienes fiscales que la empresa concesionaria requiere para la construcción de las obras comprometidas, o para la operación de los servicios establecidos en el contrato, se señala en el artículo 45° del RLCOP.

##### *Artículo 45°. Infraestructura que se entrega a la sociedad concesionaria.*

1.- En el caso que el MOP proporcione a la sociedad concesionaria infraestructura preexistente, ésta se entenderá entregada en el estado en que se encuentre en el momento de la entrega del terreno o de las instalaciones, y será responsabilidad del concesionario cumplir con las obligaciones que, con respecto a las mismas, señalen las bases de licitación.

2.- La entrega de terrenos o instalaciones se entenderá realizada con la suscripción y protocolización ante notario del decreto de adjudicación, salvo que las bases de licitación dispongan una fecha diferente la que no podrá ser anterior a la publicación del decreto supremo de adjudicación.

3.- Los bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar la obra entregada en concesión y que se encuentren comprendidos dentro del área de concesión, estarán afectos a ésta desde que se perfeccione el contrato de concesión, sin perjuicio de lo que señalen las bases de licitación.

Los bienes fiscales y nacionales de uso público que sean utilizados en la concesión están afectas a ella desde el momento mismo en que se perfecciona el contrato, que es cuando el decreto de adjudicación termina su tramitación. El Inspector Fiscal deberá hacer entrega al concesionario de esta infraestructura cuando sea nombrado, manteniendo actualizado el registro de bienes que forman parte de la concesión, como luego se verá.

La expropiación, en tanto, es una prerrogativa que la Constitución Política de la República entrega sólo al Estado, e impone, para su ejercicio, la necesidad de indemnizar. El número 24° del artículo 19° de la Constitución regula con extremo detalle las condiciones en que esto se tiene que hacer efectivo, en sus incisos 3°, 4° y 5°.

Artículo 19°, N° 24 (Incisos 3°, 4° y 5°) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

La expropiación de las franjas fiscales, en cuanto es compulsiva, es una prerrogativa exclusiva y excluyente del Estado, y requiere, como causa, la utilidad pública o el interés nacional. Por ende, el Ministerio de Obras Públicas asume como una obligación el expropiar las franjas de terreno que sean necesarias. Las Bases de Licitación fijan el procedimiento a través del cual el Inspector Fiscal de la etapa de construcción le hará entrega al concesionario de estas fajas fiscales, mientras el Estado ejecuta la expropiación a través del procedimiento contemplado en el D.L. 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio.

Las obligaciones del concesionario, así como las circunstancias específicas de las expropiaciones, están definidas en el artículo 15 de la LCOP.

Artículo 15°. Los bienes y derechos que adquiriera el concesionario a cualquier título y que queden afectos a la concesión, no podrán ser enajenados separadamente de ésta, ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin el consentimiento del Ministerio de Obras Públicas, y pasarán a dominio fiscal al extinguirse la concesión.

En el caso de requerirse la expropiación de bienes y derechos necesarios para la construcción de las obras y sus servicios complementarios, ésta se llevará a efecto en virtud de la declaración de utilidad pública establecida en el artículo 105 del decreto supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas, y conforme al procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N°2.186, de 1978.

Todos los desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de los actos o contratos de que trata este artículo serán de cargo del concesionario. No obstante, el Fisco podrá concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones si así lo establecieren las bases de licitación.

Si bien la expropiación de terrenos no es una prerrogativa de control en sí, existen mecanismos de control que revisan el apropiado uso y la apropiada estimación del valor de los terrenos, los que requieren la comprensión previa del proceso expropiatorio. Además, antes del comienzo del proceso propiamente tal, el Inspector Fiscal debe aprobar el plano que la sociedad concesionaria presentará, con las zonas a expropiar.

**5.1.4.4.1. Actuaciones previas a la expropiación a efectuar por el Inspector Fiscal.** Las Bases de Licitación suelen exigir a la sociedad concesionaria, en lo relativo a la expropiación de terrenos.

1. La presentación al Inspector Fiscal de un levantamiento topográfico de las áreas a expropiar, acompañada por un documento que certifique cuáles áreas de los Proyectos Referenciales de Ingeniería serán modificadas y cuáles no. Esto, como se ve, está directamente ligado con la proposición o no de modificaciones al Proyecto de Ingeniería de Detalle y sirve para determinar con precisión el paño a expropiar.
  - a) El plazo para presentar este documento está fijado en las Bases de Licitación. Este documento debe ser presentado antes del Proyecto Definitivo de Ingeniería de Detalles.
  - b) La compra de los terrenos necesarios para ejecutar cualquier modificación que ocurriere después del plazo establecido en las bases para la entrega de estos dos documentos, será entera responsabilidad del concesionario.

2. La consignación de fondos suficientes para dicha expropiación, cuyo monto está señalado en las Bases. Esto, dado que, como lo señala el artículo 15° de la LCOP, la provisión de fondos para la expropiación de los terrenos es una obligación del concesionario.

El Inspector Fiscal vigilará que los fondos para las expropiaciones se encuentren a disposición del MOP en los plazos que las Bases de Licitación señalan. Asimismo, deberá aprobar las zonas a expropiar, lo que podrá hacerse una vez el concesionario haya presentado el Proyecto de Ingeniería de Detalle definitivo de la obra, con las modificaciones que se hubieren propuesto.

La expropiación es una facultad exclusiva del Estado, pero el RLCOP permite al concesionario adquirir, por su cuenta, terrenos. La regulación de esto está en el artículo 46° de dicho Reglamento.

*Artículo 46°. Adquisiciones y expropiaciones.*

§ 1. La sociedad concesionaria podrá adquirir para el Fisco los terrenos necesarios para realizar las obras de acuerdo con los planos establecidos en los proyectos aprobados, aplicándose lo dispuesto en el inciso primero del artículo 15° del DS MOP No 900 de 1996. En todo caso, las bases de licitación señalarán el procedimiento para la adquisición de los bienes.

§ 2. El inspector fiscal mantendrá un registro actualizado de todos los bienes y derechos afectos a la concesión. Serán bienes afectos a la concesión todos aquellos bienes y derechos adquiridos por el concesionario, a cualquier título, durante la concesión, y que sean calificados como tales por el MOP. La reposición o renovación de bienes se someterá a la autorización de la Dirección General de Obras Públicas, la que se pronunciará sobre la solicitud presentada por el concesionario en el plazo de 30 días, contados desde la fecha de la recepción de la pertinente solicitud en la oficina de partes de la DGOP.

§ 3. El MOP, a través del inspector fiscal, mantendrá informada a la sociedad concesionaria acerca del estado del proceso expropiatorio.

La compra deberá ser visada por el Inspector Fiscal, lo que servirá para restringir el proceso expropiatorio a la superficie que no será comprada por la concesionaria. Los terrenos a expropiar serán expresados en una resolución de la Dirección General de Obras Públicas, que dará inicio al procedimiento expropiatorio.

**5.1.4.4.2. Procedimiento del D.L. 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio.** En estricto rigor, el procedimiento de expropiación se inicia con la dictación misma de la resolución del DGOP que aprueba las zonas de terreno a expropiar. Esta resolución debe publicarse en extracto, en el Diario Oficial, y debe además ser inscrita al margen de la inscripción en el Registro

de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de cada uno de los predios a expropiar, inscribiéndose también, completa, en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar. Dicha resolución debe estar fundamentada en el interés público que conlleva la construcción de la obra concesionada, interés que aparece dado por el artículo 105 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y 15 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

La inscripción de esta resolución del DGOP producirá, como efecto, la inoponibilidad de cualquier acto efectuado sobre el bien raíz respecto del MOP, por 90 días. En este plazo, el MOP podrá entrar a los terrenos para su reconocimiento y medición, aun con orden judicial mediante.

Posteriormente, el Director General de Obras Públicas nombrará una comisión de peritos independientes de entre una lista de expertos propuesta por los Gobiernos Regionales, quienes tasarán el inmueble. Esta designación ocurrirá inmediatamente después de periciado el inmueble. Los peritos tendrán un plazo de 3 días para aceptar el cargo, y la comisión tasadora tendrá 10 días, contados desde el nombramiento, para constituirse. Una vez constituida, la comisión tiene 30 días para evacuar un informe que contenga el valor aproximado del inmueble, prorrogables por otros 30 días.

Una vez dicho informe sea evacuado, se dictará un Decreto Supremo de expropiación, que contendrá, como menciones obligatorias, «su fecha, la individualización del bien objeto de la expropiación y su rol de avalúo para los efectos de la contribución territorial, si lo tuviere; la disposición legal que haga procedente la expropiación y, en caso de que ésta hubiere sido autorizada por ley general, la causa en que se funda; el nombre del o de los propietarios o de los que aparezcan como tales en el rol de avalúos o los datos que faciliten su determinación; el monto provisional de la indemnización, con señalamiento de la comisión que lo fijó y de la fecha de su informe, y la forma y plazos de pago de la indemnización que corresponda conforme a la ley»<sup>305</sup>.

Este Decreto Supremo será publicado en extracto en el Diario Oficial en los días 1 o 15 de cada mes, y en un periódico de capital, por lo menos, de provincia. Junto con ello, el extracto del decreto será entregado por Carabineros de Chile a la persona que ocupe el bien expropiado, si bien, para todos los efectos legales, la fecha de la notificación corresponderá a la fecha de la publicación en el Diario Oficial. Esto es relevante, dado que desde dicha notificación, el expropiado tiene 30 días para impugnar el acto expropiatorio, lo que se puede hacer solicitando:

---

<sup>305</sup> Artículo 6°, inciso 3°, D.L. 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio.

1. La nulidad del acto expropiatorio. Esto ocurrirá cuando el acto no está amparado en una ley que así lo autorice, o cuando la expropiación carece de causa legal.
2. La ineffectividad de la expropiación, lo que se hará cuando la expropiación sea imposible, aún temporalmente.
3. La expropiación total de un bien expropiado parcialmente, cuando la parte sin expropiar carezca de valor por sí misma.
4. La modificación del acto expropiatorio, cuando la forma de pago o el monto de la indemnización no ha sido determinado de conformidad a la ley.

En los casos de los números 1, 2 y 4, el expropiado puede solicitar, además, la suspensión de la expropiación, la que el juez podrá decretar, como también denegar. El procedimiento de esta reclamación será el juicio sumario. En los casos de los números 3 y 4, si el reclamo es acogido, la Administración tendrá 90 días de plazo para dictar una nueva resolución expropiatoria que complemente la anterior en los términos ordenados por el juez; de no ser así, la expropiación quedará sin efecto.

El monto de la indemnización, así como su forma de pago, se determinarán de común acuerdo entre el expropiado y el MOP, acuerdo que se expresa en una escritura pública, y que tiene como base el monto de la tasación preliminar. Este monto puede ser impugnado a través de un procedimiento especial, expuesto en el artículo 14 del D.L. 2.186, hasta 30 días después de la firma de la escritura. El plazo para que exista este acuerdo es de 30 días contados desde la notificación del decreto expropiatorio. Puede ocurrir que no haya acuerdo, caso en el cual el monto de la expropiación será consignado en la cuenta del tribunal al contado, por el MOP.

En presencia o ausencia de acuerdo, el MOP tomará posesión material del inmueble expropiado. En el primer caso, esto ocurrirá en la fecha establecida en el acuerdo; en el segundo, sucederá una vez se hagan las publicaciones señaladas en el artículo 23° de la Ley Orgánica de Procedimiento Expropiatorio. En este último caso, si se impugna el monto de la indemnización, el MOP puede pedir al juez que permita tomar posesión del inmueble expropiado, pagando la parte no disputada de la indemnización. La entrada en posesión material por parte del MOP será certificada por el Inspector Fiscal.

**5.1.4.4.3. Entrega de los terrenos al concesionario por el Inspector Fiscal.** El artículo 46° del RLCOP establece el deber del Inspector Fiscal de informar a la concesionaria acerca del avance del proceso expropiatorio, así como la obligación para éste de mantener un registro actualizado de los bienes que están afectos a la concesión. Una vez los terrenos expropiados se encuentren en manos del Fisco, el Inspector Fiscal los entregará a la concesionaria tan pronto como sea posible, para no demorar las obras.

El procedimiento de entrega de los terrenos comienza por la notificación a la concesionaria, con una anticipación mínima definida en las Bases, de que el terreno le será entregado en un acto con presencia del Inspector Fiscal. La entrega se realiza en el acto mediante una anotación en el Libro de Obras. La concesionaria tiene la obligación, una vez ocurre el acto, de tomar posesión material de la propiedad expropiada, proceder a los estudios correspondientes del terreno, enviar los bienes recuperables a las bodegas fiscales, y realizar los cambios en los servicios básicos que minimicen el impacto a las propiedades vecinas de la obra.

Las Bases de Licitación establecen plazos máximos en los que el MOP debe poner a disposición del concesionario los terrenos, y, de no cumplirse los plazos, las Bases establecen compensaciones en favor de la concesionaria. En tanto, las demoras en la toma de posesión material de los terrenos por parte de la concesionaria es de su entera responsabilidad, y el Inspector Fiscal vigilará que esta toma de posesión ocurra a tiempo, sin que procedan compensaciones en este caso.

El despeje y habilitación de estos terrenos para el comienzo de las obras será responsabilidad del concesionario, conjuntamente con su cercado y vigilancia<sup>306</sup>. Si personas indigentes ocupan los terrenos ya expropiados para establecerse, su expulsión es responsabilidad de la concesionaria.

Una vez concluya la construcción de las obras, la sociedad concesionaria debe informar al Inspector Fiscal sobre los terrenos expropiados que no fueron utilizados.

**5.1.4.5. Fiscalización del cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria.**

Las Bases de Licitación contemplan la obligación, por parte de la concesionaria, de presentar, conjuntamente con su Oferta Técnica, un programa de trabajo expresado en una carta Gantt, con

---

<sup>306</sup> Artículo 60°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

hitos de avance y fechas para el cumplimiento de dichos hitos. Este programa puede sufrir algunas variaciones.

1. El concesionario puede pedir al Inspector Fiscal comenzar a construir inmediatamente, sin esperar a la fecha señalada en el programa de trabajo para el comienzo de las obras. El Inspector Fiscal aprobará el inicio de la construcción una vez él haya aprobado el Proyecto de Ingeniería de Detalle, el Programa de Gestión Sustentable, las eventuales modificaciones del paño a expropiar y el Plan de Autocontrol, junto con cualquier otro documento que exigieren las Bases de Licitación para ello.
2. El programa de trabajo sólo puede ser alterado en un plazo breve desde el inicio de la construcción, modificación que debe ser aprobada por el Inspector Fiscal. Si esto no ocurre, el concesionario deberá seguir el plan entregado en su oferta técnica.

La sociedad concesionaria debe, en los plazos establecidos en las Bases de Licitación, entregar declaraciones de avance de la obra. Es función del Inspector Fiscal aprobar estas declaraciones, siempre y cuando se cumplan en cada una los porcentajes de avance de la obra exigidos en las Bases de Licitación. El mecanismo de cálculo de este avance se señala en las Bases de Licitación y será comprobado en terreno por la Inspección Técnica de Obra.

El Inspector Fiscal podrá proponer la aplicación de multas a la concesionaria en caso de que se produzcan atrasos en la presentación misma de las declaraciones de avance, como también en la construcción real de las obras<sup>307</sup>. Si se verifica en dos o más oportunidades un atraso de las obras de acuerdo con los porcentajes de avance comprometidos, el Inspector Fiscal puede solicitar el término anticipado de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato.

#### **5.1.4.6. Revisión del cumplimiento de las normas de calidad.**

Las Bases de Licitación exigen que la norma construida cumpla con ciertos estándares de calidad, para lo cual será necesario que la sociedad concesionaria cumpla con las siguientes obligaciones.

1. La presentación al Inspector Fiscal de un Plan de Autocontrol. El Inspector Fiscal verificará que, en un plazo breve contado desde el inicio de la etapa de construcción, sean implementados controles que verifiquen constantemente la calidad de la obra construida en cuanto

---

<sup>307</sup> Artículo 51°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

especificaciones técnicas de materiales y de construcción propiamente tal. Este plan debe ser aprobado por el Inspector Fiscal de forma previa a que se autorice el inicio de las faenas.

2. La realización de controles de laboratorio de los materiales utilizados en la obra, conjuntamente con la entrega de los certificados de calidad de los materiales utilizados y de los repuestos usados en la maquinaria de la obra. Los plazos para la presentación de estos certificados serán determinados por el Inspector Fiscal o por las Bases de Licitación, en su caso. Será una obligación del concesionario la ejecución de estas pruebas.

La empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal realizará controles paralelos de laboratorio de los materiales usados, los que serán confrontados con los ensayos de la sociedad concesionaria. Si hubiere divergencia entre los resultados de la AIF y los de la concesionaria, el Inspector Fiscal podrá proponer la aplicación de multas.

#### **5.1.4.7. Control del cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre construcción de las obras.**

La Inspección Fiscal tiene la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de las especificaciones de construcción exigidas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, y las Normas Técnicas del Instituto Nacional de Normalización, una fundación de derecho público dependiente de CORFO. Las Normas Técnicas «contienen y definen las características técnicas de los proyectos, materiales y sistemas de construcción y urbanización, para el cumplimiento de los standards exigidos en la Ordenanza General»<sup>308</sup>.

Las normas técnicas tienen la particularidad de ser, en principio, normas de carácter voluntario, que únicamente adquieren eficacia jurídica al ser invocadas por otras normas que así se la asignen, tales como las propias Bases de Licitación o la OGUC. Como normas voluntarias que son, tienen un procedimiento para su gestación que no es jurídico, sino que técnico, basándose en buena medida en normas similares dictadas en organismos internacionales de normalización, como la *International Standards Organization (ISO)* o la *International Electrotechnical Commission (IEC)*. El Instituto Nacional de Normalización, además, representa a Chile ante estos organismos.

La observancia de las normas técnicas y de construcción comienza por la necesidad que el proyecto concesionado tiene de apegarse a la planificación territorial, exigencia establecida en el artículo 2º

<sup>308</sup> Artículo 2º, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

de la LCOP. Los Planes Regionales de Desarrollo Urbano y los Planes Reguladores Intercomunales y Comunes, sujetos al proceso previo de Evaluación Ambiental Estratégica<sup>309</sup>, definen las obras que se podrán construir en las distintas zonas del territorio, configurando zonas que, en su médula, están definidas por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones<sup>310</sup> y que deberán ser respetadas por el proyecto concesionado.

El artículo 116° de la LGUC, en su inciso 3°, exige a las «obras de infraestructura que ejecute el Estado» de la necesidad de someterse a los procedimientos de solicitud de permisos de edificación, obras en las que se entiende comprendidas a las obras públicas ejecutadas bajo el sistema de concesiones. Por su parte, el artículo 143°, en su inciso 2°, impone la existencia de una Inspección Técnica de Obra, que fiscalizará que la obra pública se ejecute de acuerdo con la normativa vigente en la materia, algo que reafirma el artículo 1.1.2 de la OGUC, que define de la siguiente forma al Inspector Técnico.

**“Inspector técnico”:** profesional competente, independiente del constructor, que fiscaliza que las obras se ejecuten conforme a las normas de construcción que le sean aplicables y al permiso de construcción aprobado. Se entenderá también como tal, la persona jurídica en cuyo objeto social esté comprendido el servicio de fiscalización de obras y que para estos efectos actúe a través de un profesional competente. Tratándose de construcciones que ejecuta el Estado, por cuenta propia o de terceros, podrá el inspector fiscal desempeñarse como inspector técnico.

Como se ve, el nombre de Inspección Técnica de Obra que recibe la Inspección Fiscal de construcción no es al azar, sino que responde a una exigencia concreta de la LGUC y a una atribución que dicha ley y la OGUC le confiere, directamente, al Inspector Fiscal. Es sobre la base de estas facultades que el Inspector Fiscal verificará la conformidad de la norma construida con las normas técnicas correspondientes.

Sin embargo, aún es necesario conseguir permisos de edificación, de conformidad con la LGUC. Esto puede ser realizado directamente por el MOP, por la empresa concesionaria o por otra, siempre en nombre del MOP.

---

<sup>309</sup>Véase el procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica en la página 97.

<sup>310</sup>A estos documentos se añade el Plano Regulador que acompaña al Plan Regulador. El Plano Regulador no es más que la expresión gráfica del contenido del Plan Regulador, dibujado y achurado sobre el área regulada.

#### **5.1.4.8. Proposición de sustitución de obras y realización de obras adicionales.**

El Inspector Fiscal, a través de su empresa de Asesoría, puede proponer al concesionario la realización de obras adicionales o la sustitución de unas obras contempladas en el proyecto por otras, siempre que se mantenga el equilibrio económico del contrato de concesión. Este escenario está contemplado en el artículo 68 del RLCOP.

##### *Artículo 68°. Atribuciones del MOP.*

§ 1. Durante la etapa de construcción, el MOP, a propuesta del DGOP o de la sociedad concesionaria, podrá sustituir obras o realizar obras adicionales, siempre que no impliquen modificación en las condiciones económicas del contrato. Para ello utilizará uno de los siguientes procedimientos:

a) Sustituir obras incluidas dentro del contrato por otras distintas que tengan valores equivalentes. Las bases de licitación determinarán un porcentaje máximo del presupuesto oficial de la obra, no superior al 5 % de la misma, que podrá ser compensado.

b) Realizar obras adicionales de carácter menor, en beneficio de los usuarios y la comunidad, por un valor máximo determinado en las bases de licitación. En todo caso, dichas obras no podrán afectar al cobro de tarifas por parte de la sociedad concesionaria. El monto de dichas obras será aprobado y pagado directamente por el MOP en la forma que indiquen las bases de licitación.

§ 2. La forma de valorización de las obras se establecerá en las bases de licitación.

§ 3. Para estos efectos no se considerarán obras nuevas o adicionales las correcciones, reparaciones u observaciones que formule el inspector fiscal para solucionar deficiencias del proyecto en ejecución, según las bases de licitación.

Este procedimiento aplica, ya sea para obras menores, ya sea para la sustitución de obras por otras. El MOP tiene la obligación de mantenerse dentro de un margen de 5 % de variación en los costos de la obra, y todos los costos adicionales serán compensados al concesionario. En el caso de que se trate de la ejecución de obras adicionales de carácter menor, no contempladas en el proyecto y no compensadas a la concesionaria en términos tarifarios, las obras serán pagadas por el MOP directamente, una vez se compruebe la correcta ejecución de las mismas. Las Bases de Licitación contemplan que si el costo de las obras supera cierto monto, el decreto del MOP deberá ser visado previamente por el Ministerio de Hacienda.

El Inspector Fiscal comunica a la sociedad concesionaria la intención de la autoridad de realizar o compensar estas obras a través de una anotación en el Libro de Obras. Luego de esto, el Inspector Fiscal solicitará al concesionario la presentación de un Proyecto de Ingeniería de Detalle para estas obras, concediéndole para ello un plazo prudente.

#### **5.1.4.9. Revisión y aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra.**

A medida que la construcción de la obra avanza, el concesionario entrega los Estados de Avance ya señalados, los que serán aprobados por el Inspector Fiscal de Construcción siempre que estén acordes a la realidad y a las especificaciones que la obra debe tener. El concesionario debe obedecer el programa de trabajo que entregó en su Oferta Técnica, o el que hubiere sido aprobado por el Inspector Fiscal, programa que contempla una fecha para el fin de las obras.

Si bien existe en toda obra dada en concesión una etapa de construcción y otra de explotación, la transición entre ambas no es repentina. Existe un periodo, luego de construidas las obras, en el que éstas entrarán en funcionamiento para poner en marcha los sistemas correspondientes a la etapa de explotación, practicar las revisiones finales de la construcción y arreglar los problemas que pudieren presentarse. Esta es la *puesta en servicio provisoria* de la obra, y está regulada en el artículo 55 del RLCOP.

##### *Artículo 55°. Autorización de puesta en servicio provisoria.*

§ 1. El concesionario podrá solicitar la puesta en servicio provisoria, total o parcial de la obra, si así lo estipulan las bases de licitación. El DGOP deberá aprobar o rechazar la puesta en servicio provisoria en un plazo máximo de 30 días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud.

§ 2. Para estos efectos, el concesionario deberá presentar su solicitud en la oficina de partes de la DGOP, acompañando todos los documentos que hayan sido exigidos en las bases de licitación para la puesta en servicio, tales como garantía de explotación, seguros que correspondan a ésta etapa, Reglamento del Servicio de la Obra, entre otros.

§ 3. Cumplidas las condiciones anteriores y en el caso que la obra sea aprobada, el DGOP, mediante resolución, autorizará la puesta en servicio provisoria del total o parte de la obra si así lo establecen las bases de licitación, comenzando la etapa de explotación.

La fecha de la puesta en servicio provisoria es conocida por el Ministerio de Obras Públicas, ya que aparece indicada en el plan de trabajo de la construcción de la obra, y cualquier corrimiento de esta fecha involucra atraso y, eventualmente, la aplicación de sanciones a la concesionaria. Antes de esta puesta en servicio provisoria debe ocurrir lo siguiente<sup>311</sup>.

<sup>311</sup>Los plazos aquí señalados se cuentan hasta (números negativos) y desde (números positivos) la puesta en servicio provisoria de la obra (señalada como día cero). Los plazos que no tienen una fuente legal o reglamentaria han sido puestos en cursivas. Véase el artículo 57 del RLCOP, como también COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2004) Bases de Licitación: Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy, *op. cit.*, secciones 1.9.7, 1.10.1 y 1.10.4.

-90 días. El concesionario debe presentar un borrador del Reglamento de Servicio de la Obra al Inspector Fiscal de la etapa de construcción, para su aprobación o rechazo. Este reglamento tiene por objeto regular el uso, operación, mantención y conservación de la obra, y establece, por parte de la concesionaria, los derechos y obligaciones de los usuarios, de la concesionaria y el MOP, en la etapa de explotación, normando especialmente la relación usuario-concesionario en la etapa de explotación.

Una vez aprobado, este reglamento debe ser publicado en un diario de circulación nacional y en otro de circulación local, en extracto. Debe contener lo siguiente<sup>312</sup>:

1. La identificación de la sociedad concesionaria, comprendiendo la ubicación de sus oficinas, su capital, la ubicación de sus oficinas y la representación gráfica de su organigrama; el horario de funcionamiento de sus oficinas y la mención de sus capacidades técnicas.
2. La mención al marco jurídico que regirá la explotación, consistente en los documentos que forman parte del contrato de concesión; y el Programa de Gestión Sustentable de la etapa de Explotación, que será aprobado, más tarde, por el Inspector Fiscal de Explotación.
3. La descripción de la obra entregada en concesión.
4. Los niveles de servicio a los que la concesionaria se compromete, en su caso, así como los mecanismos de control y evaluación de dichos niveles.
5. Una enumeración de los derechos y obligaciones de los usuarios por el uso de los servicios prestados, que debe incluir un la mención de un procedimiento para hacerlos efectivos, y un procedimiento de reclamos.
6. La enunciación de los deberes de información que tiene la concesionaria, tanto respecto del Inspector Fiscal, como respecto de otros entes públicos o privados y de los usuarios.
7. El desglose de las obligaciones que tiene la concesionaria en la etapa de explotación, acompañadas de la enumeración de planes y acciones concretas que la concesionaria realizará para cumplirlos. Estas medidas comprenden:
  - a) Medidas de cuidado de la obra, seguridad y vigilancia.

---

<sup>312</sup>Artículo 57º, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

- b) Medidas de mantención y aseo de las instalaciones.
  - c) Medidas orientadas a detectar y solucionar los problemas de accidentes, congestión o de cualquier otra naturaleza que se produzcan en el camino, respecto de las concesiones viales.
  - d) Medidas de mantenimiento y protección de las áreas revegetadas.
8. La descripción, en su caso, de los servicios que serán prestados con la obra, conjuntamente con el establecimiento de mecanismos de coordinación con los servicios públicos que hubieren delegado su gestión en la empresa concesionaria.
- 90 días. El MOP debe, con anterioridad a este plazo, haber iniciado el proceso de licitación de la Asesoría a la Inspección Fiscal de Explotación, haber enviado las Bases a toma de razón, y haber iniciado el procedimiento de licitación. La Inspección Fiscal de Explotación tendrá así 90 días para constituirse y fijar su estructura, con lo que se evita que el Inspector Fiscal de Explotación entre en funciones sin una empresa asesora.
- 30 días. El Inspector Fiscal de construcción tiene 60 días para aprobar el borrador de Reglamento de Servicio de la Obra, o emitir observaciones<sup>313</sup>. Este plazo reglamentario es máximo, y las Bases de Licitación pueden establecer plazos menores.
1. La no respuesta dentro de plazo del Inspector Fiscal, o silencio, se entiende como aprobación del Reglamento.
  2. El Inspector Fiscal podrá presentar observaciones al borrador, dentro del plazo. La sociedad concesionaria tendrá 30 días para corregirlas.
  3. La no entrega de este Reglamento de Servicio de la Obra es una infracción al contrato de concesión, sancionable según lo establecido en las Bases de Licitación.
- 30 días. En los casos en que se exige un Programa de Conservación de las Obras periódico, el concesionario debe entregarlo en este momento al Inspector Fiscal de Construcción. Este programa acompañará al Reglamento de Servicio de la Obra y detalla las acciones que la concesionaria realizará para el mantenimiento de la obra pública en condiciones de prestar servicio.

---

<sup>313</sup> Artículo 57°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

- 30 días. El concesionario debe constituir en favor del MOP las garantías de explotación, cuyo monto y condiciones están establecidos en las Bases de Licitación<sup>314</sup>.
- 15 días. Plazo para que la sociedad concesionaria subsane las observaciones hechas por el Inspector Fiscal de construcción al borrador de Reglamento de Servicio de la Obra.
- Día 0. El concesionario presenta, en la Dirección General de Obras Públicas, la solicitud de *puesta en servicio provisoria* de la obra.
- Día 5. El DGOP nombrará una Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria de la obra, que la evaluará<sup>315</sup>.
- Día 15. El Inspector Fiscal de la etapa de explotación es nombrado con esta fecha. El decreto de nombramiento debe ser tomado de razón.
- Día 30. Según el inciso 1° del artículo 55° del RLCOP, el Director General de Obras Públicas debe autorizar la puesta en servicio provisoria de las obras dentro de este plazo. Lo hará de acuerdo con la recomendación que reciba de la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria de la obra.
- Día 90.* El concesionario deberá presentar ante el Inspector Fiscal de construcción, con copia a la DGOP, los planos definitivos de las obras construidas, sus memorias explicativas, y los planos de expropiación definitivos, incluyendo los terrenos expropiados que no hubieren sido utilizados. El Inspector Fiscal de construcción tiene 60 días para aprobar o rechazar los planos.
1. La aprobación de los planos y de sus memorias involucra el cumplimiento de un requisito para aprobar la puesta en servicio definitiva de la obra.
  2. El rechazo de los documentos señalados, en tanto, implica que el concesionario debe presentarlos nuevamente, corregidos.
  3. La no presentación de los planos dentro de plazo es una infracción al contrato de concesión, sancionable de la forma que indiquen las Bases de Licitación.
- Día 150.* Plazo límite para la aprobación de los planos por el Inspector Fiscal de Construcción.

<sup>314</sup>El artículo 33° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas no sólo entrega a las Bases de Licitación la regulación del monto y de las condiciones de entrega de las garantías de construcción y explotación, sino que también la fijación del plazo de constitución.

<sup>315</sup>Sobre la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria, véase la página 335.

La aprobación de los planos definitivos de la obra, de sus memorias, y de los planos de las expropiaciones, constituye la última gestión que el Inspector Fiscal de la etapa de construcción realizará a cargo de la obra, luego de la cual cesará en sus funciones. Con ello terminará también la tarea de su empresa asesora.

En un plazo de 30 días, con anterioridad al término de la labor, el Inspector Fiscal notificará de esta circunstancia a la empresa asesora, y solicitará, en el mismo oficio, la información que considere necesaria, la que la empresa asesora debe recopilar en un Informe Final. Este Informe Final, además, contendrá la opinión fundamentada de la empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal de Construcción respecto de la evaluación de la sociedad concesionaria.

El término de la asesoría vendrá acompañado por su calificación, de acuerdo con los parámetros señalados y con las consecuencias detalladas en los artículos 93° a 100° del Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del MOP.

#### **5.1.4.10. Otras facultades.**

Las Bases de Licitación pueden conferir funciones adicionales al Inspector Fiscal de Construcción que dependerán de las particularidades del proyecto, si bien las diferencias más notorias se dan en la etapa de explotación. Un caso de función distintiva es la asignación, al Inspector Fiscal de Construcción, de la tarea de fiscalizar la planificación y mantención de los desvíos de tránsito necesarios, si lo construido es una autopista<sup>316</sup>.

Además, el Inspector Fiscal siempre tiene el deber de enviar un informe mensual del estado de la concesión al Director General de Obras Públicas, quien será el funcionario público, como veremos más adelante, a través del cual se traducirán las actuaciones del Inspector Fiscal.

#### **5.1.5. Funciones de la Inspección Fiscal de la etapa de explotación.**

La última etapa de un contrato de concesión corresponde a la etapa de explotación. En esta fase será donde las condiciones económicas ofrecidas al concesionario entran en vigor y éste puede comenzar a cobrar por el uso de la obra pública, obteniendo con ello el retorno de su inversión que

---

<sup>316</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2004) Bases de Licitación: Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy, *op. cit.*, pág. 85.

le incentivó a participar de todo el proceso de la concesión. La etapa de explotación es descrita a grandes rasgos en el artículo 54° del RLCOP.

*Artículo 54°. Etapa de explotación.*

La etapa de explotación comenzará con la puesta en servicio provisoria de las obras, comprendiendo esta etapa lo siguiente:

a) La prestación del servicio básico, servicios complementarios y otros servicios para los que fue construida la obra, en el área de concesión;

b) La conservación de la obra en óptimas condiciones de uso, según lo exigido por las bases de licitación;

c) El cobro de tarifas que pagarán los usuarios de los servicios básicos y los precios por los otros servicios que esté autorizado a prestar el concesionario en virtud del contrato de concesión.

d) La ejecución de las obras que deban construirse una vez que la obra haya sido puesta en servicio.

e) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales en los que se desarrolle la obra entregada en concesión.

f) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a áreas de servicios conforme a lo estipulado en el artículo 32° del DS MOP N° 900 de 1996.

Las facultades del Inspector Fiscal de Explotación, nombrado 15 días después de la solicitud de puesta en servicio provisoria, se fundamentan en la regulación de la explotación de la concesión, cautelando el respeto de las condiciones económicas; el respeto a los derechos de los usuarios, en los términos en que aparecen señalados en el Reglamento de Servicio de la Obra aprobado por el Inspector Fiscal de construcción, en nombre del MOP; y en el cumplimiento de las obligaciones del concesionario respecto de la conservación de la obra. Estas facultades son apoyadas por una empresa de Asesoría a la Inspección Fiscal de Explotación, que ha sido contratada antes del día 90 previo a la solicitud de puesta en servicio provisoria de la obra.

A esto deben agregarse las facultades del Inspector Fiscal de construcción, cuando se acuerde, durante la etapa de explotación, la construcción de obras adicionales. Si bien la LCOP o el RLCOP no lo señala, esto irá necesariamente acompañado por la contratación de una Asesoría a la Inspección Fiscal de construcción dependiente del Inspector Fiscal de explotación, con lo que, en terreno, se replicará una verdadera estructura de inspección fiscal análoga a la que existió en la etapa de construcción de la obra.

La obra concesionada puede ser puesta en servicio de una sola vez o en etapas, alternativa que aparece regulada en los artículos 17 de la LCOP y 53 del RLCOP.

Artículo 17° (LCOP). La puesta en servicio de la obra será autorizada por el Ministerio de Obras Públicas previa comprobación de su ajuste a los proyectos y demás especificaciones técnicas aprobadas. Podrá efectuarse por parcialidades, siempre que éstas constituyan por sí mismas, unidades susceptibles de una explotación independiente y en las condiciones que se determinen en las bases de la licitación respectiva.

Artículo 53° (RLCOP). *Inversión o construcción por etapas.*

§ 1. Las bases de licitación deberán establecer si la inversión y la construcción se realiza en una o varias etapas, durante el periodo de vigencia del contrato de concesión, de conformidad al cumplimiento de los niveles de servicio previamente establecidos, así como los plazos y condiciones a que ellas se sujetarán.

§ 2. Las bases de licitación deberán determinar claramente los plazos y condiciones que pueden dar lugar a la realización de construcciones o inversiones y si éstas dan o no lugar a modificación del régimen económico del contrato, estableciendo claramente a qué condiciones afectaría y cómo se cuantificaría dicha modificación. En caso que nada dispongan las bases se entenderá que las inversiones o construcciones no darán lugar a la revisión del régimen económico.

A diferencia de las Asesorías a la Inspección Fiscal de Construcción, que, salvo mediar algún inconveniente, tienen como duración el plazo de la etapa de construcción señalado en las Bases de Licitación, los contratos de Asesoría a la Inspección Fiscal de Explotación tienen una duración fija, que en todo caso es menor al plazo autorizado de explotación. Esto produce una rotación de empresas asesoras que hace doblemente importantes las exigencias de interoperabilidad de las bases de datos de documentos en las BTCAIF.

#### **5.1.5.1. Control del cumplimiento del reglamento de servicio de la obra.**

Una de las últimas actuaciones del Inspector Fiscal de Construcción consiste en la aprobación del reglamento de servicio de la obra. Este reglamento, junto con regular las relaciones entre los usuarios y la sociedad concesionaria, establecerá, entre otros puntos:

1. Las medidas que el concesionario tomará para el adecuado mantenimiento de la obra, para que ésta conserve los niveles de servicio comprometidos en el contrato de concesión. Estos niveles son parte de las bases técnicas del contrato de concesión, y estarán acompañados allí por obligaciones específicas de mantenimiento, que el concesionario debe cumplir
2. La regulación completa y minuciosa de la prestación de los servicios comprometidos en el contrato de concesión. Esto es extremadamente relevante cuando se trata de concesiones

complejas que involucran no sólo el mantenimiento de la obra y el cobro de tarifas por su uso, sino que la prestación de servicios, como es el caso de las concesiones de hospitales, cárceles o escuelas<sup>317</sup>.

El Reglamento de Servicio de la Obra se añade a las Bases de Licitación, la resolución de adjudicación, la Oferta Técnica y la Oferta Económica, y las circulares aclaratorias, como parte de los documentos integrantes del contrato de concesión. Esto justifica la aprobación que el Inspector Fiscal de Construcción debe dar a dicho reglamento, en representación del MOP, debiendo dicho reglamento ser coherente con los servicios definidos en las Bases Técnicas.

La fiscalización de que los servicios comprometidos en el Reglamento de Servicio de la Obra sean prestados en las condiciones allí señaladas estará a cargo del Inspector Fiscal de Explotación y de su empresa asesora, que se constituirá en terreno como la Inspección Técnica de Explotación. Las Bases de Licitación pueden exigir al concesionario la provisión de oficinas para el funcionamiento en terreno de esta Inspección Técnica; si así no ocurriere, la provisión de las oficinas quedará a cargo de la empresa asesora del Inspector Fiscal de Explotación.

Puede darse que existan etapas en construcción al mismo tiempo que en explotación, en cuyo caso el Inspector Fiscal de Construcción sólo deberá aprobar el Reglamento de Servicio de la Obra en los plazos correspondientes a la puesta en servicio provisoria del primer tramo. Este reglamento es aplicable desde el mismo momento en que las etapas correspondientes, o la obra completa, comienzan su explotación.

#### **5.1.5.2. Revisión del cumplimiento de las normas técnicas sobre conservación de las obras.**

El RLCOP define «conservación o mantención» como «las reparaciones necesarias de las obras o instalaciones construidas por el concesionario o preexistentes en el área de la concesión, con el propósito de que éstas mantengan o recuperen el nivel de servicio para el que fueron proyectadas, tanto en su cantidad como en su calidad. También se entienden incluidas dentro de este concepto las medidas preventivas necesarias para que no se deterioren las obras o instalaciones»<sup>318</sup>.

<sup>317</sup>El Reglamento de Servicio de la Obra del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1 contiene una minuciosa regulación de temas tan variados como el lavado de los uniformes del personal de Gendarmería (Sección 2.1.1.6.2), el apoyo espiritual que debe brindarse a los internos (Sección 3.2.2.5) y la existencia de grupos generadores de electricidad y agua para suministrar ambos servicios a la prisión en caso de corte (Sección 2.1.1.5.1.1.). Véase SOCIEDAD CONCESIONARIA B.A.S. S.A (2005) *Reglamento de servicio de la obra: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1*. Santiago de Chile,

<sup>318</sup>Artículo 3º, numeral 5), Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

La mantención adecuada de las obras concesionadas no sólo se tendrá por realizada mediante la ejecución de los planes de mantención comprometidos en las Bases, o mediante los planes de mantenimiento comprometidos en el Reglamento de Servicio de la Obra. Ellos deberán ser acompañados por la constante realización de pruebas técnicas y de laboratorio en las obras, para asegurar que sus especificaciones técnicas se mantienen dentro de los márgenes comprometidos. Todas estas normas técnicas están en las Bases de Licitación.

La facultad del Inspector Fiscal de revisar el cumplimiento de estas normas técnicas tiene un fundamento legal directo, al establecerse en el artículo 24° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas el deber del concesionario de aplicarlas.

Artículo 24°. El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras concedidas.

La conservación de las obras involucra la existencia previa de un Programa de Conservación de las obras, que busca el «mantener en buen estado físico y funcional los edificios y recintos, sus instalaciones, obras de paisajismo, equipos y obras complementarias, de manera que las condiciones de seguridad y operación sean óptimas»<sup>319</sup>. Este plan debe contener al menos:

1. La política de conservación a seguir, con su justificación técnica.
2. Una cuantificación de las obras que se deben ejecutar para mantener la obra en niveles de servicio aceptables.
3. Un cronograma con las operaciones de mantenimiento a ejecutar y las obras a realizar.

Dependiendo de las necesidades del proyecto, el Programa de Conservación de las obras puede ser acompañado como parte de la Oferta Técnica, en el proceso mismo de licitación, o puede ser reformulado periódicamente, en cuyo caso el primer programa periódico será aprobado en la forma ya señalada por el Inspector Fiscal de Construcción, y los subsecuentes, por el de Explotación.

El concesionario deberá hacer pruebas de laboratorio respecto de los materiales de la obra, de su resistencia y deterioro, de la forma y con las variables contempladas en las Bases de Licitación,

---

<sup>319</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003a) *Bases de Licitación: Centro de Justicia de Santiago*. Santiago de Chile, Agosto 2003, pág. 121.

pruebas que serán confrontadas con las que realizará la empresa asesora a la Inspección Fiscal de Explotación. Las especificaciones técnicas con las que la obra debe cumplir constantemente son parte de las Bases de Licitación.

El Inspector Fiscal debe ser informado de todas las reparaciones que se hagan en los edificios sujetos a concesión en los términos del numeral 3 del artículo 5.1.4 de la OGUC, debiendo soportar el concesionario los costos de las reparaciones. Además, debe recibir, de acuerdo con lo establecido en las Bases, informes periódicos respecto del cumplimiento de los estándares de los servicios proporcionados por las obras construidas.

#### **5.1.5.3. Supervisión del cumplimiento de los planes de manejo ambiental de la explotación.**

Las medidas impuestas al concesionario a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no sólo cubren los impactos que la obra pueda producir en la etapa de construcción, sino que también consideran la explotación de la obra. Si bien los impactos ambientales producidos por la explotación de la obra ya construida, considerada separadamente son mínimos, y las variables medioambientales no sufren, por regla general, alteraciones adicionales, existen obras en los que éstos sí suceden, particularmente, en lo referente al manejo de flora y fauna típica, que debe continuar durante toda la explotación de la obra.

En estos casos, el concesionario deberá seguir los lineamientos de las medidas dictadas en la Resolución de Calificación Ambiental, además de las señaladas en su propio Programa de Gestión Sustentable. En los casos en que éste requiriere de una periodicidad para su reformulación, los Programas de Gestión Sustentable serán aprobados por el Inspector Fiscal de Explotación.

Esta supervisión será acompañada de información constante sobre el cumplimiento de este plan, que le será proporcionada al Inspector Fiscal por su empresa asesora.

#### **5.1.5.4. Fiscalización del cumplimiento del cobro de las tarifas.**

El incentivo principal que tienen los concesionarios para entrar en esquemas de asociación con el Estado es la ganancia económica. Las asociaciones participantes en las licitaciones corresponden a sociedades anónimas con ánimo de lucro, por lo que el cobro de las tarifas, los esquemas de pago y, en general, el régimen económico de la concesión, representan un punto fundamental en ésta.

Por eso, la facultad de cobrar las tarifas asociadas a la prestación de los servicios comprometidos en el contrato de concesión está consagrada, en favor del concesionario, en el artículo 11 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Artículo 11º.- El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno.

El cobro de las tarifas comprende varias obligaciones implícitas. Para que el concesionario pueda cobrar una tarifa, el servicio, en primer lugar, debe ser prestado de forma continua y permanente, no permitiéndose interrupción alguna<sup>320</sup>. La única discriminación el concesionario podrá realizar respecto de la prestación de sus servicios será el pago de la tarifa, en el caso de que tal pago correspondiere al usuario de la obra. En tercer lugar, la prestación de los servicios deberá realizarse de acuerdo con términos razonables y no discriminatorios<sup>321</sup>. Será, por ende, tarea del Inspector Fiscal el vigilar:

1. Que el servicio comprometido en las Bases de Licitación se esté prestando efectivamente, sin interrupciones que no correspondan a aquellas informadas al Inspector Fiscal y resueltas por él. Esto representa una condición previa para permitir el cobro de las tarifas. El concesionario puede y debe, en algunos casos, suspender el cobro de las tarifas hasta que el servicio se restablezca, y es tarea del Inspector Fiscal el revisar que las disposiciones sobre ininterrumpibilidad del servicio se cumplan.
2. Que las tarifas señaladas en las bases de licitación sean, efectivamente, cobradas por el concesionario<sup>322</sup>.
3. Que las tarifas cobradas por el concesionario no sean *mayores* a las tarifas que las Bases de Licitación le permiten cobrar<sup>323</sup>.

<sup>320</sup>Las alteraciones del servicio que el concesionario pueda prever deben ser comunicadas al Inspector Fiscal, para que éste, a su vez, dicte medidas para evitar la perturbación del servicio más allá de lo estrictamente necesario. Véase el artículo 58º del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>321</sup>El artículo 61º del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas fija una serie de condiciones que deben seguirse para el establecimiento de tarifas. El concesionario puede realizar descuentos en favor de grupos determinados, siempre y cuando dichos descuentos cumplan con el principio de *razonabilidad y no discriminación*. En todo caso, ningún usuario puede recibir un cobro superior al que las Bases de Licitación establecen.

<sup>322</sup>En las autopistas urbanas, el Inspector Fiscal es quien debe vigilar que el sistema de cobro mediante etiqueta de identificación por radiofrecuencia (*RFID tag*) esté funcionando.

<sup>323</sup>El artículo 7º de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que las tarifas estipuladas en las Bases de Licitación

4. Que el servicio sea prestado en condiciones razonables y no discriminatorias<sup>324</sup>.

La cobranza de tarifas mayores a las autorizadas es una infracción sancionada con gravedad por las Bases de Licitación. Puede, dependiendo de la obra de la que se trate, ser causa del término anticipado del contrato de concesión por infracción grave de obligaciones contractuales.

#### **5.1.5.5. Verificación del seguimiento de las normas técnicas sobre operación de la obra.**

En conjunto con las normas técnicas sobre la conservación de la obra, el concesionario debe respetar las normas técnicas que rijan su operación. Ellas son extremadamente dependientes de la obra que se haya construido, y siempre estarán mencionadas en las bases técnicas. Algunos ejemplos comunes de normas técnicas sobre operación son los siguientes:

1. Autopistas urbanas. El sistema de cobro mediante etiqueta de identificación por radiofrecuencia (*RFID tag*) debe poder interoperar con varias concesiones urbanas o interurbanas. Tiene requisitos informáticos, de autonomía, estandarización, calidad y auditabilidad<sup>325</sup> que son comunes.
2. Cárceles. Éstas deben implementar servicios de alimentación de los reclusos, lavanderías, aseo y control de plagas, salud de los internos y del personal, y un economato o almacén interno, además de servicios de reinserción social, desglosados en los ítemes establecidos en las Bases de Licitación. Todos estos servicios deben funcionar de acuerdo con los estándares técnicos y con el personal señalado en las Bases<sup>326</sup>.
3. Centro de Justicia. Además de la propia conservación de la obra, las Bases de Licitación contemplan como servicios anexos el cobro por los estacionamientos y la seguridad y vigilancia

---

corresponden a tarifas máximas. Si bien su aumento más allá de lo establecido en las bases de licitación está prohibido, el concesionario puede reducir las tarifas a lo que estime conveniente y por su propia voluntad, sin siquiera requerir para ello la aprobación del Inspector Fiscal. En todo caso, el Inspector Fiscal deberá ser notificado de esta disminución tarifaria.

<sup>324</sup>El artículo 61° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas permite al concesionario crear categorías de «usuarios frecuentes» y bajar sus tarifas, realizar convenios entre las autopistas concesionadas y tarjetas de casas comerciales, entre muchas formas de promoción. Sin embargo, el límite para estas promociones está dado en que *cualquier usuario* que cumpla con las condiciones señaladas para acceder a la promoción debe tener acceso a ella.

<sup>325</sup>Véase COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2000) *Bases de Licitación: Sistema Américo Vespucio Sur Ruta 78 - Grecia*. Santiago de Chile, Septiembre 2000, sección 2.2.3.2.4.

<sup>326</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003b) *Bases de Licitación: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3: Establecimientos Penitenciarios Santiago 1, Región Metropolitana; Valdivia, X Región; Puerto Montt, X Región*.

del recinto. Las especificaciones para la prestación de estos servicios están en las Bases de Licitación<sup>327</sup>.

El Inspector Fiscal debe verificar que los servicios aquí señalados se presten en condiciones de normalidad, aplicando las sanciones establecidas en las Bases de Licitación en el caso de encontrarse alguna anomalía en la observancia de las normas técnicas sobre operación de los servicios ya mencionados.

#### **5.1.5.6. Las facultades del inspector fiscal de la etapa de construcción, cuando se contrataren obras adicionales en la etapa de explotación.**

En cualquier momento, dentro de la etapa de construcción, puede acordarse la construcción de nuevas obras, la que está expresamente regulada en los incisos 3º, 4º y 5º del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Artículo 19º (Incisos 3º, 4º y 5º). El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el quince por ciento del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida 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.

Si el valor de estas inversiones adicionales, durante la etapa de explotación, excediera el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cien mil unidades de fomento, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el reglamento, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional a título de costos de administración del contrato, que será determinado en las bases de licitación. El Ministerio tendrá un plazo de 60 días para aprobar o manifestar sus observaciones a las bases respectivas, contados desde la recepción de éstas. Transcurrido ese plazo sin que el Ministerio se haya pronunciado, se entenderán aceptadas.

---

<sup>327</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003a) Bases de Licitación: Centro de Justicia de Santiago, *op. cit.*

Con todo, por razones fundadas, contenidas en las bases de licitación, previo informe del Consejo de Concesiones, podrá establecerse una excepción a la obligatoriedad de la licitación de las obras adicionales en las condiciones anteriormente descritas.

Este artículo, reformado por la Ley 20.410, obliga al concesionario a licitar la ejecución de las obras adicionales, subcontratando para ejecutar dichas obras al ganador de la licitación. Este proceso se halla reglamentado minuciosamente en el artículo 103° del RLCOP.

Una vez adjudicada la licitación correspondiente al contratista, el Inspector Fiscal tendrá respecto de la obra nueva las facultades del Inspector Fiscal de Construcción, ya revisadas, para la cual se procederá a la contratación, según los términos ya vistos, de una Asesoría a la Inspección Fiscal de Construcción.

#### **5.1.5.7. Otras facultades.**

Las facultades adicionales que tiene el Inspector Fiscal de Explotación, además de las ya mencionadas y de aquellas que son comunes a ambos Inspectores Fiscales, dependerán de las Bases de Licitación.

Es normal que las obligaciones de información adicionales en la etapa de explotación estén acompañadas de la obligación, por parte de la sociedad concesionaria, de realizar monitoreos estadísticos de los servicios prestados en los que el Inspector Fiscal no sólo requerirá la entrega de la información estadística, sino que monitoreará la implementación del sistema mismo de información estadística.

## **5.2. Dirección General de Obras Públicas.**

El segundo órgano público encargado del control de las concesiones es la Dirección General de Obras Públicas, que corresponde a la contraparte jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.

Debe recordarse que, si bien, en los hechos, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas se encarga de la dirección de los inspectores fiscales, del estudio de las Bases de Licitación y del apoyo técnico a los Inspectores Fiscales, que dependen de dicha Coordinación, jurídicamente la

CCOP no es más que un órgano asesor de la Dirección General de Obras Públicas, y sus funciones, desde un estricto punto de vista jurídico, se resumen en la proposición al Director General de Obras Públicas de políticas y medidas.

La Dirección General de Obras Públicas tiene funciones en áreas muy diversas, aparte de sus atribuciones en el ámbito de las concesiones de obra pública. Sin embargo, como se ve, y siempre desde un punto de vista jurídico, sus funciones en esa esfera son irremplazables.

La DGOP está definida de la siguiente manera en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

Artículo 12°. La Dirección General de Obras Públicas estará a cargo de un Director General, quien en representación del Fisco, podrá celebrar actos y contratos en cumplimiento de las funciones que le corresponden a la Dirección General de Obras Públicas y, en especial, comprar y vender materiales y bienes muebles; adquirir inmuebles, previa autorización por decreto supremo; tomar en arrendamiento bienes; dar en arrendamiento bienes muebles, aceptar donaciones y recibir erogaciones para la realización de sus fines; girar los fondos que le sean asignados, abrir y mantener cuentas corrientes bancarias en el Banco del Estado de Chile o Banco Central de Chile y girar sobre ellas; contratar crédito en cuentas corrientes bancarias que no excedan de dos duodécimos del Presupuesto Anual de la Dirección General de Obras Públicas, con la autorización previa del Presidente de la República; girar, aceptar, endosar, prorrogar, descontar y cancelar las letras de cambio y suscribir documentos de crédito; contratar pólizas de seguro contra toda clase de riesgos, endosarlas y cancelarlas, percibir y, en general, ejecutar todos los actos y celebrar los contratos necesarios al cumplimiento de los objetivos que la presente ley encomienda a la Dirección General de Obras Públicas.

Asimismo, podrá constituir sociedades relacionadas con sus fines, con la Corporación de Fomento de la Producción y otras Corporaciones y Empresas del Estado, pudiendo, de acuerdo a lo que disponga el Presidente de la República, aportar a ellas bienes fiscales.

Corresponderá a la Dirección General de Obras Públicas llevar el Registro General de Contratistas en la forma que establezca el Reglamento.

La Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas estructura a la Dirección General de Obras Públicas como si fuera un servicio público autónomo, del cual dependen las Direcciones sectoriales, las que también, de ser necesario, pueden prestar apoyo al Inspector Fiscal. La DGOP tiene algunas particularidades.

1. Su presupuesto es entregado de una sola vez, en una sola partida contemplada como tal en la Ley de Presupuestos. Esto, sumado al hecho de que, en teoría, la DGOP puede recibir

recursos de otras fuentes, hace que la DGOP esté menos afecta al control presupuestario y de gestión que la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda ha llevado adelante.

2. La Dirección General de Obras Públicas puede crear divisiones a través de resoluciones, divisiones que se financian con cargo a la cuenta correspondiente a la DGOP. Así fue creada la original Dirección de Concesiones, que evolucionó hasta convertirse en la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Ellas se suman a las divisiones creadas por ley, que son:

- a) Dirección de Planeamiento;
- b) Dirección de Arquitectura;
- c) Dirección de Riego;
- d) Dirección de Vialidad;
- e) Dirección de Obras Portuarias;
- f) Dirección de Aeropuertos, y
- g) Dirección de Contabilidad y Finanzas<sup>328</sup>.

3. El Ministerio de Obras Públicas en general tiene una relativa latitud para crear unidades por la vía reglamentaria autónoma. Prueba de esto es la Unidad de Control Interno, dependiente de la Subsecretaría de Obras Públicas, creada por una resolución exenta.

El Director General de Obras Públicas es un funcionario de la planta directiva, y, por ende, de confianza del Presidente de la República. Está sujeto a responsabilidad administrativa establecida para los funcionarios públicos en el Estatuto Administrativo, sin perjuicio de lo cual puede ser removido por decisión del Ministro de Obras Públicas.

La DGOP fija su estructura interna a través de resoluciones exentas emitidas por el propio Director General de Obras Públicas. La Resolución Exenta 4.391/2010 DGOP fija, como órganos integrantes de esta dirección, los siguientes.

1. Gabinete del Director General de Obras Públicas. El Gabinete representa a los funcionarios de apoyo más inmediato al Director General de Obras Públicas, como sus secretarios, su oficina de comunicaciones, su Oficina de Atención Ciudadana y sus asesores directos.

---

<sup>328</sup> Artículo 13º, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

2. Subdirección General de Obras Públicas. Esta Subdirección tiene como prerrogativas la mantención y evaluación del control interno y del control de gestión en la propia DGOP. Además, tiene otras funciones importantes.

- a) La implementación de las políticas del MOP relativas a los sistemas de información del Ministerio, su funcionamiento y su confiabilidad.
- b) La mantención en perfecto funcionamiento de los Registros Generales de Consultores y Contratistas.
- c) Velar por el cumplimiento de la normativa, en las obras públicas sobre:
  - 1) Higiene, seguridad, y prevención de riesgos de accidentes laborales.
  - 2) Medio ambiente.
  - 3) Participación ciudadana.
- d) La asignación del presupuesto de la propia Dirección General de Obras Públicas y de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Esto se hace a través de un comité formado por el Subdirector General, los Directores de cada una de las Direcciones dependientes de la DGOP, y por el Coordinador de Concesiones de Obras Públicas.

3. División de Desarrollo y Estudio de Obras Públicas. Tiene como funciones principales:

- a) La revisión y proposición de las normas técnicas, administrativas, reglamentarias y legales que incidan en la gestión de las obras públicas. Se debe prestar una atención especial en la revisión y modificación de los reglamentos de contratación de obras y trabajos de asesoría.
- b) La fijación de estándares de servicio que las obras públicas deban cumplir.
- c) La proposición de metodologías de evaluación social al Director General, acompañada por la proposición de modelos de optimización de inversiones. Esto involucra la comunicación con el Ministerio de Desarrollo Social y la DIPRES, además de con la propia Dirección de Planeamiento del MOP.
- d) La asesoría al Director General de Obras Públicas en lo relativo a las concesiones de obras públicas, especialmente, respecto de la selección de los proyectos, el estudio de modelos económicos y técnicos para los proyectos, la revisión y mejoramiento de las Bases de Licitación y la proposición de cambios en los contratos.

4. División de Control de Gestión de Obras Públicas. Esta división tiene, entre otras funciones:
- a) La fiscalización de los contratos administrativos relativos al estudio y ejecución de obras de los servicios dependientes de la DGOP. Esta facultad no guarda relación, en todo caso, con la tarea de los Inspectores Fiscales, pero sí se relaciona con la fiscalización de los contratos de consultorías que sirven de fundamento a las Bases de Licitación. Asimismo, es esta División la que realiza la evaluación ex-post de los contratos de Asesorías a la Inspección Fiscal.
  - b) Como cierre del proceso de control de gestión, esta división también realiza sugerencias al DGOP sobre la gestión de los contratos, y el mejoramiento de los procedimientos del MOP en esta materia.
  - c) La implementación de Oficinas de Gestión de Proyectos, que informan mensualmente sobre el desarrollo de cada proyecto al DGOP.
  - d) El control de la ejecución presupuestaria de la Dirección General de Obras Públicas.
5. Unidad de Auditoría Interna. Esta división revisa el cumplimiento de las normas referentes al control interno, poniendo especial énfasis en el cumplimiento del principio de probidad administrativa. Es una unidad dependiente técnicamente, como ya fuera revisado, del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno<sup>329</sup>.
6. Unidad de Coordinación y Fiscalización<sup>330</sup>. Esta unidad especializada, dependiente de la Dirección General de Obras Públicas, tiene su origen, precisamente, en la Ley 20.410 que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Tiene como fines:
- a) El análisis de las Bases de Licitación de los contratos de concesión de obras públicas, con el fin de que ellas, efectivamente, establezcan niveles de servicio fiscalizables.
  - b) La proposición de metodologías para la construcción de niveles de servicio aplicables a las obras públicas concesionadas en el marco de la Ley 20.410 y del proyecto de ley de Superintendencia de Obras Públicas.
  - c) El diseño de sistemas de información que permitan la fiscalización de las obras públicas a través de *niveles de servicio*.

<sup>329</sup>Sobre la función técnica del Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, véase la página 116.

<sup>330</sup>Resolución Exenta 394/2011 DGOP, que modifica la Resolución Exenta 4.391/2010 DGOP.

- d) La participación en el diseño del proyecto de ley, diseño institucional y puesta en marcha de la Superintendencia de Obras Públicas<sup>331</sup>.

Como se ve, las referencias a los mecanismos de control estatal, que estuvieran ausentes al revisar la estructura orgánica del Inspector Fiscal y de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, aparecen aquí con fuerza. Esto se debe a que, a diferencia de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, que tiene una estructura orgánica fijada exclusivamente a través de resoluciones exentas del DGOP y ejecuta sus funciones sin un sustento jurídico propio, la propia DGOP tiene una configuración legal, y, por ende, todas las exigencias propias de la Administración del Estado y el deber de sujetarse a los mecanismos de auditoría de la Administración.

La Dirección General de Obras Públicas, al ser parte de un órgano de la Administración central del Estado, responde a todos los principios de la gestión administrativa señalados en la LOCBGAE. Esto implica que los estudios de obras deben coordinarse, primero internamente, con la Dirección de Planeamiento del MOP; y luego, externamente, con el Ministerio de Planificación y la Dirección de Presupuesto. Esto implica que, teóricamente, siempre existe una cadena de decisión clara respecto de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.

Además de las funciones de planificación, control y estudio asignadas a la DGOP por la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y por sus resoluciones internas, la LCOP y su reglamento le asigna a la Dirección General de Obras Públicas funciones específicas de control, principalmente, en lo relacionado a la toma de decisiones por parte del Estado en lo relativo a las concesiones, previa asesoría de consejos *ad hoc* creados por ley, reglamento o por las bases de licitación; o, en su caso, previa propuesta del Inspector Fiscal.

Sin embargo, la función más importante del Director General de Obras Públicas en lo referente al control de los contratos de concesión de obras públicas, paradójicamente, no está representada por alguna función concedida directamente a la DGOP, sino que consiste en firmar las actuaciones administrativas del Inspector Fiscal. Los permisos y aprobaciones que el Inspector Fiscal concede se convierten en actos administrativos mediante resoluciones del Director General de Obras Públicas, lo que no sólo refuerza la calidad de representante del MOP del Inspector Fiscal, sino que es necesario, dada la calidad de «funcionario a honorarios» de éste último.

<sup>331</sup> Aquí se han revisado los proyectos correspondientes a los boletines 5304-09 y 6366-09. No está claro, hasta el término de la elaboración de este trabajo, si la función reseñada, que ha sido copiada de la resolución exenta ya mencionada, se refiere a la formulación de indicaciones al último boletín, o si responde al intento de presentar un nuevo proyecto de Superintendencia de Obras Públicas.

Es imposible que un «funcionario a honorarios» actúe válidamente en el mundo del Derecho Administrativo, dado que, según el Estatuto Administrativo, este «funcionario» no es un funcionario público propiamente tal. El Director General de Obras Públicas, en cambio, sí lo es. Además, es el único funcionario que tiene asignada de forma clara una posición jerárquica superior respecto de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas<sup>332</sup>, razón por la cual puede validar las actuaciones del Inspector Fiscal. Esta es la razón por la cual algunas de las funciones asignadas al Inspector Fiscal, especialmente, la aplicación de sanciones por la infracción de las cláusulas del contrato de concesión, están consagradas en el RLCOP como proposiciones al DGOP.

En suma, en el campo de las concesiones de obras públicas, la Dirección General de Obras Públicas actúa como el nexo institucional entre la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas y el resto de la Administración del Estado, tanto en lo referente a la actuación administrativa, como en lo relacionado con la aplicación a las concesiones del conjunto de mecanismos de auditoría estatal. Esto se ve a lo largo de las cinco etapas de la concesión de obras públicas; desde su planificación y preparación, pasando por la propia licitación de la concesión, hasta las etapas de construcción y explotación de la obra.

### **5.2.1. Planificación y preparación de la concesión.**

El Ministerio de Obras Públicas tiene asignadas no sólo la construcción y operación de obras públicas, sino que también la planificación de cuáles obras públicas son necesarias, así como la ejecución de los estudios conducentes a su construcción. Todos estos estudios corresponden a las que aquí hemos llamado etapas de planificación y preparación de las concesiones, previas a la licitación de las mismas. Oficialmente, estos estudios están a cargo, en el caso de las concesiones, de la propia CCOP, dicha Coordinación puede requerir el apoyo de otras divisiones de la DGOP, así como también de otras de las Direcciones organizadas por ley y dependientes de la DGOP.

Las ofertas de iniciativa privada deben ser dirigidas a la Dirección General de Obras Públicas, y el propio DGOP<sup>333</sup> es quien comunica al postulante que su oferta ha sido considerada por el Ministerio de Obras Públicas como de interés público, cuando el postulante la ha presentado como iniciativa privada a ser desarrollada mediante el sistema de concesiones de obras públicas. Además,

<sup>332</sup>Una de las críticas que CARTES, DOÑA Y ROJAS realizan respecto de la Coordinación de Concesiones de Obra Pública es la falta de relaciones jerárquicas estables, donde el Coordinador de Concesiones de Obras Públicas no tiene una potestad real de mando sobre los Inspectores Fiscales. La Dirección General de Obras Públicas no tiene este problema.

<sup>333</sup>Sobre el procedimiento de presentación de proyectos como iniciativa privada, véase la página 215.

el Director General de Obras Públicas es quien dirimirá si una propuesta de obra de iniciativa privada es igual o no a alguna obra que el MOP tuviere en su carpeta, pudiendo el postulante apelar de esta decisión, de ser necesario, ante el Ministerio de Obras Públicas.

### **5.2.2. Licitación de la concesión.**

Durante el proceso licitatorio, el Director General de Obras Públicas puede solicitar a los oferentes la presentación de aclaraciones a sus ofertas, cuando hubieren puntos oscuros en ellas<sup>334</sup>.

La función principal que la Ley de Concesiones de Obras Públicas asigna al Director General de Obras Públicas en esta fase consiste en la integración y formación de la Comisión de Apertura de las Ofertas Técnica y Económica. Esta Comisión, según el artículo 21° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, está formada por el propio Director General de Obras Públicas, el jefe superior de la Dirección del MOP correspondiente al proyecto a ejecutar, y por los Secretarios Regionales Ministeriales de Obras Públicas de las regiones donde el proyecto será construido, como mínimo.

La licitación concluye con la adjudicación de la concesión, decisión que será tomada por el Director General de Obras Públicas, como también la de declarar la licitación como desierta. Esta decisión será comunicada al concesionario a través de una carta certificada firmada por el DGOP<sup>335</sup>.

### **5.2.3. Etapas de construcción y explotación: el procedimiento sancionatorio.**

Durante el desarrollo del contrato de concesión aparece la más importante función de control que tiene el Director General de Obras Públicas: la aplicación al concesionario de las sanciones propuestas por el Inspector Fiscal. Esta función amerita un análisis adicional, sobre todo, dado que muchos juristas han cuestionado la legitimidad de dichas sanciones, basándose para ello en que la Administración actúa como juez y parte.

La doctrina está conteste en que el ejercicio de las potestades administrativas sancionatorias debe estar revestido de las garantías mínimas procedentes del Derecho Penal, siendo algunas de ellas los principios de *tipicidad*, *legalidad*, *irretroactividad*, *prescripción* y *presunción de inocencia* de

<sup>334</sup> Artículo 8°, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>335</sup> Artículo 28°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

la ley penal<sup>336</sup>. La aplicación de estos principios requiere de la existencia de un tribunal imparcial, requisito que, en el caso de las concesiones de obras públicas, no se cumple, al ser las sanciones directamente aplicadas por el *director respectivo*, que, como veremos, es el Director General de Obras Públicas.

Esta función es complementada por otras funciones de la Dirección General de Obras Públicas durante el desarrollo del contrato, entre las que destacan la integración de la Comisión de Autorización de las puestas en servicio Provisoria y Definitiva, en el marco de la transición entre las etapas de construcción y explotación.

### **5.2.3.1. Procedimiento administrativo sancionador en las concesiones de obras públicas.**

El ejercicio de las competencias de control ya reseñadas del Inspector Fiscal vendrá acompañado de instrucciones, que tendrán por objeto corregir las situaciones encontradas por el propio Inspector y restaurar el cumplimiento del contrato de concesión. Ante el incumplimiento de dichas instrucciones, el Inspector Fiscal podrá proponer al *Director respectivo* la aplicación de una multa, de acuerdo con los montos y ante las situaciones específicas señaladas en las bases de licitación. La base de esta potestad del Ministerio de Obras Públicas es el artículo 29º de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en sus incisos 2º y 3º, la que se encuentra desarrollada en el artículo 47º del Reglamento.

#### *Artículo 47º. Infracciones y sanciones.*

§ 1. El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.

§ 2. El concesionario no estará exento de responsabilidad ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.

<sup>336</sup>Al respecto, el Dictamen 14.571/2005, citando a CURY, sostiene que la diferencia entre los ilícitos gubernativos o administrativos y los ilícitos penales es sólo una cuestión de magnitud. «El administrativo no es sino un injusto de significación ético-social reducida, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la sanción penal. Respecto del ilícito disciplinario, este tratadista señala que, dada su integración dentro del género del ilícito administrativo, son aplicables las mismas razones dadas recién para afirmar que entre aquél y el penal no existe sino una diferencia de grado». De la misma opinión es MORAGA, quien sostiene, en una sección que lleva por título «La sanción administrativa significa ejercer el *ius puniendi* del Estado», que «el poder para establecer un régimen sancionatorio contractual es de naturaleza potestativa y de ejercicio supraordenador de la Administración: la sanción se establece porque la ley así lo permite y se determina su tipo según *la sola voluntad de aquella*, sin intervención del cocontratante privado». MORAGA señala correctamente que las sanciones no tienen una base contractual, sino legal, por lo que deben venir precedidas de la intimación previa por parte de la Administración. Por su parte, SILVA CIMMA, también citado por MORAGA, sostiene «que los Actos Punitivos son aquellos mediante los cuales se castiga por la Administración del Estado –que en forma particular algunos publicistas los han tipificado como integradores del Derecho Administrativo Penal– porque la Administración tiene la potestad de sancionar no sólo en relación a sus propios agentes, sino que también en relación a terceros frente a la Administración del Estado»; MORAGA (2010) *Contratación Administrativa*, págs. 236–238.

El procedimiento para la aplicación de estas sanciones está establecido, a su vez, en el artículo 48° del RLCOP.

Artículo 48°. *Procedimiento y pago de las multas.*

§ 1. Cuando el concesionario no cumpla sus obligaciones o incurra en alguna de las infracciones establecidas en las bases de licitación, el inspector fiscal propondrá al *Director respectivo* la multa que corresponda. Una vez aprobada ésta, el inspector fiscal notificará por escrito al concesionario de:

- a) Tipo de infracción en que ha incurrido;
- b) Características de la infracción, tales como el número de días de incumplimiento de la obligación a la fecha de la notificación, u otros elementos señalados en las bases de licitación;
- c) Monto de la multa.

§ 2. Las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito. Si el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan.

§ 3. La expresión notificación por escrito, comprende entre otras, anotaciones en el libro de obras, carta certificada, telegrama, o cualquier otro medio que permita dejar constancia fehaciente de la notificación.

Este artículo del RLCOP, sin cambios desde 1997, ha sido extensamente interpretado por la jurisprudencia y criticado por la doctrina.

**5.2.3.1.1. *Director respectivo.*** Esta frase del RLCOP representó una interrogante que intentó ser despejada por la Contraloría General de la República en el Dictamen 5.575/2000, a propósito de la organización de las inspecciones fiscales. Contraloría, al respecto, junto con señalar que el funcionamiento de inspecciones fiscales simultáneas resultaba imposible, y junto con reconocer que ninguna norma legal o reglamentaria establecía una relación jerárquica entre el Director General de Obras Públicas y el Inspector Fiscal, señaló que el director que debía aplicar las sanciones en comento no era el Director General de Obras Públicas, sino que el director de una de las direcciones operativas correspondiente a la etapa del contrato en cuestión.

Sin embargo, el dictamen 5.575/2000 es anterior a la constitución mediante resoluciones del DGOP, primero, de la Dirección de Concesiones de Obras Públicas, y luego, de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, que la reemplazara. Las resoluciones del Director General de Obras Públicas que crearon a estos organismos dejaron clara la relación jerárquica que existe entre los

Inspectores Fiscales y la DGOP, razón por la que debe entenderse que el *director respectivo* nombrado en estos artículos es el propio Director General de Obras Públicas.

**5.2.3.1.2. Procedimiento propiamente tal.** El Inspector Fiscal propondrá al Director General de Obras Públicas la aplicación de una sanción, de acuerdo con la conducta típica a sancionar establecida en las Bases de Licitación. Jurídicamente existe un solo acto; la resolución DGOP que impone la sanción, ya que la eventual aplicación directa de sanciones por el Inspector Fiscal no sólo no es posible legalmente, sino que adolece de nulidad de derecho público con responsabilidad para el Inspector Fiscal, dado que éste no es un funcionario público.

Una vez el DGOP ha cursado la sanción, el Inspector Fiscal procederá a notificar al concesionario, lo que podrá hacerse a través de cualquier medio escrito. El cumplimiento, por parte del concesionario, de la sanción impuesta, está garantizado por las boletas de garantía que éste ha constituido en favor del MOP, por lo que el concesionario no puede, en principio, discutir el criterio del MOP al momento de pagar la multa.

En principio, no existen plazos de prescripción ni de abandono del procedimiento, por lo que deben aplicarse en la especie los plazos establecidos en la LBPA<sup>337</sup>.

**5.2.3.1.3. Cuestiones dogmático-jurídicas.** El artículo 48° del RLCOP consagra, como se ve, una violación al principio del debido proceso. La sanción se aplica al concesionario en forma directa, sin una previa investigación y contando para ello, únicamente, con la palabra del Inspector Fiscal, quien propone la multa, y con la resolución del DGOP que la cursa. No existe ninguna posibilidad para el concesionario de demostrar su diligencia, o invocar alguna circunstancia eximente de responsabilidad, como la *vis major*, para evitar la sanción establecida en las bases de licitación, siendo que, en este sentido, el concesionario estaría protegido por la aplicación en su favor de los principios del Derecho Penal. Para aplicar sanciones, es necesario no sólo que el concesionario incurra en una conducta *típica y antijurídica* (de acuerdo con la tipificación establecida en las Bases

---

<sup>337</sup>Adicionalmente, cabe consignar el razonamiento de la Sentencia de la Corte Suprema rol 5.180/2010 del 4 de noviembre de dicho año, referente al *decaimiento del procedimiento administrativo*. Según esta sentencia, existiría un plazo para la Administración de 2 años para instruir y aplicar las sanciones que procedan, al término del cual se entendería abandonado el procedimiento, y, en su caso, prescribiría la sanción. Esto ocurriría si, una vez cursada la sanción por el DGOP, el Inspector Fiscal se negara a notificarla apropiadamente a la sociedad concesionaria por un periodo de tiempo indeterminado, para no afectar su relación con aquélla, o por alguna otra razón arbitraria.

de Licitación), sino, además, dicha conducta debe ser *culpable*<sup>338</sup>.

Por añadidura, la configuración institucional del Inspector Fiscal y de la propia CCOP hacen que el concesionario esté a merced, no ya de la voluntad del Inspector Fiscal, sino que de la arbitrariedad del Estado, al negar la apelación de la aplicación de las sanciones ante un ente imparcial.

Los artículos 29º y 36º *bis* de la Ley de Concesiones de Obras Públicas intentan subsanar esta situación permitiendo al concesionario reclamar por *cualquier* controversia que se produzca con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión, o a que dé lugar su ejecución, ante la Comisión Arbitral (un árbitro mixto<sup>339</sup>), o la Corte de Apelaciones competente (un tribunal de derecho), sin discriminar entre una controversia genuina sobre la interpretación de los términos del contrato y un simple recurso interpuesto de mala fe para impedir el cobro de una multa y sujetar la continuidad de la obra a su condonación.

De esta forma, el concesionario y el Estado sufren lo peor de ambos mundos. Por una parte, el Estado tiene una latitud infinita para imponer sanciones al concesionario sin un debido proceso y basándose sólo en la palabra del Inspector Fiscal y de su empresa asesora. Por otra, el concesionario tiene, también, una latitud infinita para recurrir a una Comisión Arbitral o, incluso, a los tribunales de justicia, con el fin ya no sólo de resolver controversias legítimas, sino de presionar al MOP para que suspenda la aplicación de la sanción a cambio de seguir adelante con la obra.

La situación antes de la Ley 20.410 era aún peor. Antes de esta ley existía, como mecanismo de resolución de controversias un sistema de árbitros arbitradores<sup>340</sup>, que era el de las Comisiones Conciliadoras constituidas en Comisiones Arbitrales. Esto, sumado a la permanencia de la falta de distinción entre la impugnación del ejercicio de potestades de control por parte del Inspector Fiscal, y las verdaderas controversias sobre el alcance de las disposiciones del contrato o sobre el régimen económico de éste, agudizaba todavía más el problema, ya que la Comisión Conciliadora no tenía

---

<sup>338</sup>MORAGA, junto con contemplar la necesidad de que el concesionario sea reprochable por su actuar para que le sea aplicable una sanción, deja claro que además es la Administración quien tiene la carga de probar que el administrado ha incurrido en la conducta típica. «Creemos que la Administración sólo puede acogerse a una supuesta *presunción de veracidad* (simplemente legal) de los hechos personalmente constatados por el funcionario fiscalizador del contrato de que se trate, en el caso que dicha presunción se encuentre sancionada en un texto legal de manera explícita»; MORAGA (2010) *Contratación Administrativa, op. cit.*, pág. 241.

<sup>339</sup>El árbitro mixto es aquel que tiene facultades de árbitro arbitrador en cuanto a su procedimiento, pero que debe fallar en derecho. Esto significa que el procedimiento estará libremente determinado por el acuerdo entre el concesionario, el MOP, e incluso, los propios ministros de la Comisión Arbitral, pero el fallo debe apegarse estrictamente a lo que señale el contrato y la normativa jurídica vigente.

<sup>340</sup>Los árbitros arbitradores son aquellos que fallan «obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dictare», sin necesidad de observar más normas de procedimiento que las que acuerden las partes, y sin tener que sujetarse al derecho vigente, o al contrato preexistente, al momento de fallar.

como límite ni el derecho vigente, ni mucho menos el contrato de concesión. Esto implicaba, a su vez, que cada juicio ante este sistema representaba una oportunidad para renegociar el contrato, con resultados inciertos para el MOP.

La Comisión Conciliadora estaba compuesta por un miembro de la concesionaria, un miembro del MOP y un tercero imparcial. Esto aseguraba que las propuestas de la concesionaria siempre fueran acogidas ante el sistema, y que esta Comisión, en vez de fallar de acuerdo al contrato de concesión, simplemente, intentara buscar un punto medio entre lo que ambas partes solicitaban<sup>341</sup>. Por añadidura, hubo casos en los cuales el representante del MOP falló en favor de la concesionaria con argumentos cuestionables.

Según los principios reseñados por GUASCH, un sistema que mezcla la falta de distinción entre actos de control de cumplimiento del contrato de concesión y controversias verdaderas, con un proceso de aplicación de sanciones injustamente favorable al MOP, y una facultad de recurrir ilimitada por parte del concesionario, es un sistema que no asegura la vigencia de las reglas del contrato y que, por ende, presenta incentivos importantes para que el concesionario actúe de forma oportunista y fuerce la renegociación de los contratos, a lo que no ayuda en nada la inexistencia de una agencia reguladora independiente de las concesiones de obras públicas. Como se ve, este problema se ha mitigado con la Ley 20.410, pero no se ha eliminado, persistiendo su causa basal.

### **5.2.3.2. Funciones de control de la Dirección General de Obras Públicas.**

En las etapas de construcción y explotación, la Dirección tiene un rol secundario respecto del papel que juega el Inspector Fiscal, limitándose a la designación de los propios Inspectores Fiscales. Sin embargo, el DGOP tiene importantes funciones de control en lo relativo a la apertura e integración de las Comisiones de Autorización de la Puesta en Servicio Provisoria y Definitiva de la obra<sup>342</sup>.

Las Comisiones de Autorización de las Puestas en Servicio están formadas por un representante del Director General de Obras Públicas, un representante del servicio mandante o dirección sectorial,

---

<sup>341</sup>Un caso emblemático de esta forma de fallar aparece en la sentencia del 4 de noviembre de 2004, relativa a la concesión «Terminal de Pasajeros del Aeropuerto La Florida de La Serena», donde, aunque la sentencia de la Comisión Conciliadora señala en su fundamentación, correctamente, que la empresa concesionaria hizo una estimación del riesgo que no correspondía a la realidad, de igual forma establece compensaciones en su favor bajo la única justificación de que «la forma en que se invitó a la licitación y se presentaron los datos en el Prospecto de Inversión pudo hacer incurrir razonablemente en una proyección demasiado optimista al cliente», un fundamento extremadamente débil.

<sup>342</sup>Artículo 56°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Si bien el Reglamento no requiere la conformación de Comisiones de Autorización de la Puesta en Servicio Provisoria, ellas están presentes en algunas bases de licitación revisadas.

y un tercero, que representa al propio Ministro de Obras Públicas. Esta Comisión, sobre la base del cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de licitación y, en el caso de la Puesta en Servicio Definitiva de la obra, del efectivo cumplimiento de todas las medidas que fueran ordenadas al concesionario en la Puesta en Servicio Provisoria, sugerirá al Director General de Obras Públicas la autorización.

La autorización de puesta en servicio provisoria o definitiva de la obra se expresará jurídicamente a través de una resolución del DGOP.

### **5.3. Control de juridicidad.**

La prestación de los servicios comprometidos en el contrato de concesión corresponde inequívocamente a un servicio público, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Sin embargo, si bien existe una relación de sujeción especial entre la empresa concesionaria y el Estado que permite, bajo un régimen de derecho público, la dirección y control del contrato, así como la aplicación de sanciones por parte del Ministerio de Obras Públicas, existe una concentración de todas las potestades de control en el Inspector Fiscal y en la autorización de sus actuaciones que realice el Director General de Obras Públicas. Esto contrasta con el resto de las instituciones públicas donde, como ya se ha visto, existe una infinidad de mecanismos de control.

Esto se veía reforzado hasta la dictación de la Ley 20.410 con el sistema de solución de controversias que existía para las concesiones. Al aplicar el derecho vigente, los tribunales de justicia no sólo resuelven la controversia, sino que, en ciertos casos de controversias entre el Estado y un particular, podían desempeñar una función de control de juridicidad externo, desde el punto de vista orgánico. Esta función se veía completamente anulada en las concesiones de obras públicas, al existir un sistema basado en un tribunal de árbitros arbitradores. Sin embargo, con la Ley 20.410 y el cambio de los árbitros arbitradores por árbitros de derecho se ha instalado la posibilidad de que los tribunales ejerzan una revisión externa de la juridicidad de los actos de la concesionaria en el marco de la solución de controversias. Resta por ver cómo funcionará este sistema en la determinación de la juridicidad de las acciones de la empresa concesionaria.

En tanto, el órgano de control de juridicidad externo por excelencia de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República, tiene un radio de acción muy reducido respecto de las

sociedades concesionarias, al limitarse a determinar las responsabilidades del Ministerio de Obras Públicas y del Inspector Fiscal, que son de difícil persecución, como ya se ha señalado. Los más importantes actos de control realizados por Contraloría son los siguientes<sup>343</sup>:

1. La toma de razón de la resolución del DGOP que aprueba las Bases de Licitación. Aquí revisten especial relevancia:

a) El apego de las bases de licitación a la planificación territorial. Se debe recordar que el artículo 2º, inciso 3º, de la LCOP establece que son las Bases de Licitación las que deben ajustarse a los instrumentos de planificación territorial, y no al revés. Estos instrumentos deben, de acuerdo con el artículo 7º *bis* de la LBMA, sujetarse a un proceso previo de Evaluación Ambiental Estratégica, que contiene un proceso obligatorio de participación ciudadana.

b) Si la obra es construida a través de un convenio de mandato, se requiere.

1) La existencia de un convenio de mandato entre una institución pública y el Ministerio de Obras Públicas, para la entrega de las competencias necesarias al MOP relativas a la gestión de la obra en los términos de los artículos 39º de la LCOP y 96º del RLCOP. La Contraloría General de la República hace una toma de razón conjunta del convenio de mandato y de las bases de licitación, verificando:

a' Que el convenio de mandato haya sido dictado en ejercicio de las competencias legales del organismo mandante.

b' Que las facultades conferidas en el mandato sean, efectivamente, facultades legales del servicio mandante.

2) El apego de las Bases de Licitación al convenio de mandato. Este convenio puede definir varios requisitos para las Bases de Licitación, requisitos que deberán ser cumplidos por éstas.

3) La aprobación, por parte del organismo mandante, de las Bases de Licitación.

c) La observancia, por parte de las Bases de Licitación, de los factores económicos establecidos en el artículo 7º de la LCOP. La Contraloría General de la República buscará evitar la confección de bases de licitación a la medida de un postulante específico.

---

<sup>343</sup>La resolución 1.600/2008 CGR que fija las normas sobre la exención del trámite de toma de razón, en principio, declara todos los actos administrativos relativos estrictamente a las concesiones de obras públicas como *afectos*. Sin embargo, esto no cubre la aplicación de sanciones ni la designación de personal, como tampoco la transmisión de órdenes al concesionario mediante las anotaciones en el Libro de Obra.

2. La toma de razón del decreto supremo del Ministro de Obras Públicas que adjudica la licitación al concesionario. Esto involucra:
  - a) La revisión integral de la juridicidad del proceso de licitación.
  - b) La adecuada constitución de la Comisión de Apertura de las Ofertas y de la Comisión de Evaluación de las Ofertas.
  - c) La ponderación de los factores de licitación de acuerdo con los parámetros establecidos en las propias Bases de Licitación, en la LCOP y en el RLCOP.
3. La toma de razón del decreto fundado del Ministro de Obras Públicas, firmado por el Ministro de Hacienda, que modifica el contrato de concesión por razones de interés público y comunica al concesionario la modificación de las obras a realizar<sup>344</sup>.
4. La toma de razón de las resoluciones que aprueban las Bases de Licitación para la contratación de Asesorías a la Inspección Fiscal, siempre que no se trate de contratos suscritos con las BTCAIF, y la toma de razón de los decretos que adjudican tales asesorías a los postulantes, siempre y cuando su monto sea superior a 5.000 UTM<sup>345</sup>.
5. La toma de razón de la resolución del Director General de Obras Públicas que aprueba la Puesta en Servicio Provisoria de la obra<sup>346</sup>. La Contraloría General de la República realiza un control aquí sobre el cumplimiento de todas las exigencias ya señaladas para la presentación de la solicitud de Puesta en Servicio Provisoria de la obra.
6. La toma de razón de la resolución del Director General de Obras Públicas que aprueba la Puesta en Servicio Definitiva de la obra<sup>347</sup>. Además del cumplimiento de los requisitos establecidos para la Puesta en Servicio Definitiva, la Contraloría General de la República verificará que se hayan subsanado todas las observaciones encontradas por la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria. Si dichas observaciones no se han subsanado, pero la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Definitiva autoriza la puesta en marcha definitiva de la obra, la CGR no tomará razón de esta resolución.

---

<sup>344</sup> Artículo 69°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, especialmente su párrafo 7°.

<sup>345</sup> Artículo 9, párrafos 2 (numeral 2) y 5, Resolución 1.600/2008 CGR que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

<sup>346</sup> Artículo 55°, párrafo 3°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>347</sup> Artículo 56°, párrafo 6°, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

La toma de razón que realiza Contraloría de los actos ya mencionados se ve afectada, como mecanismo de control de juridicidad integral, por la política de los hechos consumados que ha adoptado el Ministerio de Obras Públicas. El *principio pro obra* y la velocidad de la comunicación entre el Inspector Fiscal y el concesionario hace posible que la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas llegue a acuerdos directos con la concesionaria sobre la ejecución de obras adicionales a las contratadas, sin que tales actos administrativos se materialicen<sup>348</sup>. La falta de contabilización de los pagos hechos por la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas sólo ayuda a este escenario de descontrol.

Además de esto, Contraloría General de la República efectúa el registro de las resoluciones exentas que dicta el DGOP, en particular, sobre el nombramiento de los inspectores fiscales. Dicho registro, como ya lo ha señalado Contraloría en más de alguna oportunidad, no reemplaza el control de juridicidad, pudiendo revisarse la juridicidad de todas las actuaciones del Inspector Fiscal que se hubieren expresado en resoluciones del Director General de Obras Públicas a través del control de juridicidad represivo.

Esto, por supuesto, representa una aspiración teórica y no la realidad de las concesiones de obra pública. Aunque se descubriera alguna irregularidad en el proceder del Inspector Fiscal o del propio MOP, existen severas limitaciones para la invocación de la responsabilidad administrativa. Por otro lado, es perfectamente probable que, aunque se descubriera una ilegalidad en la construcción de las obras, no se pueda hacer nada, porque la obra concesionada está en su periodo de explotación. En nada ayuda a esto la imposibilidad de aplicar el régimen de sanciones de la LGUC a las obras concesionadas.

Las auditorías a las obras concesionadas son realizadas por la División de Infraestructura y Regulación de la Contraloría General de la República, y por la Unidad de Auditorías Especiales, cuando ocurren casos de interés público. Las irregularidades descubiertas en ellas se transforman, en su caso, en la persecución de la responsabilidad funcionaria de los inspectores fiscales, en los exiguos términos ya señalados.

---

<sup>348</sup>El Dictamen 1.438/2008 de Contraloría General de la República es un buen ejemplo de lo ya expuesto. En este dictamen, se representa un decreto del MOP que modifica un contrato de concesión de obras públicas, debido a que, entre otras razones, «dicha Cartera Ministerial omitió dar cumplimiento en forma oportuna a lo dispuesto en el número 7 del artículo 69 del decreto N° 956, de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones, en orden a que las modificaciones de obras y servicios, así como de las condiciones económicas del contrato de concesión, se harán mediante decreto supremo fundado, con los requisitos que establece, lo que impide que el control previo de juridicidad que debe efectuar este Organismo de Control se verifique en forma eficaz y no sobre situaciones jurídicas ya consolidadas, circunstancia que lo transformaría en un trámite constitucional meramente formal y carente de sentido, según ya se ha señalado en el dictamen N° 59.275, de 2007».

## 5.4. Control democrático.

El control democrático de las obras concesionadas está muy fragmentado y no tiene, ni un marco jurídico claro, ni una obligatoriedad en su ejercicio que vaya más allá de las exigencias que impone en la materia la Ley de Bases del Medio Ambiente, en cuanto a la participación ciudadana en medio de la presentación de la obra concesionada al SEIA.

El procedimiento de información a los ciudadanos de las concesiones, así como la forma en que ésta se hará efectiva, está regulada por el artículo 98 del RLCOP, que señala varios principios fundamentales.

### Artículo 98°. *Información a los usuarios.*

§ 1. Una vez protocolizado el decreto de adjudicación del contrato de concesión, será pública toda la documentación relevante para la ejecución de dicho contrato, esto es, las bases de licitación, los anteproyectos, proyectos y demás estudios e informes aportados por el MOP a los licitantes, la oferta del adjudicatario y las actas de evaluación. El MOP deberá poner estos antecedentes a disposición de quienes tengan interés en conocerlos dando las facilidades necesarias para su reproducción, con cargo a los interesados. El mismo procedimiento se aplicará en el caso de los convenios complementarios, modificaciones del sistema tarifario y demás modificaciones a los contratos de concesión.

§ 2. Las bases de licitación podrán exigir al concesionario mantener, durante el periodo de construcción, una o más oficinas de información a los usuarios, para los efectos de poner a disposición de éstos o de las personas que tengan interés en el proyecto, los antecedentes destacados de la obra, tales como, sus características, cronograma del proyecto, sistema de cobro, entre otros. Todo ello conforme lo establezcan las bases de licitación. En casos excepcionales y en función de las características de la obra, dicha obligación podrá establecerse para la etapa de explotación.

§ 3. Las bases de licitación podrán establecer obligaciones especiales al concesionario relativas a la difusión de las tarifas y el sistema de cobro o sus modificaciones. Estas obligaciones de difusión podrán cumplirse a través de la distribución de folletos impresos, letreros o paneles en la obra, publicaciones en medios de prensa u otros. Las bases podrán indicar además, la oportunidad en que deben efectuarse dichas actividades de difusión.

El Reglamento establece la publicidad de toda la documentación relativa al contrato de concesión una vez que sea publicado el decreto de adjudicación del proyecto. Asimismo, establece ciertos deberes de información a los usuarios, relativos al uso mismo de la obra, a las tarifas que se pagarán y a las formas de cobro de éstas. Sin embargo, no se requiere que los actos preparatorios de las concesiones sean publicados, ni se requiere alguna forma de convocatoria a la comunidad en el

órgano asesor que podría organizar jornadas de participación ciudadana que sirvan al MOP para fijar la política de concesiones: el Consejo de Concesiones<sup>349</sup>.

El control democrático se canaliza, por ende, a través de:

1. El escrutinio público de las sesiones del Consejo de Concesiones, que es un órgano asesor del MOP en la fijación de la política de concesiones, accesorio a la labor asesora que lleva adelante la Dirección General de Obras Públicas.
2. La participación ciudadana en las obras concesionadas, en las oportunidades en que lo exige y de acuerdo a los procedimientos de la Ley de Bases del Medio Ambiente.
3. El control parlamentario, expresado en la conformación de comisiones investigadoras.

#### **5.4.1. Consejo de Concesiones.**

El Consejo de Concesiones es un órgano asesor regulado por el artículo 1 *bis* de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Dicho artículo lo define en su primer inciso, orgánicamente, de la siguiente manera.

Artículo 1° *bis*. Habrá un Consejo de Concesiones, de carácter consultivo, integrado por:

- 1) El Ministro de Obras Públicas, quien lo presidirá;
- 2) Un consejero de libre designación y remoción por parte del Ministro de Obras Públicas;
- 3) Cuatro consejeros. El primero será un 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. Todos ellos de alguna de las universidades que hayan obtenido su acreditación institucional por un período de a lo menos cuatro años, de conformidad con lo dispuesto en la ley No 20.129. Al menos dos de los académicos deberán pertenecer a universidades con sede principal en regiones distintas de la Metropolitana. Su designación y remoción será libremente efectuada por el Ministro de Obras Públicas.

---

<sup>349</sup>No obstante lo anterior, creemos que el éxito de una solicitud de información que busque determinar cuáles son los proyectos que en estos momentos están en estudio, o en preparación, está asegurado. Además, la política de la Coordinación de Concesiones ha sido relativamente abierta en este tema, publicando los prospectos de inversión y los nombres de los proyectos que están en estudio en su página de Internet.

El Consejo de Concesiones es un organismo asesor que, en el papel, tiene una importancia mínima, al ser un organismo de carácter consultivo que no parece justificar plenamente su inclusión en la LCOP. Debemos recordar que el DGOP puede, mediante resoluciones, crear estos órganos asesores sin necesidad de una ley. Las únicas justificaciones, por ende, para que este Consejo de Concesiones tenga existencia legal, son:

1. La necesidad que tiene el Ministro de Obras Públicas de consultar a este Consejo antes de:
  - a) Declarar proyectos de iniciativa privada como de interés público, o declarar que dicho proyecto se realizará por un sistema distinto al de concesiones de obras públicas.
  - b) Llevar adelante un proyecto de iniciativa pública, mediante el sistema de concesiones de obras públicas.
  - c) Acordar eximir a un concesionario de la necesidad de licitar sus obras cuando ellas superen el límite legal, o acordar con él la modificación de un proyecto por encima del límite legal del artículo 20 *bis* de la LCOP.
  - d) Fijar un régimen concesional para un proyecto determinado sometido a licitación pública, estableciendo como exigencia la consideración de la evaluación social aprobada por el organismo de planificación competente.
  
2. La composición de este Consejo. En él, además de 4 profesionales designados por el Ministro de Obras Públicas, se reúnen el propio Ministro y un delegado nominado por él. Esto asegura al mismo tiempo una diáfana transmisión de la decisión política tomada por el Ministro en favor de un proyecto, y que dicha decisión tenga un sustento técnico.

Sin embargo, la inclusión del Consejo de Concesiones en la ley 20.410 permite, por primera vez, transparentar la toma de decisiones respecto de los proyectos concesionados, lo que se puede verificar fácilmente, ya que el artículo 101, párrafo 8º, del RLCOP<sup>350</sup> impone el deber al Consejo de publicar sus actas en Internet. Si bien esto no es un reemplazo de un proceso de participación ciudadana reglado, permite a las comunidades tener un cierto grado de preparación ante eventuales proyectos que las afecten.

---

<sup>350</sup>Introducido a través del D.S. 215/2010 MOP, que modifica el Reglamento de Concesiones de Obras Públicas.

El Consejo, no obstante, sólo permite la asistencia de autoridades, las que deben ser convocadas por el Consejo. No es posible legalmente que se convoque a una sesión a representantes de comunidades afectadas, lo que hace estéril cualquier intento de introducir algún atisbo de participación ciudadana en esta fase a través de la vía reglamentaria, algo que no podrá cambiar con los reglamentos dictados en virtud de la LBPC.

#### **5.4.2. Participación ciudadana.**

Formalmente, la participación ciudadana dentro de un proyecto concesionado depende única y exclusivamente de que este proyecto sea sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, bajo la forma de un Estudio de Impacto Ambiental. Hasta la fecha de redacción de este trabajo, con la Superintendencia del Medio Ambiente aún no operativa, las herramientas de las que disponen las comunidades para modificar un proyecto de obra pública concesionada son mínimas, al confrontarse la comunidad con la voluntad del gobierno<sup>351</sup>.

Hasta la ley 20.417, el proceso de participación ciudadana en los proyectos con impacto ambiental se restringía a aquellos proyectos que debían ser ingresados al SEIA a través de Estudios de Impacto Ambiental. Sin embargo, la nueva institucionalidad ambiental amplía los procesos de participación ciudadana en la tramitación de los proyectos presentados, permitiendo abrir instancias de participación ciudadana en aquellos proyectos que son ingresados al SEIA a través de Declaraciones de Impacto Ambiental, en ciertos casos.

La base orgánica de la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental está dada por el artículo 26° de la LBMA.

Artículo 26°. Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan.

El artículo 27° de la LBMA establece las bases según las cuales las comunidades interesadas podrán acceder al contenido de los proyectos concesionados cuya realización se estudia. El Servicio de

---

<sup>351</sup>Sin embargo, esta regla ha tenido una gran excepción en la concesión del Sistema Oriente–Poniente. En ella las comunidades organizadas lograron modificar el proyecto original, que involucraba la expropiación y ensanche de la avenida Bellavista, en Santiago, para reemplazar tal diseño por un túnel subterráneo que pasó por debajo del río Mapocho. Véase este caso en la página 369.

Evaluación Ambiental permitirá a los ciudadanos imponerse del contenido del proyecto, excepto aquella información que sea relevante para dirimir la propuesta a licitar. Por lo tanto, este artículo da a entender que, al menos en el caso de las obras concesionadas, el SEA es quien deberá actuar como intermediario entre la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas y el ciudadano, por lo que la CCOP debe proporcionar toda la información relevante al SEA.

El MOP, normalmente, deberá presentar sus proyectos a través de Estudios de Impacto Ambiental, por lo que corresponderá la publicación ordenada en el artículo 28° de la LBMA del extracto del EIA en un diario de circulación, a lo menos, de la capital de la región, con las menciones legales, y el avisaje radial sobre el proyecto, en los términos del artículo 30° *ter* de la LBMA. Esto abre la etapa de participación ciudadana, en la que cualquier ciudadano puede hacer observaciones ante el SEA, que deberán ser tomadas en cuenta en la Resolución de Calificación Ambiental.

Sin embargo, aún en los casos en que el MOP presente los proyectos concesionados al SEIA a través de Declaraciones de Impacto Ambiental, el nuevo artículo 30 *bis* de la LBMA permite abrir etapas de participación ciudadana. Para esto, deben solicitarlo:

1. Dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica. Debe recordarse que el procedimiento de constitución de una organización ciudadana con estas características se ha simplificado enormemente desde la dictación de la Ley de Bases de Participación Ciudadana, por lo que estas organizaciones deberán someterse al procedimiento allí señalado.
2. 10 personas directamente afectadas por el proyecto.

En este caso, el plazo que se abrirá para la participación ciudadana será de 20 días, contados desde la publicación de la lista de proyectos ingresados al SEIA mediante DIA señalada en el artículo 30° de la LBMA. Las observaciones que aquí se presenten serán igualmente consideradas por el SEA como parte de la resolución de calificación ambiental.

Todo esto se complementa con el Sistema Nacional de Información Ambiental, mantenido en operación por el Servicio de Evaluación Ambiental. De esta forma, los ciudadanos podrán conocer el estado de las variables ambientales y elaborar observaciones que tengan en cuenta el real impacto que produce el proyecto en el medio ambiente.

La participación ciudadana obligatoria se puede complementar con jornadas de discusión sobre el proyecto que pueden ser convocadas directamente por la sociedad concesionaria o por el Inspector

Fiscal, con el fin de destrabar un proyecto que concita rechazo social, o recabar la opinión de la ciudadanía en el diseño del proyecto de ingeniería definitivo, bajo el principio de *responsabilidad social empresarial*.

### **5.4.3. Control parlamentario.**

Es imposible terminar la exposición del control democrático de los contratos de concesión sin hacer una mención a la Comisión Investigadora de las Concesiones Carcelarias, que constituye la única manifestación hasta la fecha del control político en el contrato de concesión de obras públicas<sup>352</sup>.

Dicha Comisión contó con el respaldo de 48 diputados y tuvo por objeto estudiar «el proceso de concesiones carcelarias impulsado por la anterior Administración, determinando las responsabilidades públicas involucradas, el perjuicio económico para las pequeñas y medianas empresas que participaron en estas obras, además del impacto negativo generado en materia de seguridad ciudadana a raíz del incumplimiento de los plazos y metas trazadas bajo el objetivo de elaborar propuestas tendientes a mejorar el mencionado proceso y de informar a la ciudadanía respecto de la realidad carcelaria de Chile».

Esta Comisión, si bien encontró una serie de irregularidades en los procesos de gestión de las concesiones carcelarias, como los acuerdos informales a los que se llegó con las empresas licitantes, y criticó fuertemente las sentencias de la Comisión Conciliadora que establecieron grandes compensaciones en favor de concesionarias que habían incumplido sus contratos<sup>353</sup>, no tuvo más efecto concreto que la remisión del informe, con las conclusiones ya señaladas, a la Contraloría General de la República, a los ministros de Obras Públicas, Justicia y Hacienda y a la, entonces, Presidenta de la República.

Los efectos concretos del control parlamentario en el contrato de concesión de obras públicas fueron mínimos, dado que la naturaleza del control parlamentario es política, y debió haber tenido esa clase de consecuencias. Naturalmente, la responsabilidad política estará determinada por la existencia de mayorías y minorías en el Congreso.

---

<sup>352</sup>Sobre el procedimiento para generar una Comisión Investigadora, véase la página 87.

<sup>353</sup>Parte de las críticas al sistema de solución de controversias ya ha sido adelantada aquí, pero un análisis integral de los mecanismos de solución de controversias en las concesiones de obras públicas escapa al ámbito de este trabajo. Si se desea profundizar en tal sentido, véase FIGUEROA VALDES, J. E. (2003) *Resolución de Controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago de Chile: Centro de Arbitraje y Mediación [En línea] ([http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/35\\_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20Obras%20Publicas.doc](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/35_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20Obras%20Publicas.doc)).



El control político, como parte del control del contrato de concesiones de obras públicas, cierra este capítulo. Como se puede apreciar, los mecanismos de control están desarrollados de forma desigual, y están altamente concentrados en el Inspector Fiscal, lo que, de acuerdo con los expertos internacionales, no está recomendado. Los controles de juridicidad y democráticos se limitan a requerir la responsabilidad del Inspector Fiscal, mientras éste no puede actuar en el mundo del derecho sin resoluciones del DGOP que le den respaldo.

Veremos las críticas que se han hecho a este sistema, como también las soluciones posibles a los problemas señalados por los expertos, en el sexto capítulo y final de este trabajo.

## Capítulo 6

# Visión crítica del sistema de control de los contratos de concesiones de obras públicas.

Las cuatro dimensiones del control administrativo, según su materia (control interno, control de gestión, control de juridicidad y control democrático), una vez el contrato de concesión está perfeccionado, se centralizan en la figura del Inspector Fiscal, sin que los órganos externos a la Administración que ejercen tales controles puedan tocar siquiera a la concesionaria. Si bien, en teoría, existe una relación de derecho público entre la concesionaria y el MOP que debiera permitir la aplicación a la concesionaria de los controles correspondientes al *ejercicio de una función pública*, como lo es la construcción y operación de obras públicas, en los hechos existe una comunidad de intereses MOP-concesionario que impide la aplicación, con pretensiones de seriedad, de cualquier control que no sea la transmisión de las órdenes del MOP al concesionario (control interno, potestad de dirección) y la vigilancia del cumplimiento de los planes de trabajo, de las condiciones de construcción y de los plazos, siempre y cuando ello no comprometa la integridad de la concesión (control de gestión).

El Inspector Fiscal es un «funcionario a honorarios», lo que implica que puede ser libremente removido, en cualquier momento, por la Administración, sin que ésta deba expresar causa siquiera, por lo que no tiene ninguna independencia de la voluntad del MOP. Asimismo, depende, en los hechos, de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, un organismo carente de toda existencia legal, creado por resoluciones exentas del DGOP, exento –valga la redundancia– de toda obligación de coordinarse con el resto de la Administración del Estado, y desprovisto, también, de

toda independencia de la voluntad del MOP, al estar compuesto todo su personal de «funcionarios a honorarios» y funcionarios administrativos a contrata.

Este Inspector Fiscal depende jurídicamente de la Dirección General de Obras Públicas, quien no sólo firma su contrato de honorarios, sino que es la institución que le permite actuar de forma jurídicamente válida. La falta de capacidad para actuar del Inspector Fiscal en el mundo del derecho llega al absurdo de que si actúa sin la autorización del DGOP, su responsabilidad no será administrativa, sino que penal<sup>354</sup>, dado que el Inspector Fiscal no es un funcionario público.

A su vez, el Inspector Fiscal depende, para el ejercicio de sus potestades de control, de un consultor privado, inscrito en una categoría determinada del Área de Inspecciones del Registro de Consultores del MOP. Esto crea una serie de problemas adicionales.

1. Si la empresa asesora presta un mal servicio al Inspector Fiscal, ello provocará que el Inspector Fiscal no podrá vigilar el cumplimiento del contrato de concesión de forma apropiada, permitiendo a la empresa concesionaria violar el contrato con mayor frecuencia.
2. Si esto sucede, en teoría, el Inspector Fiscal del contrato de asesoría a la Inspección Fiscal de la concesión podría proponer la aplicación de sanciones al DGOP. En la práctica, como el Inspector Fiscal del contrato de asesoría es el propio Inspector Fiscal de la concesión, éste se verá incentivado a mantener la asesoría a toda costa, puesto que un mal servicio de asesoría es mejor que nada<sup>355</sup>.
3. Si la empresa asesora quiebra, o su contrato de asesoría termina anticipadamente, la plaza se llenará a través de una nueva Asesoría a la Inspección Fiscal, que tiene que ser licitada. Si bien la existencia de contratos de asesoría tipo evita que las Bases de Licitación deban ser tomadas de razón por Contraloría, todo el tiempo que tome el control integral de juridicidad realizado por la Contraloría General de la República respecto de la resolución que adjudica la asesoría, sumado al tiempo que tarde la licitación pública propiamente tal, hará que el Inspector Fiscal, en todo ese tiempo, esté de manos atadas, sin una empresa asesora, y sólo con los recursos de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, la que, por razones obvias, no puede constituirse en terreno.

---

<sup>354</sup> Artículo 213, Código Penal.

<sup>355</sup> No obstante, si no fuera así, el Inspector Fiscal de la concesión no podría dirigir órdenes directas a la empresa asesora sin pasar por sobre el Inspector Fiscal del contrato de asesoría. Toda la gestión tendría que ser consensuada entre el Inspector Fiscal de la concesión y el Inspector Fiscal del contrato de asesoría, lo cual conduce a una falta de liderazgo y a un pobre desempeño de la Inspección Fiscal.

El panorama de la Inspección Fiscal como mecanismo de control, sin embargo, no es del todo oscuro. La falta de independencia del Inspector Fiscal tiene un importante lado positivo, al ser una garantía, ante el concesionario, de que el Inspector Fiscal realmente representa los intereses del MOP. La unidad de representación que el Inspector Fiscal muestra le permite comunicarse rápidamente con el concesionario para lograr un eficaz avance de las obras, solucionando todos los problemas velozmente y llegando a acuerdos rápidos, minimizando la burocracia y los tiempos de espera. Esta velocidad de actuación también explica que se produzcan modificaciones contractuales nacidas de acuerdos MOP-concesionario, que no son formalizadas como lo exige la ley y que son objetadas, más tarde, por los entes de control de juridicidad externos.

Por otro lado, existe una ausencia total de regulación respecto a la planificación de las concesiones. Ésta se ejecuta en la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, sin que los estudios que se hacen para cimentar posteriores licitaciones sean públicos. Si bien se argumenta en favor del secreto de estos estudios lo dañino que sería para los postulantes precalificados que otras empresas privadas se enteraran de ellos, lo cierto es que el daño causado por estas empresas puede ser limitado legal y reglamentariamente. No ocurre lo mismo con el inmenso daño que puede causar en la ciudadanía afectada el no saber si su casa será demolida por una autopista, o si tendrá al lado una chimenea de evacuación de gases.

Los mecanismos de planificación central del Estado, si bien en teoría alcanzan a la DGOP, en la práctica tocan sólo de forma tangencial a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Existen ciertos puntos de contacto entre la CCOP y el resto de la administración central, como la aprobación de ciertas actuaciones por parte de la Dirección de Presupuestos y el Ministerio de Planificación, pero la CCOP desarrolla, la mayor parte del tiempo, sus funciones con relativa independencia de los demás órganos de planificación y dependencia absoluta de la voluntad política, transmitida a la CCOP mediante reuniones CCOP-DGOP-MOP y, con la Ley 20.410, por medio del Consejo de Concesiones.

El proceso de control de gestión llevado adelante por DIPRES, en lo relativo al control de la gestión presupuestaria del Estado, y por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, en lo relativo a las guías maestras para mejorar los elementos del control interno del Estado, no alcanza, en gran medida, a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, y, por ende, a las concesiones propiamente tales. A esto se suman gravísimas anomalías en la contabilización pública de las operaciones relativas a las concesiones.

En lugar de contabilizar los pagos que el Estado debe hacer en virtud de un contrato de concesión como pasivo, para luego registrar los pagos hechos en virtud de dicho contrato como amortización de dicho pasivo, el Estado cuenta dichos pagos como gastos semestrales o anuales, y cursa decretos de pago inconexos unos de otros. Esto no permite una explicación contable apropiada de los pagos del Estado a las concesionarias, y, sobre todo, de las compensaciones ordenadas por sentencias de las Comisiones Arbitrales<sup>356</sup>.

Esto, a su vez, produce un doble problema. Como los decretos del MOP que cursan gastos deben ser tramitados por la Contraloría, que año tras año debe verificar la juridicidad de dichos decretos respecto del ítem correspondiente de la Ley de Presupuestos, la concesionaria sufre grandes demoras en la entrega de sus pagos y debe, para mantenerse en funcionamiento, someter dichos decretos a *factoring* con una importante tasa de descuento. Por su parte, la mala contabilidad provoca una falsa estimación de los beneficios del sistema de concesiones de obras públicas e impide, a su vez, construir herramientas como el Comparador del Sector Público, que permiten evaluar cuándo conviene entregar en concesión y cuándo construir directamente una obra.

Tal vez lo más grave de todo esto es el uso del sistema de concesión de obras públicas para enmascarar contablemente la construcción de obras públicas con pagos a plazo, como, a nuestro parecer, ocurrió en el caso del Centro de Justicia. La pobre contabilización por parte del Fisco de Chile de los recursos realmente gastados en el sistema de concesiones origina un verdadero enmascaramiento de la deuda pública contraída por el Estado. Esto no sólo pone una sombra de dudas sobre el sistema completo de concesiones, sino que vuelve poco confiables los estados contables mismos del Estado, que son usados en el extranjero para solicitar deuda pública. Como se ve, esto es gravísimo, y, se espera, sea corregido en parte con la adopción, por parte de la Contraloría General de la República, de nuevas normas de contabilidad internacionales.

El control de juridicidad ha tenido bajo este sistema un rol de mero espectador de la labor del Inspector Fiscal. La Contraloría General de la República, en sus diversos informes de auditoría, se limita a dirigir instrucciones al Inspector Fiscal, sin que pueda, de forma realista, invocar su responsabilidad funcionaria. La toma de razón, que ha servido a Contraloría para poner atajo a ciertas irregularidades cometidas entre las Puestas en Servicio Provisoria y Definitiva, es totalmente insuficiente para supervisar lo que ocurre mientras tiene lugar la concesión, como ha ocurrido, por

---

<sup>356</sup>Nos referimos aquí tanto a la Comisión Arbitral (de árbitros arbitradores) de la antigua Ley de Concesiones de Obras Públicas, como a la nueva Comisión Arbitral (de árbitros mixtos) de la nueva Ley de Concesiones de Obras Públicas.

lo demás, en nuestros casos índice.

La aplicación de sanciones por el Director General de Obras Públicas, a propuesta del Inspector Fiscal, algo que debiera ser un instrumento restaurativo de la juridicidad vulnerada con la infracción del contrato, se ha igualado con el resto de las controversias que pueden promover el MOP y la concesionaria, ya sea respecto de la interpretación del contrato de concesión, o, incluso, respecto del equilibrio económico del contrato. Esto causa, en el mejor de los casos, una arbitrariedad, al adolecer la aplicación de dichas sanciones de una falta absoluta de un debido proceso y de las garantías del Derecho Administrativo Sancionador. En el peor de los casos, permite conductas oportunistas del concesionario y del MOP, buscando forzar renegociaciones, obras adicionales o indemnizaciones.

En tanto, el control democrático de las concesiones ha estado totalmente supeditado al SEIA y a sus propias deficiencias: excesiva preponderancia de las decisiones administrativas por sobre la voluntad de las comunidades afectadas, e, incluso, por sobre la aplicación de la ley. Un caso emblemático de ello es el *caso Autovías*, donde una decisión arbitraria de la Administración impidió la entrada de forma apropiada al SEIA de una autopista con enormes impactos ambientales, sin que Contraloría pudiera hacer frente a la voluntad combinada del Estado y de la concesionaria. El único caso de participación ciudadana realmente efectiva en el diseño e implementación de un proyecto concesionado, que es el caso de *Ciudad Viva*, no tuvo apoyo alguno de la institucionalidad vigente, e involucró la organización de la comunidad y la creación de resistencia política contra la obra a una escala hasta entonces sin precedentes para un proyecto de obra pública concesionada.

El inspector fiscal, como único órgano de control para las concesiones de obras públicas, resulta absolutamente insuficiente para abarcar la totalidad de las competencias de control aplicables a una obra pública, siendo su fortaleza principal la rapidez y la eficacia con que puede transmitir la voluntad del Ministerio de Obras Públicas a la concesionaria, y la velocidad con la que puede resolver con la concesionaria los problemas que se presenten en el avance de la obra; y su debilidad principal el supeditar el cumplimiento de la normativa vigente a la construcción de la obra, como se puede ver en el caso del *Acceso Sur a Santiago*. Por ende, se necesitan mecanismos de control de juridicidad y de control democrático adicionales, que suplan las carencias detectadas, y que se superpongan al Inspector Fiscal.

Hemos dicho ya en el tercer capítulo de nuestro trabajo que la *superposición de controles* no es un

problema, sino que una característica y un principio que forma parte del control en la Administración del Estado, siendo en muchas ocasiones la solución a las carencias que muestra un sistema determinado de control. Sin embargo, hay quienes, en forma inexplicable, defienden la ausencia de superposición de controles. Es así como YÁÑEZ señala que «en relación a la Superintendencia que se pretende crear, si bien es bienvenido el intento de inyectar mayores recursos y mejorar las herramientas de gestión del Ministerio, no se debe dejar de ponderar el funcionamiento de las actuales figuras legales. Se pretende que esa superintendencia se haga cargo, entre otras cosas, del estándar de servicio en las autopistas, ya sean públicas o concesionadas. Sin embargo, hoy ya existe un funcionario estatal con dedicación exclusiva para ese aspecto, directamente relacionado con los estándares estipulados en el contrato de concesión: el Inspector Fiscal, largamente desarrollado en estas páginas»<sup>357</sup>.

YÁÑEZ piensa, con honestidad, que «lo más probable que el Inspector Fiscal permanezca como figura y siga adscrito un inspector a cada contrato de concesión durante la vida del mismo, con la misma misión, de manera tal que importa aclarar cómo ambas figuras [Inspector Fiscal y Superintendencia de Obras Públicas] cumplirán con su tarea sin duplicarse ni entorpecerse entre sí ni al privado que gestiona el proyecto». Sin embargo, como se ha visto aquí, el Inspector Fiscal tiene asignadas a la vez las tareas de velar por el avance de la concesión y revisar el cumplimiento de la normativa vigente, y es claro que, dada la experiencia, tales tareas *interfieren una con la otra*. Es imposible que el mismo Inspector Fiscal que representa a un Estado *asociado* con un ente privado para la construcción y operación de una obra pública, y que intenta llegar a acuerdos con ese ente privado, se desdoble en otra persona que fiscalice el apego de las actuaciones del Estado y la concesionaria al derecho vigente. Estamos hablando, sin ir más lejos, de una situación análoga a la del juez del crimen del Código de Procedimiento Penal, quien no sólo debía ser juez y juzgar, sino que debía a la vez ser un fiscal que investigara el delito a juzgar.

Por esta razón, la Superintendencia de Obras Públicas y el Inspector Fiscal *deben* coexistir y *deben* desempeñar tareas distintas, como sostendremos en detalle en la parte final de este capítulo. La figura del Inspector Fiscal cumple con aplomo la función de representar al MOP ante la concesionaria, y negociar ante la concesionaria con plenos poderes, por lo que debe ser mantenida, y limitada al *control interno* (la propia transmisión de la voluntad del Estado a la concesionaria,

---

<sup>357</sup>YÁÑEZ, R. (2006) Informe especial. Concesiones de Obras Públicas: reformulación del modelo y el riesgo político. En Ideas para Chile, 17, Nr. 163 [En línea] ([http://www.instituto libertad.cl/ie\\_163\\_concesiones.pdf](http://www.instituto libertad.cl/ie_163_concesiones.pdf)), págs. 30 y 31.

potestad de dirección) y al *control de gestión* (la revisión del cumplimiento de las exigencias del contrato de concesión, supeditada al avance de la obra).

La Superintendencia de Obras Públicas debe, por ello, complementar la labor del Inspector Fiscal desde el *control de juridicidad*, revisando desde una posición totalmente independiente del MOP el cumplimiento de las normas jurídicas que rigen las concesiones, teniendo además la facultad de intervenir directamente en el contrato, dirigiendo órdenes a la concesionaria fundamentadas en la ley y promoviendo ella misma la imposición de las sanciones aplicables según el contrato de concesión. El Inspector Fiscal mantendría su potestad para proponer sanciones, debiendo proponer a esta Superintendencia de Obras Públicas la iniciación de un procedimiento sancionatorio.

No sólo eso. La razón de ser de una Superintendencia es, junto con la regulación de una actividad económica de interés público, la defensa de los usuarios. Es por esto que debe ser una función de la Superintendencia, junto con hacerse cargo de los reclamos de los usuarios, ir un paso más allá y asegurar instancias que permitan el *control democrático* de los proyectos concesionados por la ciudadanía, mientras éstos están en las etapas de planificación y preparación.

Todo esto debe ser acompañado por nuevos ajustes en la institucionalidad concesionadora, en los mecanismos de solución de controversias y en los procedimientos para presentar obras. Es necesario, en primer lugar, abandonar la idea de que la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas debe ser un organismo aislado del Estado. Debe intentarse una fórmula para recoger lo mejor del *statu quo* –la posibilidad de reasignar dinámicamente las funciones al interior de este organismo– y conceder a estos trabajadores más estabilidad laboral y una real calidad de funcionarios públicos. Junto con ello, el Inspector Fiscal debe mantener buena parte de sus funciones, abandonando la aplicación de sanciones a un nuevo organismo que se encargue de la aplicación de sanciones. Todo esto debe tener una base legal, no reglamentaria y mucho menos contractual, como es hoy.

En lo relativo a la solución de controversias, es necesario diferenciar entre la aplicación de sanciones y las controversias verdaderas que tengan que ver con la modificación del contrato por parte de la Administración, los desequilibrios en el régimen económico del contrato o el establecimiento de compensaciones. Las sanciones deben ser aplicadas por un tribunal, mediante un procedimiento sumario, que no comprometa el avance de la obra, pero que permita al concesionario defenderse de la imposición de la sanción. Por su parte, para las controversias reales es necesario un procedimiento que permita a los jueces resolver con más latitud. Ello exige que las controversias sean resueltas

por tribunales estables especialistas en contratos administrativos, con procedimientos diferenciados para la aplicación de sanciones y para la solución del resto de las controversias.

Por su parte, el procedimiento de presentación de obras para su construcción y operación bajo el sistema de concesión de obras públicas está necesitado de grandes reformas. Es necesario que el MOP asuma el liderazgo absoluto sobre las obras a construir, y que se permita la proposición de obras no sólo a las empresas con capacidad de futuros concesionarios, sino que también a las organizaciones sociales.

En suma, el sistema de control estatal en los contratos de concesiones de obras públicas tiene grandes debilidades, algunas de los cuales ya han sido enunciadas. Estas debilidades se demuestran con los casos que aquí enunciamos, y son resueltas por la propuesta que aquí planteamos. Pretender arreglar los problemas en el control del contrato de concesión de obras públicas con una Superintendencia de Obras Públicas, enfocada en la fiscalización de contratos por niveles de servicios, que no existen, y que dependa del MOP, en cambio, es una iniciativa condenada al fracaso más absoluto.

## **6.1. Casos índice.**

Los casos que a continuación se expondrá son casos en los que varias dimensiones del control en el contrato de concesiones han fallado. Si bien en muchos de estos casos las fallas en los sistemas de control coexisten con otros problemas, principalmente con deficiencias en la fiscalización de lo dispuesto por las Resoluciones de Calificación Ambiental, estos casos muestran el impacto que tienen las fallas en la planificación, las decisiones arbitrarias de la autoridad y la falta de supervisión por parte de los Inspectores Fiscales en el éxito del sistema.

Las fallas mostradas por los casos que trataremos se resumen de la siguiente manera.

1. Centro de Justicia de Santiago; caso *Aire Acondicionado*. Este caso muestra las consecuencias directas de una falla en el diseño de las Bases de Licitación, donde no se previeron correctamente los flujos de aire acondicionado que requería la obra. Esto trajo como consecuencia que un ala completa del edificio construido bajo el sistema de concesiones no se pueda usar. Como se ve, no existió control alguno en el proceso de diseño de la obra.

2. Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78 a Avenida Grecia; caso *Autovías*. Las Bases de Licitación de la obra, aprobadas por la Contraloría General de la República, establecían la obligación del Estado de presentar el proyecto concesionado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Sin embargo, un cambio en las autoridades del Ministerio de Obras Públicas provocó que la nueva administración, en vez de cumplir con esta obligación, pusiera en peligro el proyecto y perjudicara a la ciudadanía a través de una decisión arbitraria, que buscó eximir al proyecto de presentarse al SEIA mediante un argumento tramposo, que consistió en decir que el proyecto no era una *autopista*, sino que se trataba de una *autovía*, basándose para ello en un reglamento obsoleto y anterior a la primera LBMA. No existió nadie que exigiera al Estado el cumplimiento de sus obligaciones, una vez la concesionaria fue compensada.
3. Sistema Oriente-Poniente: Costanera Norte y Avenida Kennedy; caso *Ciudad Viva*. Hemos bautizado este caso con el nombre de la organización ciudadana que sucedió a la *Coordinadora No a Costanera Norte*, que, con el apoyo de diversos sectores, pudo forzar a la concesionaria a negociar con la comunidad un proyecto alternativo, que fue, en definitiva, el que se construyó. Hoy Costanera Norte puede cobrar tarifas mayores y al mismo tiempo jactarse de ser una autopista moderna que ha mejorado la imagen de Santiago, al tiempo que minimizó su impacto ambiental, siendo construida bajo el río Mapocho. Este caso muestra las ventajas que tiene en un proyecto el incorporar en fases tempranas de su diseño la participación ciudadana y el control democrático, aunque aquí las instancias de participación fueran forzadas por la comunidad, contra las voluntades de la concesionaria y del MOP.
4. Ruta 5 Sur, tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago. El caso de *Acceso Sur a Santiago* demuestra lo que ocurre cuando se mezcla una nula participación con la comunidad, un mal diseño, y la ausencia de aplicación de sanciones por parte del Inspector Fiscal. A pesar de que en numerosas oportunidades las empresas asesoras de las sucesivas Inspecciones Fiscales de Construcción detectaban irregularidades, los Inspectores Fiscales no sancionaban, y los procesos sancionatorios, cuando ellos se iniciaban, quedaban entrampados. Esto terminó con un proceso sancionatorio seguido por la COREMA-Región Metropolitana contra el MOP, donde el MOP tuvo que responder por las falencias en el control de sus inspectores fiscales.

Una falla común en todos los casos revisados fue la sistemática falta de aplicación de las sanciones, que de acuerdo con las bases de licitación correspondía aplicar, por parte de los Inspectores

Fiscales. Esta ausencia del ejercicio de potestades de control por parte de la Administración se manifestó, tanto en la ausencia de multas cursadas ante situaciones que ameritaban cursar multas de acuerdo con las bases, como en la demora injustificada de los procedimientos administrativos sancionatorios de aplicación de multas, que resultaban, muchas veces, en el decaimiento de dichos procedimientos administrativos.

En el tratamiento de muchos de estos casos fue de gran ayuda la lectura y el análisis de informes de auditoría realizados por la Contraloría General de la República, los cuales, sin lugar a dudas, son de gran ayuda no sólo para el jurista, sino que también para el ciudadano informado, y muestran la importancia de tales auditorías, no sólo para cautelar el principio de juridicidad de los actos de la Administración, sino que como bastión del principio de transparencia de la Administración<sup>358</sup>.

### **6.1.1. Centro de Justicia de Santiago. Caso Aire Acondicionado.**

El Centro de Justicia de Santiago es un gran edificio, que fue construido para acoger a los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de toda la Región Metropolitana. Es un edificio que disfruta de temperaturas prodigiosamente temperadas en invierno, haciendo casi innecesaria la calefacción en su interior, lo que se logra a través de un «edificio [que] propone sistemas pasivos de control climático que permiten el uso racional de la energía»<sup>359</sup>, atrapando el calor del Sol en todo momento.

Sin embargo, una apresurada planificación, que tuvo su punto cúlmine en el hecho de que el MOP decidiera licitar el proyecto 3 meses antes de que el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle estuviera, de hecho, listo, originó una construcción plagada de errores, donde, tras más de 400 solicitudes de modificación del contrato por parte del MOP y del Ministerio de Justicia, la sociedad concesionaria construyó un edificio donde la potencia instalada de aire acondicionado era, de hecho, la mitad de la que se requería.

Todo eso causó que la mitad de la superficie construida estuviera inutilizable hasta fechas extraordinariamente recientes, por el calor extremo generado adentro; que el Estado tuviera que pagar

---

<sup>358</sup>En algunos casos se recurrió a testimonios, como los de Mauricio Montecinos y Rodrigo Quijada, de *Ciudad Viva*, así como los testimonios señalados en la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto Acceso Sur a Santiago. Por ende, se hace la advertencia al lector y al revisor de este trabajo que no todo lo que aquí aparece es verificable con fuentes de texto.

<sup>359</sup>CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2010b) *Informe Final de Auditoría 9/2010, Ministerio de Justicia*. Santiago de Chile, pág. 3.

sobrecostos impresionantes, y que, al final, la concesionaria tuviera derecho a una compensación por la cifra de 1.348.530 unidades de fomento.

La historia del proyecto Centro de Justicia de Santiago comenzó cuando el Ministerio de Justicia, mediante un mandato, comisionó a la Dirección Nacional de Arquitectura del MOP la «gestión técnica y administrativa del desarrollo del Anteproyecto de Arquitectura y, si así lo requiere la Cartera de Justicia, según se indica en el documento, la realización completa del Proyecto Definitivo de Arquitectura y los estudios de especialidades para la construcción»<sup>360</sup>.

Las empresas ganadoras del concurso de diseño, Cristián Boza y Asociados Arquitectos y Sebastián Vila y Asociados Arquitectos, se agrupan en una empresa, llamada Sociedad Boza y Compañía Limitada, para el desarrollo del proyecto de ingeniería, adjudicándosele a esta sociedad de responsabilidad limitada el contrato del proyecto de ingeniería completo el 6 de junio de 2003, dándosele 4 meses para su realización. El Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle a presentar, basado en el proyecto ganador del concurso, completaría las Bases de Licitación, que ya estaban en un avanzado proceso de elaboración.

Mientras todo esto pasaba, los plazos para la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana se acercaban inexorablemente. La Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, imponía como plazo fatal para la entrada en vigencia del nuevo sistema, para Santiago, el 16 de junio de 2005. Esto implicaba que las dependencias del Centro de Justicia debían ser expropiadas, construidas y puestas en operación en dos años, sin contar, claro, con la confección del Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle.

Boza y Compañía Limitada se atrasó casi dos meses y medio en los plazos establecidos para la entrega del proyecto definitivo, lo que causó que el MOP contratara una Asesoría a la Inspección Fiscal para asesorar a quien fiscalizaba el contrato de prestación de servicios. Esta empresa asesora encontró varias inconsistencias en el proyecto de Boza, que recién fueron respondidas por la proyectista el 4 de junio de 2004. Este contrato, finalmente, fue cumplido por Boza el 21 de julio de 2004, demasiado tarde para cumplir con los plazos exigidos por la Reforma Procesal Penal.

Las Bases de Licitación fueron aprobadas el 4 de agosto de 2003. Ellas comprendían, como régimen económico en beneficio del concesionario, el pago de Subsidios Fijos a la Construcción y a

---

<sup>360</sup>CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2010b) Informe Final de Auditoría 9/2010, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pág. 3.

la Operación, dependiendo de la etapa en que el contrato se encuentra, por parte del Ministerio de Justicia; pagos del concesionario al MOP, por concepto de gastos de administración del contrato de concesión y para la mantención de la Inspección Fiscal, y pagos, finalmente, de la Defensoría Penal Pública y del Ministerio Público al Ministerio de Justicia, que suplementan estos pagos que el Ministerio de Justicia tiene que hacer. Se trata, en suma, de un esquema mediante el cual el Estado puede pagar a plazo la construcción de una obra esquivando la contabilización de este pago como un pasivo.

Las Bases no incluían, ni hacían referencia a algún Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle que pudiera orientar a los licitantes sobre cuánto costaría, en definitiva, construir. En cambio, presentaban muchas cláusulas similares a la siguiente, que, en vez de solucionar las ambigüedades de una forma razonable, las proscribían normativamente.

#### **2.5.4.5. Proyecto definitivo de climatización.**

El Concesionario deberá desarrollar los Proyectos Definitivos de Climatización para los edificios propuestos, desarrollados de acuerdo a las normas vigentes y a las especificaciones generales incluidas en las presentes Bases de Licitación. El Proyecto Definitivo de Climatización deberá desarrollarse con un nivel de detalle que *permita la construcción de la obra sin ambigüedades de ningún tipo*<sup>361</sup>.

La licitación fue ganada por Obrascón Huarte Laín. Los licitantes, en todo caso, contaron con que el MOP tendría el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle de la obra listo para cuando la licitación fuera adjudicada, y, por eso, OHL debió sufrir las consecuencias de las demoras de Boza y Cía Ltda. La concesión comenzó el 4 de mayo de 2004, casi tres meses antes de que el proyecto de Boza estuviera terminado y revisado por el MOP.

OHL, con la intención de comenzar inmediatamente la construcción, y ante la premura de los plazos impuestos por la Reforma Procesal Penal, pidió que se le enviara el proyecto en el estado en que se encontrara. Boza y Cía. Ltda. envió a OHL una copia del proyecto, la que resultó ser anterior a la realización de un sinnúmero de modificaciones, realizadas por la Dirección de Arquitectura Metropolitana del MOP.

Es necesario recalcar aquí un problema que ya SILVA plantea y que tiene directa relación con el control interno de las concesiones: la falta de liderazgo que ocurre cuando existe más de un

---

<sup>361</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003a) Bases de Licitación: Centro de Justicia de Santiago, pág. 93.

organismo público encargado de la gestión de las concesiones. SILVA señala al respecto que «los problemas que se han presentado durante la etapa de construcción se originan, principalmente, por la falta de una adecuada coordinación entre el organismo mandante y el MOP, en cuanto a la definición de las características de las obras de los servicios contratados, lo cual ha dado lugar a demoras significativas en los procesos de aprobación de los proyectos de ingeniería definitiva, circunstancia que ha redundado en un aumento significativo de los costos de las obras y en un aumento en los plazos de construcción»<sup>362</sup>. Si bien SILVA ejemplifica esta situación con las cárceles concesionadas, la construcción del Centro de Justicia no estuvo para nada exenta de esta falta de liderazgo.

Todas las revisiones aprobadas por la DAM no sólo conllevaron alteraciones sustanciales del proyecto a construir, sino que un sobre costo para la obra de 350.000 UF, según las estimaciones de la propia Dirección. Como se ve, OHL comenzó a construir con un proyecto con fallas fundamentales, que comenzarían a descubrirse más adelante.

A fines de julio de 2004, el Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle, revisado por la Dirección de Arquitectura, llega a la sociedad concesionaria de la obra, quien hace presente al MOP lo que significaba adecuar las obras, que ya habían sido comenzadas de acuerdo con los planos preliminares, a los nuevos planos. El MOP decide asumir todos los costos de la modificación, procediendo a sustituir los planos por otros nuevos, para continuar con la edificación del proyecto.

Hacia febrero de 2005, la sociedad concesionaria hace presente al Estado que va a ser imposible cumplir con los plazos impuestos por la Reforma Procesal Penal, más que por las modificaciones al contrato que conllevó el cambio del proyecto, por las continuas solicitudes de modificaciones al proyecto hechas a través de fichas de adecuación, que estaban enlenteciendo innecesariamente el proyecto. Se buscó un acuerdo a través de la Comisión Conciliadora, que iba a consistir en la entrega de una parte mínima del Centro de Justicia, el pago de una prima de aceleración y el fin de las fichas de adecuación.

Sin embargo, las solicitudes de modificación no cesaron, no sólo por la solicitud de modificaciones unilaterales al proyecto por el Inspector Fiscal, sino porque, en muchos aspectos, el proyecto mismo carecía de definiciones que permitieran a los constructores, de hecho, construir. Todo esto,

---

<sup>362</sup>SILVA, M. L. (2009) Desafíos pendientes en materia regulatoria. En DOMPER, M., director *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978-956-718-332-6. – Capítulo 2.3, pág. 120.

sumado al no reconocimiento de los sobrecostos que se producían con las demoras y las solicitudes constantes de modificación del contrato, llevó a la sociedad concesionaria a presentar ante la Comisión Conciliadora un recurso para ampliar en 11 meses el plazo de construcción de las obras y solicitar las indemnizaciones correspondientes, el que terminó con una indemnización de 1.348.530 unidades de fomento en beneficio de la concesionaria.

Mientras esto ocurría, parte del complejo del Centro de Justicia era puesto en marcha y, con ello, todos los intervinientes en el proceso penal eran sometidos a altas temperaturas en el interior de las salas de audiencia. Llegó a tanto la situación que la puesta en servicio provisoria de la obra, en su totalidad, fue rechazada dos veces, antes de ser aprobada finalmente el 21 de junio de 2007, con una declaración del MOP en la que señalaba al Presidente de la Excelentísima Corte Suprema que «instruirá que se efectúen las obras adicionales que resulten necesarias para obtener una completa solución a las actuales insuficiencias de las instalaciones de climatización; y que, en tanto se implementan estas soluciones definitivas, instruirá la adopción de medidas paliativas que mitiguen estas insuficiencias».

La puesta en servicio definitiva del Centro de Justicia ocurrió el 11 de enero de 2008, sin que constara que el MOP hubiera, en efecto, corregido los problemas presentados en los sistemas de climatización del edificio Centro de Justicia. Todo esto debió ser subsanado mediante un cambio al contrato de concesión, para ejecutar un proyecto complementario de mejora a estos sistemas de aire acondicionado. Desde esa fecha el Ministerio de Justicia comenzó a pagar a la concesionaria el subsidio fijo por la operación de forma íntegra, a pesar de que la mitad de las dependencias no se podía ocupar, dado que la temperatura dentro de ellas era simplemente demasiado alta.

Lo irónico de todo este caso es que, como aparece en el informe de Contraloría General de la República, el arriendo de dependencias para suplir la falta de las dependencias aún no puestas en servicio le costó a la Corporación Administrativa del Poder Judicial alrededor de \$2.370.000.000 de la época, faltando aún la mitad del complejo Centro de Justicia por ser utilizado. Si se doblara esta cantidad, llevándola a \$4.740.000.000, para simular un escenario donde el Centro de Justicia aún no ha sido entregado, ello aún representa mucho menos que los más de \$7.000 millones de pesos que se gastaron en pagar a la concesionaria por servicios que jamás se prestaron.

El MOP procedió a encargar a la concesionaria la realización de una licitación para el mejoramiento

del sistema de aire acondicionado, la que fue adjudicada el 10 de octubre de 2008<sup>363</sup>. Sin embargo, los problemas con el aire acondicionado aún continuaron y, en pleno 2010, la Contraloría General de la República seguía representando los decretos de pago de las subvenciones fijas a la operación por parte del Ministerio de Justicia, ya que en ellos no aparecía acreditado que la concesionaria estuviere, de hecho, prestando todos los servicios contratados.

Mientras el fundamento para la concesión de carreteras, aeropuertos y cárceles se centra en la prestación de un servicio, la concesión del Centro de Justicia, si bien involucra la prestación de servicios adicionales, ellos son de una menor cuantía y se centran en proporcionar seguridad, un mantenimiento a los jardines de la obra y la administración de los estacionamiento. La obra no sólo fue concesionada por su magnitud; su concesión tuvo la intención de enmascarar deuda pública.

Dadas las deficiencias en la contabilización de las concesiones, que han continuado hasta 2010 por lo menos, el sistema de contabilidad del MOP no está integrado con el sistema de la Coordinación de Concesiones, en donde los montos por pagar son registrados, como señaláramos anteriormente, en planillas de cálculo simple. Los decretos de pago pueden cursarse individualmente, siendo contabilizados como gasto público o, como ocurre con las compensaciones ordenadas por la Comisión Conciliadora, como parte del cumplimiento de sentencias judiciales contra el Fisco de Chile. Esto permite que el Estado presente balances, aparentemente, más saneados de los que realmente tiene, dando libre paso para el endeudamiento fiscal por esta vía.

Sin embargo, vemos cómo las intenciones del MOP de ahorrar intereses mediante la concesión de obras públicas puede convertirse en una pesadilla, cuando el proyecto está mal diseñado, y, sobre todo, cuando se permite la licitación de un proyecto de obra pública a construir en concesión sin un Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle. El Centro de Justicia muestra en sus extremos lo que puede ocurrir, además, cuando la sociedad concesionaria sufre en sus carnes la ambigüedad del contrato de concesión.

Los fallos en el desarrollo del proyecto y la deficiente contabilización originaron, además, un tercer problema: la imposibilidad de considerar una alternativa a la construcción del Centro de Justicia, o, al menos, a su construcción de forma apresurada. Como ya se esbozó, el costo para el Ministerio de Justicia de arrendar dependencias alternativas mientras se construía el Centro de Justicia podría, de hecho, haber sido mucho menor para el Fisco que el costo sumado de pagar el subsidio fijo a la

---

<sup>363</sup>Dictamen 35.340/2009, Contraloría General de la República.

operación y el arriendo para la mitad de los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, mientras sólo la mitad del Centro de Justicia funcionaba.

Finalmente, no se puede olvidar la labor obstructiva de la falta de definición del proyecto. Las más de 400 indicaciones al proyecto demostraron que nadie, realmente, sabía exactamente qué y cómo se debía construir. Eso tuvo como resultado un edificio construido con la mitad de la potencia de aire acondicionado que necesitaba, pero pudo haber tenido resultados incluso peores. Esto, a su vez, no sólo origina sobrecostos enormes, sino que es terreno fértil para conductas oportunistas de la concesionaria y del Estado, verificadas ya no sólo por parte del MOP, sino también por parte del Ministerio de Justicia.

En el Centro de Justicia no sólo existieron fallas de planificación, sino que de liderazgo, que implican la necesidad de revisar el esquema actual de los contratos de mandato, y reemplazarlo por un mecanismo que prive, en efecto, al Ministerio u organismo público mandante de la facultad de intervenir en el desarrollo del proyecto mediante decisiones administrativas. Todas las intervenciones y modificaciones eventuales del proyecto, una vez materializada la delegación, deben ser canalizadas a través del MOP, teniendo un procedimiento claro para su realización, y, sobre todo, entregando al MOP la gestión total sobre la construcción de la obra, resguardo que debe ser establecido por la vía legal. El servicio mandante, por ende, sólo debe tener facultades durante la explotación de la obra.

### **6.1.2. Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78 a Avenida Grecia. Caso *Autovías*.**

El DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA define *autovía* como «carretera con calzadas separadas para los dos sentidos de la circulación, cuyas entradas y salidas no se someten a las exigencias de seguridad de las autopistas». La autovía es una carretera de una pista por lado, algo que no se parece en nada al Sistema Américo Vespucio Sur, una autopista de tres pistas por lado más caleteras.

Sin embargo, el Ministerio de Obras Públicas, con la venia de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana<sup>364</sup>, decidió que el proyecto no debía presentarse al Sistema

<sup>364</sup>Las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMA) y la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) corresponden a la institucionalidad ambiental anterior a la ley 20.417 del 26 de enero de 2010. Son citadas para referencia.

de Evaluación de Impacto Ambiental, dado que Vespucio Sur no sería una *autopista*, sino que, simplemente, una *autovía*, según un reglamento del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Con esto, el MOP añadió riesgos innecesariamente al proyecto, perjudicó al concesionario y a la ciudadanía, además de incumplir los términos del contrato que el propio Ministerio confeccionara.

El artículo 10º, letra e) de la LBMA establece que, entre las obras que deben ser presentadas al SEIA, se encuentran las autopistas<sup>365</sup>, norma complementada por el artículo 3º, letra e), del Reglamento del SEIA. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental no sólo busca determinar con precisión el impacto ambiental del proyecto, sino que obliga al MOP a establecer de instancias de participación ciudadana previas a la implementación del proyecto de obra pública a dar en concesión, como lo ordenaba la LBMA antigua si el proyecto era ingresado al SEIA por medio de un Estudio de Impacto Ambiental. Estas instancias habrían permitido recoger el parecer de los ciudadanos no sólo en ámbitos que hubieran modificado el equilibrio económico del contrato, sino en aquellas cosas que, sin modificar este equilibrio, eran de suma importancia para los ciudadanos, como la ubicación de los puentes y de los accesos a la vía, y el emplazamiento de los pasos peatonales. Nada de esto ocurrió.

Las Bases de Licitación establecían como una obligación del Estado la presentación del proyecto al SEIA por medio de un Estudio de Impacto Ambiental, algo que la sociedad concesionaria esperaba que hubiese ocurrido antes de la publicación de las Bases. Es así como la sección 1.8.10.1 de estas Bases señala lo siguiente<sup>366</sup>.

En virtud de la Ley N° 19.300 y su Reglamento (D.S. N° 30/1997) el Ministerio de Obras Públicas ha elaborado un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto denominado Sistema Américo Vespucio Sur. Ruta 78 - Av. Grecia, que ha sido sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), y cuya Resolución de Calificación Ambiental será obtenida antes del inicio de la construcción de la concesión.

El Licitante Adjudicatario o la Sociedad Concesionaria, según corresponda, deberá asumir los costos de las medidas ambientales que se incluyen en las presentes Bases de Licitación y en el EIA del Proyecto.

La licitación ocurrió sin que el proyecto fuera siquiera presentado al SEIA por el Estado. La evaluación de la entonces, Coordinación General de Concesiones, señalaba que el proyecto debía ingresar

<sup>365</sup>Sobre las obras concesionables que deben presentarse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, véase la página 286.

<sup>366</sup>COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2000) Bases de Licitación: Sistema Américo Vespucio Sur Ruta 78 - Grecia, pág. 41.

al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental. Sin embargo, el cambio de las autoridades permitió que el Estado incumpliera las obligaciones contraídas, ya no sólo con la concesionaria, sino que con la ciudadanía. El MOP creyó que bastaría su propia decisión, la emisión de órdenes a los «funcionarios a honorarios» de la Coordinación General de Concesiones, y la instrucción a todos los ministros integrantes de la CONAMA en el sentido de interpretar, efectivamente, que Américo Vespucio Sur era una *autovía* y no una *autopista*, para burlar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y comenzar con las obras; y así ocurrió. Las obras comenzaron, efectivamente, en el año 2003, produciendo un impacto ambiental considerable a los vecinos de la obra.

Como resultado de las instrucciones y órdenes del MOP, la Coordinación General de Concesiones ajusta rápidamente su criterio a la nueva versión oficial. El Ordinario 1.770/2005 establecía que el proyecto Sistema Vespucio Sur no sería presentado al SEIA, dado que el mismo proyecto que en un inicio debía ser sometido a un EIA no era una *autopista*, sino que, según la clasificación interna del Ministerio de Obras Públicas, se habría degradado a la categoría de *autovía*. Junto con ello, se contemplaron, unilateralmente, medidas de mitigación basadas en un Estudio de Impacto Ambiental Referencial elaborado por la propia Coordinación General de Concesiones, sin que hubiere meditado intervención alguna de los organismos con competencia ambiental, ni mucho menos de la ciudadanía.

Esto fue acompañado de un pronunciamiento de la CONAMA, el Ordinario 501/2005, que reafirma el criterio de que el Sistema Vespucio Sur no entraría al SEIA dado que no cumpliría con los requisitos que la letra e) del artículo 3° del Reglamento del SEIA establece para las autopistas. Cabe destacar que, de acuerdo con la letra e) del artículo 3° del Reglamento del SEIA, en su versión actual, «se entenderá por autopistas a las vías diseñadas para un flujo de ocho mil vehículos diarios (8.000 veh./día), con sentidos de flujos unidireccionales, de cuatro o más pistas y dos calzadas separadas físicamente por una mediana, con velocidades de diseño igual o superior a ochenta kilómetros por hora (80 km/h), con prioridad absoluta al tránsito, con control total de los accesos, segregada físicamente de su entorno, y que se conectan a otras vías a través de enlaces». El Sistema Vespucio Sur no cumplía con todas estas características, ya que tenía sólo 3 pistas por lado y una caletera, no cuatro pistas por lado.

La construcción de esta *autovía* continuó hasta que los vecinos presentan un requerimiento ante la Contraloría General de la República<sup>367</sup>, respecto de la singular causa de la no presentación del

<sup>367</sup>La presentación de este requerimiento fue asesorada por el Curso de Derecho Ambiental y Resolución de Conflictos

Sistema Vespucio Sur ante el SEIA. La Contraloría resuelve, en el dictamen 12.108/2006, sobre la reclamación, de la siguiente forma.

Ahora bien, la obra concesionada “Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78, Av. Grecia” se adjudicó mediante el decreto del Ministerio de Obras Públicas N° 1.209, de 2001, a cuyo respecto corresponde dilucidar si debía o no ingresar al mencionado Sistema de Evaluación Ambiental, dada, como se ha dicho, la falta de una definición de “autopistas” en la legislación ambiental vigente a la fecha de adjudicación. En tales circunstancias, necesariamente debía estarse a las reglas de interpretación de las leyes contenidas en el Código Civil, en particular a la señalada en el artículo 20 de ese cuerpo normativo, en cuanto expresa que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”, y sólo se les dará su significado legal, –conforme a la misma disposición–, cuando “el legislador las haya definido expresamente para cierta materia”.

De conformidad con lo expuesto, procedía considerar el concepto de “autopista” que entrega el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, a la que define como “carretera con calzadas separadas para los dos sentidos de la circulación, cada una de ellas con dos o más carriles, sin cruces a nivel”, el cual resultaba plenamente aplicable a la aludida obra, especialmente al no diferenciar el carácter urbano o rural de la misma.

En el contexto anotado, la obra sobre la cual versa la consulta reúne precisamente las características de autopista en los términos del referido diccionario, y por ende debió sujetarse a las exigencias de la normativa ambiental y someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

De ese modo, al disponerse la exclusión del referido Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a la mencionada obra por estimar que correspondía a una autovía y no a una autopista, se vulneraron tanto las normas de interpretación citadas como la finalidad del instrumento preventivo mencionado, esto es, la medición y calificación de los riesgos de carácter ambiental inherentes a la ejecución del referido proyecto.

En cuanto al criterio sostenido por los Servicios Públicos informantes respecto a que dicha exclusión obedeció a la aplicación de la clasificación de “autopistas” y “autovías” establecida en el Decreto N° 83, ya citado, cumple señalar que no se ajustó a derecho, ya que dicho cuerpo normativo, al definir las redes viales básicas sobre la base de criterios de operación de tránsito y flujos de circulación vehicular referidas al transporte, estableció las características de las categorías mencionadas en un ámbito diverso al regulado por la legislación ambiental, cuyo objetivo comprende, conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.300, la regulación del “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental”.

La Contraloría General de la República no sólo señala que la exclusión del proyecto Sistema Vespucio Sur del SEIA es ilegal, sino que establece como principio la inexistencia de ámbitos de

---

de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

discrecionalidad reglamentaria respecto de la limitación de derechos fundamentales, estando el espacio de restricción de dichos derechos estrictamente delimitado por la ley, principio coherente con la aplicación de los derechos fundamentales y del principio de juridicidad integral en la interpretación de la ley. Sobre la base de este caro principio, se concluye no sólo que la actuación de la Administración es ilegal y arbitraria, sino que la aplicación del texto mismo del Decreto 83/1985 MTT, un reglamento anterior al Reglamento del SEIA, para excluir al Sistema Vespucio Sur del SEIA, es inconstitucional.

La Contraloría continúa de la siguiente forma su razonamiento.

Del mismo modo, tampoco resultan atendibles los argumentos presentados por CONAMA en cuanto a que el concepto de “autopista” fue definido por la normativa ambiental –Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia–, con posterioridad a la data de adjudicación de la obra, puesto que, como ya se ha dicho, al interpretar el precepto que contenía tal locución, debía atenderse a su sentido natural y obvio, pues lo contrario habría importado restringir su verdadero sentido y alcance, en circunstancias que el legislador no estableció limitación alguna al respecto. En el mismo sentido es preciso destacar que la definición de autopista incorporada al reglamento citado, guarda armonía con la que formula el diccionario de la lengua, y no con lo consignado en el aludido Decreto N° 83.

La Contraloría certifica lo que aquí adelantamos: la definición de *autopista* de la letra e) del artículo 3° del Reglamento del SEIA es coherente con la definición que la Real Academia Española hace de la palabra *autopista* y con las características del Sistema Vespucio Sur, por lo que es ilegal su restricción arbitraria mediante el uso de la definición contenida en un reglamento derogado. Sin embargo, Contraloría ignora un punto importante en su análisis, que aquí ha sido expuesto someramente y que debe ser tratado.

El BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO menciona, como detentadores de posiciones de interés en una asociación público privada, al Estado, al sector privado con fines de lucro (que será, en definitiva, quien aporte fondos para la construcción de la obra) y al sector privado sin fines de lucro, compuesto, entre otros agentes, por la ciudadanía<sup>368</sup>. Al comprometerse el Estado y no sólo el MOP en la asociación público-privada, el contrato de concesión representa una realidad

<sup>368</sup>Sobre los detentadores de posiciones de interés en las concesiones y su consulta, véase la página 211.

normativa que no sólo es oponible al Estado o al privado concesionario, sino que es una norma de carácter reglamentario, oponible a terceros<sup>369</sup>.

La naturaleza reglamentaria del contrato de concesión no sólo sirve para la imposición unilateral de cláusulas al concesionario y para el control de juridicidad de dicha imposición, sino que además representa la garantía de la oponibilidad del contrato, y de las obligaciones por él generadas, ante el ciudadano. Por ende, en estricto rigor, la obligación de someter el proyecto al SEIA a través de un Estudio de Impacto Ambiental representa una obligación del Estado, contraída ante el concesionario, y cuyo cumplimiento es oponible a la ciudadanía. En otras palabras, al no someter el proyecto al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, el Estado ha incumplido las obligaciones que el contrato de concesión le ha asignado, y la reclamación por dicho incumplimiento se vuelve una mera cuestión de legitimación activa, aún no resuelta, respecto de la ciudadanía.

La ilegalidad de la actuación del MOP fue refrendada por el dictamen 7.634/2007, que reitera las consideraciones ya mencionadas, sigue ignorando la consideración respecto a la real extensión de las obligaciones que el Estado contrae con el contrato de concesión, y añade otros argumentos, como la restricción de las definiciones legales a los ámbitos de las propias leyes y el principio interpretativo según el cual, ante dos interpretaciones en conflicto, debe preferirse aquella que dé vigencia a un precepto legal o reglamentario por sobre aquella que le niega vigencia.

Mientras todo esto ocurría, la obra ya estaba en su etapa de explotación. Se daba de esta forma la paradoja de que el MOP había logrado construir una autopista y ponerla en servicio violando la LBMA. Recién en 2008 el Ministerio de Obras Públicas, para intentar tapar su error y ante la insistencia de la Contraloría General de la República, encarga, mediante un contrato de prestación de servicios de asesoría, la confección de una Declaración de Impacto Ambiental para ingresar el proyecto, construido y en explotación, al SEIA. Esta Declaración fue presentada el día 26 de diciembre de 2008, respecto únicamente de la explotación de la obra.

Poco antes de eso, la organización ciudadana «Defendamos la Ciudad» intentó reclamar respecto del hecho de que, en 2008, el proyecto aún no hubiera sido presentado al SEIA, señalando además que el proyecto debía, específicamente, ser presentado al SEIA a través de un Estudio de Impacto

---

<sup>369</sup> Adscribimos aquí a la tesis de Dolores RUFÍAN, respecto de que el contrato de concesión de obra pública tiene una doble naturaleza contractual y reglamentaria. RUFÍAN señala, en abono de su teoría: «Es evidente que ambas características [el aspecto contractual y el reglamentario] confluyen en el contrato de concesión que, si bien tiene naturaleza contractual al concurrir a su formación la voluntad de las partes, está regido por normas de derecho público que sitúan a los contratantes en un plano de desigualdad»; RUFÍAN (1999) *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, pág. 26.

Ambiental. Sin embargo, en el dictamen 1.773 del 13 de Enero de 2009, la Contraloría General de la República señaló que la posibilidad de presentar el proyecto al SEIA, mediante una Declaración de Impacto Ambiental, existía. Se ignoró por completo el hecho que el Estado se había comprometido, en las Bases de Licitación, a presentar el proyecto mediante un Estudio de Impacto Ambiental.

Inmediatamente luego de este dictamen, la presión, a través de la prensa y de la opinión pública, aumentó. El periódico electrónico CIPER publicaba<sup>370</sup>, junto con un resumen de todas las actuaciones anteriores, el costo de las obras que el MOP debía construir, de acuerdo con lo señalado en su Declaración de Impacto Ambiental, para subsanar los impactos ambientales que Vespucio Sur había generado en las comunidades. El propio reportaje señala, respecto de las 224 obras nuevas que el MOP comprometía en su DIA:

Estas 224 obras surgieron de las “observaciones” hechas por los residentes afectados y por los municipios. Lo grave es que son las mismas que han venido presentando los vecinos desde el momento en que las palas hicieron los primeros hoyos para construir la vía, en 2003. De hecho, el procedimiento del SEIA que el MOP intentó eludir precisamente está diseñado, entre otras cosas, para formalizar la incorporación de las “observaciones de la ciudadanía” a este tipo de proyectos.

De haber seguido la ruta del SEIA, el MOP o la concesionaria que explota la vía habrían invertido oportunamente en las correcciones –durante la etapa de construcción– y estas intervenciones tardías se habrían evitado. Pero ahora el costo de las reparaciones se ha disparado porque a estas alturas es necesario incorporar el precio de demoler, para luego reconstruir.

La verdad es que el MOP no tenía, ni tiene, forma de estimar los costos totales de las obras concesionadas, como lo ha dejado en evidencia la Contraloría General de la República en sus informes de auditoría<sup>371</sup>. Las profundas falencias en la contabilización de los proyectos concesionados, que ignora totalmente los principios del *devengo* y de la *doble entrada*, hacen que los costos adicionales que trae a la obra el intentar esquivar la legislación vigente, respecto de una situación donde la legislación se respeta, sean imposibles de prever. Pero estas consideraciones económicas palidecen ante la grave infracción del principio de juridicidad que el Ministerio de Obras Públicas cometió. Los costos para el MOP de esta situación fueron incalculables, tanto en lo que se refiere al impacto de la obra en las comunidades como al impacto del comportamiento del Estado en la vigencia

---

<sup>370</sup>RAMÍREZ, P. (2009) Los errores del MOP en Vespucio Sur que costarán 25 millones de dólares. En CIPER, 20 de febrero [En línea] (<http://ciperchile.cl/2009/02/20/los-errores-del-mop-en-vespucio-sur-que-costaran-25-millones-de-dolares/>). Si bien en la Declaración de Impacto Ambiental se contemplaban 224 obras, la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto Vespucio Sur elevará este total a 282.

<sup>371</sup>Sobre la contabilización de las concesiones, véase la página 275.

del ordenamiento jurídico, sin que los organismos de control externo de juridicidad hayan podido hacer nada para evitarlo.

Las irregularidades en la tramitación de Vespucio Sur se siguieron reflejando a lo largo de la tramitación del proyecto a lo largo del SEIA. El ICSARA 1, del 17 de marzo de 2009 dejó en claro que la Declaración de Impacto Ambiental que se estaba presentando no lo era del proyecto Vespucio Sur en sí, sino que de sus modificaciones, omitiéndose en varias de ellas los estudios apropiados que predijeran su impacto en las comunidades aledañas. Luego de sucesivos ICSARA en donde estas falencias son progresivamente corregidas, la COREMA de la Región Metropolitana califica favorablemente las modificaciones del proyecto en su Resolución de Calificación Ambiental del 12 de Octubre de 2010.

Junto con revisar la implementación de las modificaciones de los accesos peatonales y de algunos puentes que, por mal diseñados, no eran utilizados, la RCA correspondiente establece una serie de medidas adicionales a las contenidas en las Bases de Licitación para la protección del medio ambiente en la obra concesionada, como la medición constante de los contaminantes aéreos dentro de la autopista y el establecimiento de un Plan de Monitoreo de Ruidos. Todas estas medidas, que fueron impuestas a la concesionaria en plena etapa de explotación por la COREMA-RM, podrían haber sido implementadas de una forma mucho más eficiente si desde un comienzo, en lugar de hacer tantos esfuerzos por evadir la ley, el Ministerio de Obras Públicas hubiera actuado de una forma legalmente aceptable.

Además de exponer las debilidades del propio SEIA, parcialmente corregidas con la ley 20.417, este caso pone de manifiesto que la concesión de obras públicas es, ante todo, una asociación entre el Estado, los privados ejecutores del proyecto, y el sector privado sin fines de lucro, formado por las comunidades, los empleados y otros detentadores de posiciones de interés.

Por eso, las opiniones de los ciudadanos deben ser tomadas en cuenta desde el primer minuto, y los ciudadanos deben poder tener un procedimiento que les permita intervenir en el diseño del proyecto concesionado, antes de que éste sea sometido a licitación. Esto, como veremos en el próximo caso, debe necesariamente estar acompañado por procedimientos administrativos, y, de ser necesario, jurisdiccionales, que permitan a los ciudadanos impetrar este derecho, así como por la asesoría técnica de una entidad independiente del gobierno, que sea capaz de traducir los intereses de los ciudadanos en directrices que logren el doble objetivo de satisfacer a la ciudadanía y reducir el

riesgo del proyecto.

### **6.1.3. Sistema Oriente-Poniente: Costanera Norte y Avenida Kennedy. Caso *Ciudad Viva*.**

La historia detrás de la organización ciudadana *Ciudad Viva*, que fuera conocida en su momento como *Coordinadora No a Costanera Norte*, muestra un caso atípico de participación ciudadana. En este caso, la participación ciudadana fue significativa, las consecuencias para el proyecto de obra pública dado en concesión fueron el mejorar significativamente su percepción en la ciudadanía, se preservaron las áreas tradicionales más relevantes y Costanera Norte pasó de ser un proyecto odiado a ser la insignia del Chile del nuevo milenio. Sin embargo, la participación ciudadana, la cohesión social, y, sobre todo, la capacidad técnica y política que tuvo la ciudadanía organizada, sobre todo, del barrio Bellavista, fue única, y por ende, es irrepetible, algo que sin lugar a dudas debe cambiar.

El proyecto del Sistema Oriente-Poniente comenzó su vida en 1996, un año antes de que se aprobara el primer Reglamento del SEIA. Como resultado, la entonces nueva Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente no tenía procedimientos claros para su aplicación, y este vacío fue llenado, mientras el Reglamento del SEIA estaba en preparación, por instructivos presidenciales dictados por el entonces Presidente de la República, Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

Muchos de los resguardos institucionales que hemos mencionado en este trabajo, como el principio de transparencia en la gestión pública o el principio de probidad administrativa, no estaban incorporados en la legislación de forma tan clara en aquel entonces. El sistema de concesiones de obras públicas estaba en su infancia; no existía una Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, y el principio de probidad sólo estaba recogido de una forma genérica en la LOCBGAE. Esto hacía posible que el Ministerio de Obras Públicas mantuviera en estricto secreto la existencia del proyecto respecto de la ciudadanía.

Los ciudadanos del barrio Bellavista tenían ciertas características atípicas, que fueron, en definitiva, las que hicieron posible que ellos pudieran alzarse como una oposición efectiva al MOP y a la empresa que había presentado el proyecto del Sistema Oriente-Poniente bajo la forma de una iniciativa privada. En primer lugar, estaban dotados de una inusual capacidad técnica, aunada a una tradición de organización vecinal, lo que hizo posible que los vecinos rápidamente constituyeran

equipos *sombra* altamente calificados, con capacidades técnicas que eran capaces de rivalizar a las del propio MOP. Además de esto, tenían contactos en el Ministerio de Obras Públicas, para obtener la información secreta que no les era revelada.

Tal vez lo más importante es que, gracias a estos contactos, el Ministerio de Obras Públicas y la comunidad manejaban la misma información, algo que fue determinante para que la participación ciudadana pudiera caminar. Esto, sin embargo, no estuvo exento de conductas cuestionables y en el límite de la legalidad por parte del MOP en las jornadas de participación ciudadana, conductas que fueron denunciadas en su oportunidad y que minaron la confianza de la comunidad en las capacidades del Estado de realizar, efectivamente, jornadas de participación ciudadana coherentes.

Al enterarse del proyecto y conocer sus consecuencias, las juntas de vecinos de Bellavista decidieron organizar a todas las comunidades que serían afectadas en un solo gran frente. La ciudadanía, unida a los recursos de la ONG «Acción Ciudadana por el Medio Ambiente» y a la cooperación técnica de la Universidad Católica se unió en la Coordinadora No a Costanera Norte.

El MOP insinuó que no presentaría el proyecto del Sistema Oriente-Poniente al SEIA, basándose en la artimaña de que la autopista sería, en realidad, una *autovía*, y a la ausencia de reglamentación, ya que, en 1996, aún no se dictaba el Reglamento del SEIA. La, entonces, ya Coordinadora No a Costanera Norte presenta un recurso de protección con orden de no innovar, el que, en 1997, en los hechos fuerza al MOP presentar el Proyecto Referencial del Sistema Oriente-Poniente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si bien fue rechazado.

La ciudadanía fue desarrollando una estrategia de desgaste en contra de Costanera Norte, a la que la Junta de Vecinos “Mario Baeza” de Bellavista denominó «ganar perdiendo»<sup>372</sup>. Se presentaron varios recursos, todos perdidos, pero se fue ganando tiempo de forma clave, ya que las demoras en el proyecto coincidían con la aprobación de una serie de normas clave en materia medioambiental, como el propio Reglamento del SEIA en 1997. La postura de la ciudadanía afectada, gracias a su organización y a los elevados medios técnicos y logísticos con los que ya contaba, fue ganando adeptos, mientras el MOP aún no podía licitar la concesión.

Paralelamente, la comunidad organizada comenzó a cimentar las bases de una organización que superara la coyuntura de Costanera Norte, para abrazar el activismo por diversas causas tanto locales

---

<sup>372</sup>JUNTA DE VECINOS MARIO BAEZA (2002) La defensa del Barrio Bellavista contra Costanera Norte, pág. 23.

como ambientalistas. Se crea un periódico propio y la comunidad completa se dedicó a afinar sus habilidades jurídico-ambientales, a tal punto que el SEIA o los impactos ambientales eran temas de conversación habituales en el barrio. Se comenzaron a organizar actividades lúdicas e informativas, y se logró el objetivo de comunicar los riesgos del proyecto.

Para contrarrestar esta campaña, el MOP desplegó esfuerzos comunicacionales nunca antes vistos en un proyecto con impacto ambiental. Se instalaron paneles y gráficos explicativos del proyecto y se habilitó una línea 800 para informar a la población.

El primer Proyecto Referencial del Sistema Oriente-Poniente es calificado como ambientalmente favorable por medio de la Resolución Exenta 335/1998 de la COREMA RM, en medio de fuertes presiones políticas del Ministro de Obras Públicas de la época, Ricardo Lagos. En él aparecen definidas claramente las observaciones de la Coordinadora No a Costanera Norte, las que son extensas y escritas en un lenguaje altamente técnico, algo absolutamente extraño para una etapa de participación ciudadana<sup>373</sup>.

#### *Plan de medidas de mitigación.*

6.4 El Plan de Medidas de mitigación está escrito como una definición de objetivos más que como un plan de acciones específicas. Es decir; se plantean los objetivos que se intenta alcanzar para mitigar algunos efectos adversos de la construcción de esta autopista. Sin embargo, no hay mención sobre donde se producirán estos efectos, la magnitud de estos y como específicamente se pretende mitigar dicho efecto en dicho lugar. De tal manera que es imposible poder estimar el impacto que estas medidas tendrán para mitigar el daño. Esta parte del estudio es particularmente deficiente y vaga. Por ejemplo, la Medida FG1 (pág. 4) establece “Reducir las pendientes entre 15 - 30° -cuando sea posible- a través de aterrazamientos cuando se realicen cortes en laderas, principalmente donde el proyecto de ingeniería no considera la construcción de muros, esto para evitar problemas de erosión...”.

Se debe explicar qué partes del Cerro San Cristóbal van a sufrir este proceso y cuáles van a tener pendientes de 15-30° y en cuáles de ellas se van a hacer aterrazamientos. No puede quedar a la discreción de la empresa constructora tomar estas decisiones. Lo que sí queda claro es que se van a destruir sectores importantes del Cerro San Cristóbal, pero no se explica donde.

No es aceptable que un proyecto de esta naturaleza pueda realizarse con este grado de incertidumbre. No es posible realizar una evaluación objetiva del impacto de esta obra; ni siquiera se conocen las características técnicas que va a tener la obra. Ninguna de las medidas de mitigación define claramente en qué va a consistir el daño que se intentará mitigar. Esta incertidumbre e inespecificidad de la información no entrega

---

<sup>373</sup>De hecho, de las más de 230 páginas de la Resolución Exenta, sólo 33 se dedican al texto de la resolución; las 200 restantes constituyen ponderación de observaciones por parte de la ciudadanía.

ninguna garantía que el Cerro San Cristóbal no vaya a ser dañado de manera significativa. Se debe establecer de manera clara y precisa cuánto creen las autoridades que es “aceptable” en cuanto al daño del Cerro. No es responsable dejar este tipo de decisiones a la empresa que ejecuta la obra. Las imprecisiones son múltiples; en la medida FG-3 se dice por ejemplo, “En algunos casos, se colocarán plantaciones arbustivas para tapar los muros”. Se debe explicitar en cuáles casos se colocarán y en cuales no. Se debe detallar el plan y diseño paisajístico que asegure que el Cerro continuará inalterado como paisaje. Todo indica que destruirá, por ejemplo, el oasis de entrada, símbolo cultural, histórico y turístico de este sector<sup>374</sup>.

COREMA, luego de esto, obligó al MOP a cambiar el trazado original por otro que elevaba los costos de la obra a más del doble, y los residentes de Pedro de Valdivia Norte, Bellavista, y los locatarios de la Pérgola de las Flores se sintieron victoriosos. La presión ciudadana llegó a tal nivel que fue capaz de traspasar al normalmente secreto proceso de precalificación, y la ciudadanía comenzó a atacar comunicacionalmente a Tribasa, una de las sociedades precalificadas para la licitación, por su incapacidad de gestión y por haber abandonado las obras de la concesión Ruta 5 Santiago-Los Vilos.

Es así como, más de 3 años después de haberse aprobado las Bases de Licitación, finalmente la concesión es adjudicada a otro licitante, quien decide hacer cambios al proyecto original, para hacer pasar la carretera por debajo del Río Mapocho. Las organizaciones ciudadanas, que tenían la postura de que Costanera Norte simplemente no se construyera, se manifestaron, pero su fuerza disminuyó, al presentarse al SEIA una propuesta que eliminaba muchos de los focos de conflicto ambiental que tenía la propuesta primigenia del MOP. Esta propuesta, que constituyó el Proyecto Alternativo de la Costanera Norte, fue aprobada por la Resolución Exenta 125/2002 de la COREMA RM.

El caso de Costanera Norte es una excepción a la regla, que equivocadamente TERRAM asume como una discriminación. Más que discriminación, se trata de la ausencia total de calificación técnica por parte de la ciudadanía, principio que aquí se rompió de una forma inesperada para el MOP. Por ello, es necesaria la existencia de jornadas de participación ciudadana que estén acompañadas de un asesoramiento técnico a las comunidades, algo que debe necesariamente ser hecho por un servicio independiente del gobierno.

Muchas de las observaciones de las RCA aquí observadas son en realidad solicitudes de información respecto del proyecto, por lo que es necesario que los estudios previos a los proyectos a

<sup>374</sup>Resolución Exenta 335/1998 COREMA RM, punto 6.4, página 136 (ponderación de participación ciudadana).

realizar sean públicos. Esto debe venir acompañado, además, por una labor asesora que ayude a pedir información, dado que, aunque se reconozca el principio de transparencia como una garantía constitucional, este principio no sirve de mucho si la ciudadanía no sabe qué pedir, o cómo conducir una etapa de participación.

Además de esto, este caso demuestra cómo la incapacidad de llevar adelante una etapa de participación ciudadana acotada en cuanto a sus plazos puede afectar la viabilidad de un proyecto. Es mucho mejor para todos los involucrados en una asociación público privada una etapa de participación ciudadana acotada en cuanto a sus plazos pero no en cuanto a su efectividad, que una participación ciudadana informalizada que no tenga límite alguno y que, incluso, sirva de caballo de Troya para albergar posturas ambientalmente extremistas.

Actualmente, el Ministerio de Obras Públicas lleva adelante jornadas de consulta ciudadana previas al diseño de sus proyectos. Si bien ello es encomiable y se debe a la aplicación de una política sostenida de fomento de la participación por la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, estas jornadas no están reguladas por norma jurídica alguna ni, mucho menos, existe un derecho de las comunidades a exigir que existan estas instancias. La participación ciudadana en proyectos concesionados ocurre en la medida de que el MOP desee permitirlos, y, por eso, es necesario que la norma contemple la obligatoriedad de someter todos los proyectos concesionados que no deban ser presentados al SEIA a jornadas de participación ciudadana, así como la publicidad de la decisión administrativa que ordena someter o no un proyecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para su impugnación.

#### **6.1.4. Ruta 5 Sur, tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago.**

Una de los símbolos del déficit de infraestructura que padecía Chile, a principios de los años 90, era su ruta más importante, la carretera Longitudinal, conocida popularmente como *Panamericana*. En 1991 la carretera era poco más que un camino rural glorificado, con una doble vía que comprendía desde el norte de Santiago hasta San Fernando. Muchas partes de la carretera pasaban por el interior de ciudades completas, siendo cortadas por semáforos e incluso por pasos de cebra, en las ciudades más alejadas. Si bien, formalmente, la velocidad máxima en esta carretera era de 100 kilómetros por hora, en los hechos era mucho menor, dado que bastaba un simple camión con acoplado que circulara a la mitad de esa velocidad para ralentizar el tráfico por kilómetros. Por añadidura, la

carretera estaba repleta de curvas y el camino, en muchos tramos, solía tener baches que reducían aún más la velocidad.

Ante el colapso y la falta absoluta de inversión en la red de ferrocarril, unido al aumento de las necesidades de transporte en Chile, la situación se hizo insostenible. El objetivo de las autoridades de la época era lograr una autopista de estándares internacionales, que permitiera una velocidad máxima de 120 kilómetros por hora, dos pistas por lado que permitieran el adelantamiento, sin curvas ceñidas y con un mantenimiento constante. La falta de esta autopista estaba causando miles de millones de dólares de pérdida de productividad a nuestro país, y la única forma de hacer esto rápidamente era mediante las concesiones.

Hoy, la Ruta 5 es muy diferente. La concesión de la ruta completa ha logrado la construcción de dobles vías, libres de curvas y con mantenimiento constante desde La Serena hasta Puerto Montt, comprendiendo más de 2.000 km de autopista puesta en servicio, los que están a punto de ampliarse con la entrada en etapa de explotación de la concesión del tramo Vallenar-Caldera. Sin embargo, el proceso completo no estuvo exento de problemas.

La concesión comprendía la mantención de la antigua Ruta 5 desde la salida de la capital hasta la frontera de la Región de O'Higgins, la construcción de la doble vía entre San Fernando y Talca, y dos obras que revolucionarían la infraestructura vial de nuestro país: el *by-pass* de Rancagua, que permitiría cruzar hacia el sur sin tener que pasar bajo esta ciudad, y el Acceso Sur a Santiago, que permitiría acceder a la capital directamente a través de Puente Alto y La Pintana, descongestionando en el proceso la sección de la Ruta 5 que atraviesa Santiago.

La construcción del Acceso Sur a Santiago representa, posiblemente, el ejemplo de todo lo que no debe hacerse en un proyecto concesionado respecto de las comunidades afectadas por él. Se diseñó con 29 metros de ancho y el MOP, equivocadamente, expropió una faja de 30 metros de ancho, causando que hubiera casas a menos de 50 centímetros de la carretera. La construcción misma del Acceso Sur generó un nivel tal de conflictividad, que para la concesionaria fue imposible cumplir con los plazos no por negligencia, sino porque sus trabajadores debían construir, en todo momento, con protección policial. Esto, sumado a la nula fiscalización, que llegó al nivel de motivar la aplicación de una sanción al MOP por parte de la COREMA RM, provocó, y provoca, aún, problemas.

Las Bases de Licitación para la concesión completa fueron aprobadas por la Resolución DGOP

302/1998. Sin embargo, por ese entonces el único proyecto que contaba con una oposición organizada, capaz de forzar la presentación ante el SEIA de los proyectos del MOP, era precisamente el Sistema Oriente-Poniente, por lo que el MOP no presentó este proyecto al SEIA. En todo caso, la médula del proyecto, que se trataba de la actualización de la Ruta 5, no provocaba tantos impactos ambientales adicionales, ya que buena parte del impacto recaía, en realidad, en la antigua Ruta 5. Por ende, los dos focos de conflicto potenciales serían el *by-pass* Rancagua y el Acceso Sur.

El Acceso Sur a Santiago es presentado en forma separada al SEIA, siendo calificado como ambientalmente favorable por la Resolución Exenta 380/1999 de COREMA RM. En él se señalaba que el proyecto consistiría de un tramo urbano formado por 2.8 kilómetros de túnel, que pasaría por debajo de las comunas de La Granja y de La Pintana, y que saldría a un tramo soterrado, con la autopista siendo construida por debajo del nivel del suelo.

La faja que se contempló expropiar para construir este túnel era de 30 metros de ancho, siendo que el proyecto tenía 29 metros de amplitud. Pero eso no era todo. La modalidad bajo la cual se construiría, de acuerdo con la primera RCA, era un «sistema transversal» donde «el aire exterior es insuflado uniformemente por medio de rejillas de inyección». Esto significa, en los hechos, que la concesionaria tendría que realizar una excavación, retirar el material, construir el túnel, para luego tapar el túnel construido con algo de tierra. Sobre el túnel, una vez terminada la obra, quedaría una capa de 10 centímetros de tierra, apenas suficiente para que crecieran algunas flores.

La obras afectaban mayoritariamente zonas con un alto grado de vulnerabilidad socioeconómica<sup>375</sup>. Esta vulnerabilidad fue uno de los factores que se tuvo en cuenta en las medidas de mitigación propuestas por el MOP, razón por la cual, además de la simple indemnización por la expropiación de las viviendas, el Estado ofrecía compensaciones adicionales a los pobladores.

En apariencia, si uno examina la etapa de participación ciudadana que acompañó a la primera RCA, nota que todos los pobladores, más que cuestionar elementos del proyecto, desean una expropiación en condiciones más convenientes, que es, por lo demás, lo que el MOP ofrece. Sin embargo un análisis más fino deja entrever anomalías en el proceso de participación.

31. De acuerdo a la Ley de Protección del medio ambiente (sic) el impacto social que origina el proyecto de Acceso Sur a Santiago debe garantizar una mejora en la

---

<sup>375</sup>El Acceso Sur a Santiago comienza en la intersección de San Gregorio con La Serena, en plena población San Gregorio. Continúa por la zona de Los Morros, y cruza las calles Gabriela Mistral, por la población Batallón Chacabuco, y Eyzaguirre.

calidad de vida de los afectados. ¿Cómo se pretende hacer efectiva esta mejora en la calidad de vida de los vecinos si la información que se ha entregado no es exacta ni clara?

Nota: Algunas de estas preguntas se hicieron en la reunión y no fueron tomadas en cuenta o no hubo respuestas.

**Junta de Vecinos 15-2 - Comisión de Expropiados Villa El Remanso - N° 502034 Fundada 08/10/99**

**José Echeverría 13840 - Junta de Vecinos<sup>376</sup>**

Esto es un indicio que abona la tesis de una participación ciudadana dirigida no a lograr la participación de la comunidad plena, sino que, simplemente, a lograr una expropiación rápida y de acuerdo con los estándares del Estado, impidiendo que se cuestionara el proyecto y aprovechándose, con ello, el MOP, de la escasa cultura y de la marginalidad de las personas afectadas, tesis, por lo demás, que TERRAM sostiene abiertamente<sup>377</sup>. Lo claro es que la falta de información clara sobre el proyecto es una crítica que se repetirá a lo largo de todo el proceso de evaluación de impacto ambiental.

El Ministerio de Obras Públicas, por otro lado, alega que siempre estuvo dispuesto a proporcionar información a los ciudadanos. El MOP disponía de un ejemplar del Estudio de Impacto Ambiental disponible en sus oficinas disponible para quien quisiera consultarlo. Por otro lado, se hicieron esfuerzos genuinos en hacer posible una verdadera participación ciudadana, contratando una consultora experta en participación ciudadana, la que organizó 14 reuniones de apresto y de capacitación en la Ley de Bases del Medio Ambiente para que la etapa de participación ciudadana, precisamente, tuviera éxito. ¿En qué falló el MOP? Comunicación.

El conocimiento de que, en efecto, se iba a construir una autopista, causó en las personas modestas la impresión de que su forma de vida, como ellos la conocían, se terminaba, sin que ellos pudieran hacer nada para evitarlo. Las personas modestas, si bien pueden conocer la Ley de Bases del Medio Ambiente, jamás tendrán acceso a los recursos técnicos y logísticos que logró amasar la *Coordinadora No a Costanera Norte*, por el simple hecho de que su posición económica es desmejorada, y su acceso a redes es mínimo. Por ende, se debía haber dispuesto de un mecanismo que, más que pretender generar competencias en un grupo de 772 vecinos, nivelara poblaciones completas para

<sup>376</sup>Resolución Exenta 380/1999, anexo de Participación Ciudadana, opinión 31.

<sup>377</sup>VASCONI, P. y FARIÑA, L. (2005) Injusticia Ambiental y Desarrollo Urbano: El caso de la Autopista Acceso Sur a Santiago. En PIZARRO, R., director *Registro de Problemas Públicos*. Santiago de Chile: Terram Publicaciones, 21, pág. 24.

que ellas estuvieran en condiciones de participar. Esto puede tomar años, y no ha habido alguna iniciativa seria del gobierno en este sentido.

A esto se sumó el simple hecho de que las personas tenían acceso al Estudio de Impacto Ambiental, pero no a los proyectos de ingeniería de referencia que lo sustentaban. No sólo eso; no había quien fuera capaz de traducir el lenguaje altamente tecnificado de estos estudios previos a ciudadanos que, en muchos casos, ni siquiera tenían escolaridad completa. Por eso las personas no sabían cosas tan simples como dónde se construirían los cruces y los pasos peatonales, o, como más tarde se reveló esencial, que la resolución de calificación ambiental había impuesto a la sociedad concesionaria la obligación de instalar puentes mecano para el paso de la gente.

El 30 de junio de 1998 se adjudicó la concesión, comenzando la etapa de construcción. Ella tuvo como primera prioridad la construcción, lo más pronto posible, de la doble vía entre San Fernando y Talca. Sin embargo, el foco se trasladaría rápidamente al *by-pass* Rancagua y al Acceso Sur a Santiago. Para perfeccionar el diseño original, y solucionar los problemas que ya en ese momento comenzaban a presentarse, el MOP celebra con el concesionario el Convenio Complementario N° 2, aprobado por el Decreto Supremo MOP 4629/2000, que definió algunos cambios menores al trazado, estableció nuevos plazos y fijó nuevas condiciones económicas que mantendrían, en lo esencial, el equilibrio económico del contrato.

Las modificaciones al contrato fueron presentadas, de forma separada, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, siendo calificadas como ambientalmente favorables por la Resolución de Calificación Ambiental 022/2002 de la COREMA Región Metropolitana. Resulta ilustrativo ver que las observaciones, en la etapa de participación ciudadana, van en la línea de mayor delincuencia en la zona del proyecto, y, sobre todo, de falta de información. Ante esto, la respuesta de la COREMA es categórica.

El proyecto ya ha tenido dos procesos de Participación Ciudadana y distintas reuniones con los distintos actores afectados de alguna forma por el Proyecto. Es así como en la comuna de La Granja, además del Proceso de Participación Ciudadana se han efectuado reuniones con la Ilustre Municipalidad, con el Diputado Sr. Andrés Palma, con Comités Ecológicos, personas naturales y en general siempre el Ministerio ha tenido la mejor de las disposiciones para informar a la población de las actividades comprometidas en este proyecto. Además, como parte de la Resolución Exenta N° 380/1999, se realizarán cartillas de divulgación en los sectores involucrados previo al inicio de las faenas en ellos. Por último, el MOP implementará un fono 800 y una

oficina ambiental de la Inspección Técnica de Obras en terreno para la canalización de las distintas inquietudes sobre el proyecto<sup>378</sup>.

Una fuente importante de la mala comunicación entre el MOP y las personas, sobre todo, de La Pintana, era la desconfianza que existía entre los líderes vecinales de las verdaderas intenciones del MOP. Esta desconfianza se convirtió en una realidad cuando el MOP comenzó a renunciar a cautelar el cumplimiento de las normas medioambientales.

De acuerdo con las Bases de Licitación del proyecto, el Inspector Fiscal es quien tiene la función de vigilar que las medidas de mitigación ordenadas a través de una Resolución de Calificación Ambiental se cumplan. La multa, de acuerdo con el punto 1.6.8.1, tabla 0.3, que el Inspector Fiscal aplicará cuando las instrucciones que él dé respecto del cumplimiento de estas normas ambientales, es de 20 UTM por cada día que la concesionaria esté en una situación de incumplimiento, más 100 UTM por cada incumplimiento de las normas de manejo ambiental. Sin embargo, las normas ambientales fueron ignoradas, sin que la Inspección Fiscal hiciera algo para evitarlo.

Las sanciones que la Inspección Fiscal podría haber aplicado no estaban carentes de fundamento. La empresa asesora del Plan de Inspección Ambiental, que trabajaba para la Inspección Técnica de la Obra, EDIC Ingenieros, informó al Inspector Fiscal, en febrero, marzo y abril 2005, sobre la ausencia total de pasarelas de circulación peatonal, el incumplimiento de las medidas de mitigación ordenadas en las dos RCA ya citadas respecto de la emisión de material particulado y de contaminantes, así como del hecho que los trabajadores de la obra no tuvieran baños ni comedores, debiendo evacuar en casas vecinas y comer en el suelo. Todo esto siguió así durante varios meses.

No existe constancia, ni en Contraloría, ni en el propio MOP, de que se hayan aplicado sanciones a la concesionaria por estas infracciones, y ese es un punto en sí mismo que merece reproche. No sólo por el hecho de que no se cumpla la ley, o porque los Inspectores Fiscales hayan podido omitir el cumplimiento de la legislación vigente sin responsabilidad, sino porque los procedimientos sancionatorios no tienen mayor publicidad. Si bien la situación mejora en algo con la exigencia que impone la Ley 20.285, en el sentido de obligar al MOP a publicar los actos administrativos que afectan a terceros, la inexistencia orgánica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas hace que esta publicación se produzca en forma conjunta con la DGOP, sin una separación clara

---

<sup>378</sup>Resolución de Calificación Ambiental 022/2002 COREMA RM, sección de Ponderación a Observaciones, componente ambiental Socioeconómico y Cultural, observaciones «Falta de información» y «No se ha tomado en cuenta la opinión de los afectados».

entre qué corresponde a Concesiones y qué a otra dirección sectorial, y sin que existan normas claras respecto a la publicidad de las resoluciones que afectaron a terceros en tiempos pretéritos.

La presión sobre la concesión iba creciendo. Ya en ese entonces la oposición al Acceso Sur, por parte de la población afectada era enorme, y se comenzaba a hablar de la «catástrofe ambiental de Acceso Sur», mientras TERRAM se encargaba de la defensa de los pobladores. Es justo en este momento cuando el MOP presenta un informe a la COREMA RM sobre un hecho que aquí ya fue enunciado y que debió haber sido previsto por el propio MOP: el impacto ambiental no previsto causado por construir una zanja profunda de 29 metros de ancho en una franja fiscal de 30 metros.

Estos impactos ambientales consistieron en daños estructurales a los cimientos de las casas construidas al lado de Acceso Sur y no expropiadas; muros divisorios demasiado bajos por los cuales los ladrones podían escalar fácilmente para robar las casas contiguas a la obra, y, sobre todo, lo imposible que era para los vecinos pasar por franjas de acceso de centímetros de ancho, en circunstancias que el caer a la zanja significaba un serio riesgo para la salud. Todo esto estuvo acompañado por la absoluta falta de pasarelas, el negligente cumplimiento de las medidas ordenadas en las dos RCA citadas, la inexistencia de visitas y de toma de medidas por parte de los Inspectores Fiscales, y, en las fases finales, el incumplimiento de la propia concesionaria de medidas como la implementación de oficinas de información de la obra.

Esto trajo como consecuencia que la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas ordenara la suspensión inmediata de las faenas y propusiera nuevas medidas de mitigación a la COREMA respectiva. Todos estos impactos ambientales fueron recogidos en la Resolución 502/2005 COREMA RM, del 2 de noviembre de 2005, así como en las medidas de mitigación nuevas que se ordenaban. Sin embargo, la credibilidad de la institucionalidad ambiental completa, así como la de la normativa concesionadora, estaba por los suelos entre la población. La Municipalidad de La Pintana ni siquiera se pronunció sobre esta resolución, mientras que la postura de La Granja era otra.

Al respecto, el Municipio de La Granja informó, en lo sustantivo, que estaba en desacuerdo con las medidas planteadas considerándolas insuficientes, exigiendo que sean reforzadas. Asimismo, planteó la necesidad de paralizar las obras, rediseñar el proyecto y de incorporar medias adicionales, tales como nuevas expropiaciones.

Por otra parte, indican que este procedimiento se aparta de lo indicado en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, porque se requiere el ingreso de estas medidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por constituir una modificación de proyecto. Finalmente, indican una serie de aspectos que no habrían sido debidamente analizados y considerados por parte del Ministerio de Obras Públicas.

La COREMA metropolitana intenta justificar el no sometimiento de las medidas de mitigación adicionales al SEIA sobre la base de que los impactos ambientales habrían sido considerados por las RCA anteriores. Sin embargo, al parecer el MOP se dio cuenta en 2005 de lo disparatado que resultaba construir una zanja de 29 metros de ancho en una franja fiscal de 30 metros, con viviendas cuyos cimientos estaban a 1.5 metros de las zanjas.

Inmediatamente después de esto, el SEREMI Metropolitano de Salud, el día 23 de noviembre de 2005, ordena la apertura de un proceso sancionatorio contra el MOP por los graves y reiterados incumplimientos de las medidas de mitigación ordenadas en las dos RCA y verificados por los informes de gestión ambiental trimestral, en la comuna de La Granja. Si bien los incumplimientos se castigaron, la sanción aplicable al MOP, una amonestación, resulta cuando menos irrisoria.

Con la institucionalidad ambiental en un total descrédito, con una obra con serias deficiencias, y, sobre todo, ante la inexistencia de información clara, precisa y adecuada para el nivel cultural de los residentes, que sustituyera al temor, a la incertidumbre y a la duda, la ciudadanía se organizó para luchar contra el Acceso Sur a Santiago. Estas organizaciones no intentaron atacar jurídicamente al proyecto (como lo que ocurrió en Costanera Norte), sino que, en vez de eso, lo atacaban de otras maneras más simples pero no menos efectivas.

Los operarios debían construir en las peores condiciones imaginables, donde, a la falta de baños y comedores, se sumó la falta de ayuda por parte de los residentes y, en varias ocasiones, un aire irrespirable por la enorme cantidad de gas lacrimógeno, utilizado por Carabineros para dispersar a quienes intentaban detener la obra a punta de palos y piedras. Los operarios debían llegar y salir de la obra en buses escoltados por Carabineros, para precaverles de cualquier intento de parar la obra con barricadas. Esto, además, se sumó a la acción irresponsable de otros vecinos, quienes utilizaban partes que estaban construidas del Acceso Sur como vertederos, sin que ni la concesionaria, ni el Inspector Fiscal, hicieran nada para evitarlo, lo que trajo como consecuencia ratones y más problemas para la obra.

Todo esto causó, naturalmente, el atraso de la obra más allá de cualquier plazo que hubiere estado establecido en las Bases de Licitación, además de enormes sobrecostos para la empresa concesionaria, la que debía elegir entre pagar extra a sus operarios por trabajar en condiciones de guerra, o no tenerlos.

Es en estas condiciones, con la partida de Eduardo BITRÁN del Ministerio de Obras Públicas,

donde el MOP decide modificar el proyecto de Acceso Sur a Santiago a través del Convenio Complementario N° 7. En él se impone al concesionario la obligación de construir un colector de aguas lluvias, establece como nuevo plazo para la puesta en servicio provisoria del último tramo del Acceso Sur el día 24 de octubre de 2009, se regularizan una serie de obras adicionales que habían sido construidas mediante acuerdos Inspector Fiscal–concesionaria, y el MOP asume más de 1.400.000 UF de sobrecosto, el que debe pagar a la concesionaria en cuotas supeditadas al avance de las nuevas obras.

El Decreto Supremo 142/2008 MOP del 11 de febrero de 2008, que aprobó este Convenio Complementario, fue tomado de razón con alcance. La Contraloría General de la República, al respecto, señaló lo siguiente.

No obstante lo anterior, en atención al examen pormenorizado de los antecedentes acompañados y recabados de esa Secretaría de Estado [el MOP], y al número, naturaleza y entidad de las materias comprendidas en dicho convenio complementario, y a las épocas a las que corresponden, esta Entidad de Control cumple con hacer presente que la toma de razón es, desde luego, sin perjuicio de las auditorías que se estime del caso disponer sobre el particular.

Asimismo, estima necesario hacer notar que ese Ministerio debe adoptar, a la brevedad, las medidas necesarias para que las actuaciones desarrolladas en base a los artículos 19 y 20 del Decreto N° 900, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y su Reglamento, sean formalizadas conforme a las disposiciones pertinentes.

Además del colector de aguas lluvias, el Convenio Complementario N° 7 tiene dos puntos relevantes. Uno de ellos es la obligación de la concesionaria, con los dineros a indemnizar por el MOP, de financiar un estudio que determinara cuál iba a ser el costo de implementación de las medidas de mitigación ordenadas por la RCA, mientras que el otro fue la obligación, por parte de la concesionaria, de instalar una línea 800 de consultas. 277.000 UF de los sobrecostos fueron destinados, precisamente, a la ejecución de todas las medidas de mitigación solicitadas en las RCA respectivas.

Sin embargo, los problemas derivados de la falta de control en el cumplimiento del contrato, y, sobre todo, por una oposición violenta al proyecto, estaban lejos de terminar. El Informe de Auditoría encargado por la Contraloría, sobre el Convenio Complementario N° 7, señaló que el MOP no regularizó todas las obras que se habían construido mediante acuerdos bilaterales Inspector Fiscal-concesionaria, y que, bajo la visión del MOP, el pago a suma alzada de las obras adicionales

impedía cuestionar detalles sobre cómo ellas estaban siendo construidas, ya que la suma alzada, para el MOP, no sólo era un pago por la prestación del servicio, sino que una indemnización.

Lo que más llama la atención en la auditoría del Convenio Complementario N° 7 es la aseveración, por parte de los Inspectores Fiscales, de porcentajes de cumplimiento de las metas, sin documentación de respaldo, y sin que Contraloría, en su rol de control de fondos públicos, pueda acceder a ella.

En octubre de 2009, con un leve adelanto, se produjo la puesta en servicio provisoria del Acceso Sur a Santiago, y en marzo de 2010 se puso en marcha el servicio de forma definitiva. Sin embargo, el conflicto está lejos de terminar. En abril del presente año, se presentó una demanda de indemnización de perjuicios, invocando la responsabilidad del Estado por los daños causados, por un monto superior a los 1.600 millones de pesos. La batalla se trasladó a los tribunales, y se espera, continúe.

El caso del Acceso Sur a Santiago muestra, en suma, cómo las deficiencias en el proyecto y las fallas en el control del contrato pueden unirse con otras deficiencias del ordenamiento jurídico, como lo son las debilidades en la fiscalización de las medidas impuestas a través del SEIA y con la existencia de sanciones tan irrisorias como una amonestación, para generar un cóctel explosivo de incertidumbre y daño a las posibilidades del concesionario para invertir, incumplimiento de los plazos, y mala gestión de la concesión.

Este caso evidenció la debilidad de los mecanismos existentes para que el concesionario cumpla con las normas jurídicas, pero también, y de una forma mucho más dramática, la debilidad de los mecanismos que existen en el Derecho chileno para que el Estado cumpla con las mismas normas. A esto se sumó la ausencia total de una política de archivos coherente por parte de los inspectores fiscales que permitiera la revisión de sus operaciones; la falta total de responsabilidad de estos inspectores y la irresponsabilidad de quienes tomaron la decisión de expropiar una franja de terrenos claramente inferior a la necesaria.

De los cuatro casos examinados aquí, Acceso Sur es el único que muestra debilidades graves en el control del contrato de concesión entendido restrictivamente, y por eso, da pie además para pensar en una actuación discriminatoria del Estado, atendida la vulnerabilidad social de la población afectada. Las asociaciones público-privadas deben permitir a todos los actores participar, y claramente, la generación de competencias en un número reducido de personas, en un plazo de un mes, no es

suficiente para que las personas sepan los derechos que les asisten y cómo pueden intervenir en el proyecto, no para destruirlo, sino que para mejorarlo.

## **6.2. Propuestas de mejoría para el sistema de control del contrato de concesión. Conclusiones.**

Las experiencias anteriores, entre muchas otras, han aumentado la resistencia de las personas a la concesión e obras públicas, siendo que éste ha sido, en líneas generales, un sistema exitoso. No resulta posible concebir cómo Chile podría haber recortado su déficit en infraestructura en los años 90 sin las concesiones, de la manera en que lo hizo, y la inmensa mayoría de las concesiones ha funcionado bien. Sin embargo, lo ocurrido en los casos ya mencionados, sumado al fracaso de una concesión carcelaria<sup>379</sup>, justificaba una actualización de la legislación aplicable a las concesiones de obra pública, que fue representada por el nuevo modelo del ex-ministro BITRÁN.

El modelo anterior a la reforma de la Ley de Concesiones de Obras Públicas involucraba que las empresas concesionarias construyeran obras que se debían ceñir a las especificaciones establecidas en las Bases de Licitación, y los sistemas de control, basados en la existencia de un Inspector Fiscal más una Inspección Técnica de Obra, estaban ajustados a esta realidad. El modelo de la ley 20.410, pensando quizás en una solución a la indefinición de los proyectos, intentó introducir el concepto de *niveles de servicio*, los que debían ser mantenidos a lo largo de la explotación de la obra, para que quien asumiera el costo de actualizar y rediseñar la obra no fuera el Estado, sino que el concesionario. Esto trajo como consecuencia que la tan anhelada actualización de la ley resultara un completo fracaso.

El artículo primero transitorio de la ley 20.410 dio a los concesionarios un plazo para escoger entre la aplicación de la ley antigua y la ley nueva, y establecía, para este último caso, la adecuación de los contratos actuales a los nuevos niveles de servicio, algo que aparentemente podía ser fácil. Ningún concesionario aceptó, porque el modelo de niveles de servicio involucra cambiar profundamente la naturaleza de las obligaciones y el equilibrio económico de los contratos ya perfeccionados.

---

<sup>379</sup>Nos referimos al Grupo 2 del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, que hoy en día se encuentra aún en construcción y en manos del Estado.

El modelo de la ley 20.410 estaba acompañado por un nuevo modelo de control de las concesiones, que consistía en la Superintendencia de Obras Públicas, clave en este modelo. Este sería el órgano público que garantizaría que las concesiones cumplan con los niveles de servicio comprometidos en el contrato de concesión. El problema ocurre cuando ningún contrato de concesión que rige actualmente incorpora niveles de servicio, lo que vuelve inútil a la Superintendencia de Obras Públicas, en su encarnación actual. Por añadidura, la Superintendencia de Obras Públicas propuesta no innova en el mayor problema de la fiscalización: el conflicto de interés entre el fiscalizado y el fiscalizador, el que en ambos casos, es el MOP.

Si bien resulta fácil, como lo hace YÁÑEZ, achacar las fallas en el control de las concesiones a la inactividad de los inspectores fiscales, no podemos, desde un punto de vista jurídico, omitir el importante efecto que tiene la falta total de una institucionalidad que se encargue de las concesiones, la inexistencia de una regulación de las fases de planificación y preparación más allá de los procedimientos para presentar al sistema de concesiones iniciativas privadas, así como, y esto es lo más importante, la ausencia total de consecuencias jurídicas que tiene para el MOP infringir la ley, en la medida en que la infracción no perjudique a la sociedad concesionaria, dejando en la indefensión total a la ciudadanía.

Las debilidades en el control, como vemos, no están en la acción de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, compuesta de abnegados funcionarios que, con un notorio déficit de recursos respecto a lo que deberían percibir, tratan de hacer lo humanamente posible para asegurar el éxito del sistema de concesiones, con resultados notables. Como se ha visto a lo largo de este trabajo y, especialmente, en los casos examinados, las amplísimas facultades del Inspector Fiscal se ven anuladas por la ausencia total de certidumbre respecto a la asignación de recursos; la imposibilidad física que tiene la persona natural llamada Inspector Fiscal para ejercer tantas y tan variadas funciones en ausencia de una empresa asesora, los imponderables contractuales y la inestabilidad laboral de los Inspectores Fiscales. Por ello, es injusto echarle a ellos la culpa de las debilidades del control en las concesiones.

Las fallas tampoco están en las sociedades concesionarias. El Derecho se diferencia de las normas morales precisamente en la facultad de imperio que ellas conllevan, asociadas a la imposición de una sanción, por lo que es natural que ante la falta de una situación normativa donde el cumplimiento de las normas del contrato esté garantizado, se produzcan comportamientos oportunistas tanto por parte del concesionario como por el lado del Ministerio de Obras Públicas, su contraparte

asociada. Además, las sociedades concesionarias han sido injustamente culpadas de cobrar tarifas excesivas y de hacer obras que pasan por encima de los ciudadanos, cuando el diseño de tales obras y los términos económicos que permiten cobrar esas tarifas han sido cuando menos aprobados por el MOP.

La falla principal en el esquema de concesiones de obras públicas, como está diseñado en Chile, es la falta de una concepción de las concesiones basada en el principio de control, y el no considerar apropiadamente al tercer actor clave en toda asociación público-privada, que es la ciudadanía. Es en base a la colaboración con la ciudadanía, que va a ser impactada por el proyecto, que será posible construir relaciones de largo aliento con una empresa privada, con niveles bajos de riesgo. Es en base al cumplimiento de las normas contractuales, ya no sólo de parte de la concesionaria respecto del MOP, sino de ambos, respecto de la ciudadanía, que va a ser posible el éxito de una verdadera asociación público-privada. Y esto sólo es posible recogiendo el principio de control de las actuaciones del Estado en el contrato de concesión de forma integral.

### **6.2.1. Propuesta institucional. Superintendencia de Obras Públicas.**

El proyecto de ley 6366-09, que crea la Superintendencia de Obras Públicas, fue iniciado por la, entonces, presidenta Michelle Bachelet mediante un mensaje presentado al Senado el 9 de diciembre de 2008. Este proyecto fue diseñado por el ex-ministro Eduardo BITRÁN y modificado por el ex-ministro Sergio Bitar, quien redujo notablemente la independencia de esta Superintendencia<sup>380</sup>.

La idea que hay detrás de la creación de una Superintendencia de Obras Públicas es «separar el rol de control de la construcción y explotación de la obra pública –que quedará radicado en el Ministerio de Obras Públicas– del rol de fiscalización de los niveles de servicio explícitos de la misma, en la fase de explotación, radicado en dicha Superintendencia». Este fin no se logra cuando Sergio Bitar somete a esta Superintendencia de Obras Públicas a la supervigilancia del MOP, como aparece en el primer artículo del proyecto.

Artículo 1°. *Naturaleza.* La Superintendencia de Obras Públicas es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido

<sup>380</sup>El proyecto del ex-ministro BITRÁN, boletín 5304-09, establecía que la Superintendencia de Obras Públicas dependería del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esto cambia absolutamente el sentido de muchas instituciones aquí expuestas, convirtiendo los mecanismos de consulta en verdaderos mecanismos de supervisión del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción sobre el Ministerio de Obras Públicas. Aparte de esto, los boletines 6366-09 y 5304-09 son esencialmente idénticos, aun en su mensaje.

a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas.

La Superintendencia constituye una institución fiscalizadora en los términos del D.L. N° 3.551, de 1981, y está regida por el Sistema de Alta Dirección Pública de la ley N° 19.882.

Su domicilio será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las oficinas regionales que pueda establecer el Superintendente en otras ciudades del país.

La Superintendencia de Obras Públicas completaría, en teoría, el modelo introducido con la ley 20.410, al ser un organismo relativamente independiente que fiscalizará que los niveles de servicio comprometidos en las obras públicas sean cumplidos, con funciones anexas de defensa de los usuarios del servicio, circunscritas a la etapa de explotación y al mantenimiento de los niveles de servicio de la obra.

El Superintendente es un funcionario que, si bien es designado de acuerdo con los mecanismos de la Ley 19.882, es de exclusiva confianza del Presidente de la República, por lo que puede ser libremente removido por éste, por ejemplo, si no actúa de conformidad a la política oficial de obras públicas. Esto aparece así en el artículo 37° del proyecto.

*Artículo 37°. Superintendente de Obras Públicas.* El Superintendente de Obras Públicas será un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, designado por éste como jefe superior de servicio, con el título de Superintendente, conforme al procedimiento establecido en la ley N° 19.882.

La Superintendencia de Obras Públicas aparece acompañada por un Consejo consultivo, que, en buena medida, duplica el Consejo de Concesiones de la ley 20.410, y cuya única función es la emisión de opiniones previas y no vinculantes sobre ciertas materias. La más relevante de estas materias es el informe que, según el proyecto, la Superintendencia de Obras Públicas debería emitir antes de la aprobación de las Bases de Licitación para una obra específica, que contendría los niveles de servicio a fiscalizar.

Los informes de la Superintendencia son públicos, lo que debería servir, a primera vista, a la ciudadanía para enterarse de los proyectos a ser licitados. Sin embargo, la información pública que el organismo de marras debe rendir tiene relación única y exclusivamente con los niveles de servicio de la obra, despreciando cualquier otra consideración ambiental o ciudadana del proyecto.

Una primera lectura del proyecto de ley de la Superintendencia de Obras Públicas indica que este organismo no busca intervenir en el proceso de gestión de las obras públicas, sino que representa

un mecanismo de control paralelo basado en los niveles de servicio de las obras. Sin embargo, varias de sus atribuciones inciden directamente en el control del contrato, como se puede ver en los siguientes artículos del proyecto.

Artículo 27°. *Sanciones aplicables a los concesionarios.* Las multas que se establezcan en el contrato de concesión en relación con el incumplimiento de los niveles de servicio durante su etapa de explotación, serán aplicadas por la Superintendencia, en la forma y por los montos que expresamente el contrato establezca. Respecto de las multas, el concesionario tendrá derecho a recurrir al mecanismo a que se refiere el artículo 36° de la Ley de Concesiones.

Tratándose de infracciones o incumplimientos graves establecidos como tales en el contrato de concesión, la Superintendencia recomendará al Ministerio que solicite la declaración de incumplimiento grave de conformidad al artículo 28° de la Ley de Concesiones.

Artículo 31°. *Facultad de impartir órdenes e instrucciones.* La Superintendencia podrá impartir órdenes e instrucciones a los prestadores para que éstos adopten las medidas necesarias para el mantenimiento y cumplimiento de los niveles de servicio comprometidos de las obras públicas, así como para asegurar el ejercicio de los derechos de los usuarios y, en general, para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Artículo 32°. *Facultad de interpretación.* Corresponde a la Superintendencia aplicar e interpretar administrativamente las disposiciones legales y reglamentarias por cuyo cumplimiento le corresponde velar, e impartir instrucciones de carácter general a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización.

La concepción detrás de la Superintendencia de Obras Públicas permitía a los usuarios reclamar ante ella ante eventuales disminuciones de los niveles de servicio prestado. Esta función de defensa de los usuarios se sumaba a la realización de estudios sobre la asignación, a las obras públicas, de niveles de servicio apropiados, y a la facultad de solicitar toda la información relativa a los niveles de servicio al MOP y al privado contratista o concesionario, según el caso.

Las atribuciones de esta Superintendencia son amplias, pero su ejercicio está totalmente sujeto a que la obra pública a construir tenga niveles de servicio definidos en el acto administrativo que la autoriza, o en el contrato mediante el cual se construye. Por eso, este organismo es absolutamente inútil cuando no existen tales niveles de servicio. Al depender del Ministerio de Obras Públicas, la acción de supervisión, aplicación directa de sanciones al contratista y de interpretación del contrato se superpone directamente con la función del Inspector Fiscal.

El concepto mismo de *niveles de servicio*, así como su inclusión en un contrato, es algo que puede resultar cuestionable. Las autopistas, en este sentido, no presentan muchos problemas para la

construcción de este concepto. Sin embargo, a medida que aumenta la complejidad de la obra a construir en concesión, el nivel de servicio se vuelve cada vez más difícil de definir, abriendo un frente potencial para el aumento de los litigios en las concesiones de obras públicas, esto, por mucho que la Superintendencia de Obras Públicas tenga una unidad técnica abocada exclusivamente al estudio de estos indicadores<sup>381</sup>.

El cambio de los contratos existentes, y la transformación de ellos en contratos regidos por niveles de servicio, involucra en todos los casos un cambio sustancial en las condiciones contractuales que se tuvieron en vista al momento de adjudicar la concesión, que hace más gravoso su cumplimiento. Por eso, tanto el cambio propiamente tal de los contratos para acomodar la lógica de los niveles de servicio, como la fijación misma de estos niveles, conlleva un mayor costo de cumplimiento que deberá ser compensado por el Estado, si se pretende mantener el principio de equilibrio económico del contrato. Este hecho fundamental no fue considerado en la ley 20.410, y fue el causante directo de que ningún concesionario actual aceptara para sí la aplicación de la nueva Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Contra lo que nos gustaría pensar, la propuesta de una Superintendencia de Obras Públicas no es un intento de reformular el esquema de control del cumplimiento del contrato de concesión de obra pública que ya existe, sino que es un mero mecanismo de fiscalización del cumplimiento de niveles de servicio, algo que, al ser cierto lo expuesto anteriormente, pone en tela de juicio la supervivencia del mismo proyecto, al depender directamente de cambios fundamentales en los contratos de concesión.

Además, la Superintendencia, como bien lo apunta DOMPER en la historia de tramitación del proyecto de ley, no resuelve los conflictos de interés entre quien encarga la obra y quien la fiscaliza. El Superintendente de Obras Públicas es un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República, lo que significa que, aunque sea electo bajo el mecanismo de la Alta Dirección Pública, puede ser removido directamente por el gobierno de turno.

---

<sup>381</sup>En una cárcel, así como en un hospital, una forma de hacer esto puede ser dividir la gestión de cada uno de los servicios comprometidos en las Bases de Licitación, y establecer indicadores de desempeño para cada uno de ellos, que tienen que ser cumplidos por la concesionaria. Sin embargo, esto plantea dificultades enormes cuando se trata de concesiones de establecimientos educacionales. Las Bases de Licitación pueden establecer requisitos de avance de los colegios concesionados en pruebas estandarizadas, cuyo contenido es fijado por el Ministerio de Educación, y ligarlos a los niveles de servicio exigidos. Sin embargo, la modificación del contenido de estas pruebas para hacerlas más o menos exigentes puede ser vista como un acto arbitrario por parte de la Administración que puede llegar a alterar el equilibrio económico del contrato, condenando a los contratos de concesiones educacionales a permanentes litigios.

Debido a todo lo anterior, el proyecto de la Superintendencia de Obras Públicas es un proyecto sin destino. El último reporte en este proyecto recae en el Diario de Sesiones del Senado del día 5 de mayo de 2009, cuando el proyecto es aprobado en general en el Senado. La discusión no ha continuado desde entonces, y hoy el destino de la susodicha Superintendencia se encuentra en las manos de la Unidad de Coordinación y Fiscalización de la Dirección General de Obras Públicas, habiéndole sido encargado el estudio del proyecto el presente año.

Es incierto si un nuevo intento por implementar la Superintendencia de Obras Públicas se centrará en realizar una reforma integral al sistema de control del contrato de concesión, o, por el contrario, se concentrará en la supervisión de los niveles de servicio de contratos que no los tienen.

### **6.2.2. Propuesta propia.**

Ante las debilidades expuestas, tanto por los casos que aquí exponemos, como por la doctrina jurídico-administrativa de avanzada, creemos que una reforma a las instituciones encargadas de la concesión de obras públicas debe partir, necesariamente, del principio de control.

El control del contrato de concesión de obras públicas, como hemos visto a lo largo de todo este trabajo, no consiste en la mera supervisión del cumplimiento de los términos contractuales por parte de un Inspector Fiscal, de una Superintendencia, o por un organismo regulatorio independiente, sino que va muchísimo más allá, tanto en lo referente a las propias instituciones encargadas de cumplir dicha función, como en el establecimiento de garantías procedimentales que vayan en beneficio de los ciudadanos, que vayan más allá del contrato perfeccionado y protejan a la ciudadanía donde más ella lo necesita, que es en la etapa de planificación y preparación de las concesiones.

Este modelo no es para nada nuevo; el profesor CORDERO lo adelanta en esta brillante cita.

Estas cláusulas, tan habituales en materia ambiental (mejor tecnología disponible), social (política sanitaria), económica (empresa eficiente), son cláusulas receptorias, que por lo general combinan elementos sustantivos y procedimentales, y los procedimientos, para su concreción, deben incorporarse justamente por la importancia creciente de los ámbitos sectoriales de referencia en que operan. Precisamente, los importantes ámbitos en que estas cláusulas existen no se regulan adecuadamente si no es a través de la *procedimentalización de las estructuras que sirven para la concreción de los supuestos de hecho de las normas*, lo que exige controlarlas, considerando el protagonismo de las nuevas reglas.

Así, entonces, el mayor grado de la precisión legal exige determinados tipos y estructuras de los procedimientos que permitan operacionalizar la política pública pretendida y que garantiza su control. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procedimientos y controles ofrecen garantías suficientes de que el proceso de concreción de la inicialmente vaga regulación legal se llevará a cabo de manera especialmente diligente y en condiciones de imparcialidad y no discriminación respecto de los distintos niveles implicados. La actividad legislativa y la de aplicación de la ley son entendidas de este modo, como partes de un mismo circuito directivo en el que los procedimientos administrativos, de control y jurisdiccionales tienen la función de compensar la indeterminación de la ley<sup>382</sup>.

Este principio, que el profesor CORDERO aplica respecto de las cláusulas recepticias, es aplicable donde sea que exista una esfera de discrecionalidad de la Administración. La procedimentalización de la decisión administrativa, la inserción en ella de una serie de etapas en donde los particulares pueden obtener una tutela a sus derechos fundamentales y activar, de ser necesario, los mecanismos de control, transforma las decisiones arbitrarias, a los ojos de las personas, en discrecionales, guardando los principios de la Administración del Estado y respetando la Constitución.

Por esto, es necesario ir dos pasos antes de la tan encomiada Ley de Concesiones de Obras Públicas, y procedimentalizar no sólo la presentación de iniciativas privadas al sistema de concesiones, sino que la propia decisión de concesionar. Ello permitirá tres cosas interesantes.

1. Permitirá que la ciudadanía se imponga de la cartera de proyectos que van a ser estudiados, haciendo posible la comunicación temprana entre el MOP y la comunidad, la eliminación de los focos de conflicto, y la prevención de despilfarro de recursos públicos, al estudiarse sólo aquellas alternativas de proyecto que causan un impacto menor a la ciudadanía. Todo esto beneficia al Estado, al gastarse menos dinero público y gastarse de forma mucho más eficiente.
2. Hará posible que la ciudadanía pueda presentar sus proyectos, los que podrán ser analizados por el MOP y ejecutados. Con esto, el sistema de concesiones será una forma viable de mejorar la calidad de vida de las personas, con lo que se evitará que la ciudadanía vea una amenaza en el sistema de concesiones, y hará posible que ella se comprometa con proyectos, comprometiéndola a su vez con ellos y fortaleciendo su rol como un asociado más en la participación público-privada propuesta.

---

<sup>382</sup>CORDERO (2007b) *El Control de la Administración del Estado*, pág. 13. El énfasis es mío.

3. Protegerá al concesionario de los riesgos que involucra una oposición tardía al proyecto, de los sobrecostos y atrasos que generan las modificaciones arbitrarias a proyectos mal diseñados, y mejorará el clima de inversión, permitiendo tasas de retorno más estables y, sobre todo, tasas de interés más bajas para lograr el financiamiento. Con esto, el inversor también se beneficia.

El procedimiento de concesión debe pasar, de las tres fases que son reguladas en la Ley de Concesiones, a comprender las cinco fases aquí expuestas, que son, además de las etapas de licitación, construcción y explotación, las de *planificación* y *preparación* de los proyectos concesionados.

La fase de planificación comienza con la decisión de concesionar, que es una decisión que comienza en las esferas políticas. Esta decisión está parcialmente regulada con la publicidad de las sesiones del Consejo de Concesiones, que asesora al Ministro de Obras Públicas sobre el destino de la política de concesiones. Sin embargo, existen una serie de puntos, algunos de ellos puestos de relevancia por SILVA, que no pueden dejar de tocarse.

1. El procedimiento de presentación de iniciativas privadas, en el caso de un privado que desea realizar un proyecto, debe ser mejorado y fortalecido.
  - a) Deben introducirse plazos fatales de resolución, que permitirán dar certeza al sistema.
  - b) Estos plazos fatales deben, necesariamente, ir acompañados del *silencio administrativo positivo*, para permitir a los privados el desarrollo de estudios sin que la lentitud del Estado los detenga. El Estado aún podrá detener los proyectos una vez se obtenga por esta vía la Declaración de Interés Público, pero deberá compensar el costo de los estudios realizados, lo que opera como una verdadera sanción que aumenta la seriedad del sistema.
2. Deben regularse situaciones adicionales a aquella en la que un privado, con interés en adjudicarse la concesión del proyecto, presenta una iniciativa privada.
  - a) Las organizaciones sociales deben poder proponer al Estado la realización de proyectos a través del sistema de concesiones de obra pública. La idea es que esto genere un verdadero sistema de *obras de iniciativa pública previa instancia particular*, donde las obligaciones del proponente se restrinjan a demostrar someramente la conveniencia

social del proyecto –algo que una organización social, como una junta de vecinos, sí está en condiciones de hacer–, no se asigne premio alguno por el proyecto en una eventual licitación, al no estar la organización social capacitada para construir y operar la obra concesionada, y los estudios más acabados sean realizados por el MOP.

- b) Debe abandonarse el esquema de contratos de mandato, para que los servicios públicos presenten, de una forma análoga a la anterior, proyectos a la consideración del MOP. En este caso, la realización de los estudios quedará a cargo del MOP y los servicios abandonarán toda potestad sobre el proyecto en la etapa de construcción, estando limitada su injerencia a la prestación de los servicios en la fase de explotación.

Luego de que se obtiene la Declaración de Interés Público, comienza la etapa de preparación, que terminará con la aprobación de las Bases de Licitación. La Declaración de Interés Público será el fundamento administrativo que servirá de base para el inicio de la etapa de precalificación. Los estudios preexistentes serán la base que tendrán los futuros licitantes para precalificarse, mejorando el acceso a la información en esta etapa. La procedimentalización de la etapa de preparación de los proyectos debe contener, a lo menos, lo siguiente:

1. La regulación definida de los estudios que se realizarán. Un proyecto concesionado requiere, en su fase de preparación, de un Estudio de Factibilidad, de un Estudio Referencial de Impacto Ambiental, del Proyecto Referencial de Ingeniería de Detalle y de una Evaluación de Rentabilidad Social<sup>383</sup>. Mediante la consagración en la ley de estos cuatro estudios, como consecuencia de una decisión administrativa llamada Declaración de Interés Público, y como parte de un procedimiento administrativo, los intereses de todos son resguardados de mejor forma.
  - a) El control del cumplimiento de los contratos que rigen estos estudios debe ser asignado a la Superintendencia de Obras Públicas, que es el organismo de control independiente que se propone.
  - b) No existe razón para que estos estudios sean secretos. Lo peor que puede pasar es que los concesionarios que presentan iniciativas privadas al sistema pierdan su ventaja, algo

---

<sup>383</sup>La Evaluación de Rentabilidad Social ya ha sido consagrada como requisito previo para la licitación con la ley 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social.

que no es tan fácil que suceda, dado que la presentación de las iniciativas privadas precede la Declaración de Interés Público, que, como ya hemos dicho, sería el comienzo de este procedimiento.

2. El consagrar en la Ley de Concesiones de Obras Públicas que todos los proyectos, salvo una decisión fundada necesariamente en el no cumplimiento de las condiciones de la Ley de Bases del Medio Ambiente, deberán ser presentados al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, mediante un Estudio de Impacto Ambiental, por el MOP. Junto con ello, se debería:
  - a) Establecer la obligatoriedad de publicar esta decisión en un diario de circulación nacional.
  - b) En los casos en que el proyecto efectivamente no cumpla con los requisitos de la LBMA para someterse al SEIA (como sucedería, por ejemplo, en las concesiones que tienen por objeto la conservación y operación de una obra pública ya construida), someter, como caso excepcional, el proyecto a una participación ciudadana condicionada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 *bis* de la LBMA.
3. Dejar claro que la licitación de la obra concesionada sólo podrá proceder cuando se hayan realizado los cuatro estudios ya señalados, se haya presentado el proyecto al SEIA y se haya obtenido una RCA que califique al proyecto como ambientalmente favorable.

La fase de licitación debe incorporar una reforma legal que establezca explícitamente la aplicación supletoria, en lo referente a los contratos de concesión de obras públicas, de la LBCASyPS. Ello no sólo ayudará a los licitantes, quienes tendrán claro que podrán siempre impugnar la licitación ante el Tribunal de la Contratación Pública, si ella no es adjudicada de acuerdo con los estándares que señalan las Bases, sino que permitirá excluir de las licitaciones de concesiones de obras a los licitantes condenados por prácticas antisindicales, algo que es posible con la ley actual, pero que no se hace.

Esta procedimentalización de las tres primeras etapas de las concesiones de obra pública, que trae grandes ganancias en certeza jurídica a los licitantes y reducidos costos económicos, debe venir acompañada por una serie de reformas a la orgánica concesionadora.

1. Creación de la Dirección de Concesiones. Ella debe tener un *status* orgánico definido, una dependencia clara del Director General de Obras Públicas, las capacidades técnicas para poder actuar en forma efectiva, y, sobre todo, funcionarios que sean capaces de actuar administrativamente.
  - a) Es necesario, para esto, que se reforme en tal sentido la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Ello debe venir acompañado por la creación de los cargos necesarios en la planta funcionaria para acomodar el nuevo personal.
  - b) La descentralización de algunas partes de la orgánica concesionadora, particularmente de las áreas de estudio de proyecto, es una buena idea. Sin embargo, se debe mantener, al menos en este punto, una lógica centralista en la toma de decisiones respecto a realizar o no proyectos.
  - c) La dotación actual y la estructura orgánica del Consejo de Concesiones deben mantenerse, así como la posibilidad del Director de Concesiones, hoy, Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, de reorganizar a voluntad a su personal. Es más; debe poder hacerlo directamente, sin depender de resoluciones del DGOP.
  - d) El régimen laboral de los funcionarios debe ser normalizado. Como mínimo, ellos deben ser funcionarios públicos de pleno derecho, y, si ellos van a asumir responsabilidad administrativa por el ejercicio de sus labores, ella debe conllevar estabilidad laboral, multas fuertes en caso de que renuncien a fiscalizar, acompañadas de un procedimiento contradictorio para hacer valer esta responsabilidad administrativa.
  - e) El sistema de contabilidad de la Dirección de Concesiones debe ser integrado al sistema de contabilidad general de la nación. Los pasivos contraídos como parte de un contrato de concesión de obra pública deben ser contabilizados como tales, como por lo demás lo exigen las normas contables internacionales.
  - f) La política de archivos debe ser centralizada. No es suficiente con que cada concesión tenga un sistema de archivos; los datos de todas las concesiones deben poder ser almacenados en el MOP, y la divulgación de información confidencial debe poder ser sancionada con cárcel.
  - g) Las vacaciones, permisos, beneficios laborales, así como la jubilación, de los funcionarios de la Dirección, debe ser análoga al resto de los funcionarios públicos del MOP.

2. Inspector Fiscal. Su rol se debe mantener, restringiéndose un poco. A pesar de que el Inspector Fiscal no fiscaliza, él cumple otra labor tanto o más importante que la fiscalización: la de establecer canales fluidos de comunicación Estado-concesionario que parten de una relación de jerarquía, esencial para el control interno del Estado respecto del concesionario.

a) El Inspector Fiscal pasa a ser un *delegado de gobierno*, que representa al MOP ante el concesionario.

b) La potestad de control arranca de las manos del MOP. Sin embargo, el Inspector Fiscal debe poder proponer la aplicación de sanciones al ente encargado del ejercicio de las potestades fiscalizadoras sobre el contrato, de acuerdo con la política del gobierno y priorizando la construcción de la obra, tal y como sucede hoy en día.

3. Superintendencia de Obras Públicas. El rol de este organismo no puede ser el fiscalizar que un «nivel de servicio» se mantenga, sino que es el de vigilar que el contrato se cumpla. Este debe ser un servicio independiente, en lo posible, con un director elegido por personal que no tenga relación con el poder político, con un directorio nominado por el Tribunal de la Libre Competencia o por un órgano de análoga independencia, con patrimonio propio<sup>384</sup>, y con responsabilidad política directa (no ante el Presidente, sino ante el Parlamento). Debe tener la capacidad para:

a) Fiscalizar el cumplimiento del contrato de concesión y de todos sus contratos anexos de forma autónoma, así como los contratos de obra pública.

1) El proceso de las concesiones de obra pública no sólo está formado por el contrato mismo de concesión y por la subcontratación de la construcción a empresas constructoras; también lo componen ingentes cantidades de contratos de prestación de servicios. La Superintendencia de Obras Públicas debe poder fiscalizarlos todos de manera integral, de acuerdo con el fin al que se afectan, y no de acuerdo con su naturaleza jurídica.

2) La Superintendencia debe estar en condiciones prácticas de realizar por sí misma las labores de las Asesorías a las Inspecciones Fiscales. Para esto, debe contemplar

---

<sup>384</sup>Para ver más detalles sobre cómo estaría estructurada orgánicamente una Superintendencia de Obras Públicas ideal, véase GUASCH, J. L. (2005) *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. 1.<sup>a</sup> edición. Barcelona, España: Antoni Bosch, ISBN 84-95348-15-2, págs. 168-172

un equipo especializado, con alta capacidad técnica, y, sobre todo, que tenga una base regional y no centralizada.

- b) Aceptar la proposición de sanciones por parte del Inspector Fiscal, por aquellas conductas que atenten contra el avance de la obra e infrinjan los contratos respectivos.
  - c) Investigar las violaciones contractuales, y preparar los casos a llevar ante el tribunal especializado.
4. Tribunal especializado permanente. Las concesiones deben estar sujetas a una jurisdicción especializada, que no tiene por qué ser diferente para cada concesión. Un tribunal de 6 miembros, en 2 salas de 3, estable, y con sueldos pagados por mitades entre el MOP y las concesionarias en conjunto, basta para conocer de las controversias de todas las concesiones. La idea es que este tribunal:
- a) Sea nombrado a través de un mecanismo que garantice la imparcialidad del tribunal. Dos posibles procedimientos para esto son:
    - 1) Que todos los ministros sean nombrados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de una lista de expertos preseleccionados por concurso público.
    - 2) De una forma análoga a la que existía antes de la ley 20.410, asegurar que cada sala va a estar compuesta por un ministro nombrado por las concesionarias, otro por el Estado, y un tercero por un experto seleccionado bajo condiciones análogas a las expuestas en el primer punto, de común acuerdo entre las concesionarias y el Estado.
  - b) Tenga costos reducidos para las partes, esto, para dar al concesionario la posibilidad de defenderse aún ante la aplicación de sanciones menores y materializar su derecho a defensa y a bilateralidad de la audiencia.
  - c) Tenga un procedimiento de rápido conocimiento, para resolver sobre las infracciones contractuales.
  - d) Pueda cambiar a un procedimiento de lato conocimiento, para resolver sobre situaciones que involucren una modificación del equilibrio económico del contrato. Este procedimiento necesariamente debe incorporar la consulta al Panel de Expertos. La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato debe, en todo caso, poder ser resuelta aquí.

- e) Pueda, sólo en este último caso, resolver aún contra derecho vigente, de forma análoga a las comisiones conciliadoras anteriores a la ley 20.410. Esto, para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando hay contratos mal diseñados. La tentación de renegociaciones constantes se frena a través de normas de admisibilidad, como el requerir, para invocar el procedimiento de lato conocimiento, de la demostración de hechos asociados a la alteración del equilibrio.

Todo esto no sirve de nada si no se asegura la posibilidad de participar por parte de la ciudadanía, cuando tenga la posibilidad de hacerlo. El caso de Acceso Sur a Santiago es un ejemplo de cómo la etapa de participación ciudadana puede volverse completamente inútil cuando quienes participan no están dotados de conocimientos técnicos, y simplemente no comprenden qué sugerencias pueden hacer o qué cosas pueden hacer notar al proyecto.

Para que exista un proceso de participación ciudadana significativo no basta con que el MOP publique en el Diario Oficial un aviso, redactado en un lenguaje técnico, que dé aviso de la ejecución de un proyecto; es necesario que el MOP se comunique con las comunidades afectadas. Para lograr esto, y así lograr que las comunidades, efectivamente, sean capaces de retroalimentar los proyectos concesionados con sus ideas, deben otorgársele facultades a la Superintendencia del Medio Ambiente para el fortalecimiento y la capacitación en procedimientos ambientales a las organizaciones ciudadanas.

Todo esto debe estar a cargo de una agencia permanente, que puede ser o no parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, y que desarrolle talleres en las comunidades, que sean de largo aliento. Esto puede, además, asociarse a los Fondos de Fortalecimiento de la Sociedad Civil, introducidos con la Ley de Bases de la Participación Ciudadana.



La concesión de las obras públicas debe siempre ser una herramienta que esté disponible para los poderes públicos. Como herramienta jurídica, mantiene la titularidad de los bienes concedidos en manos públicas y sujeta la prestación de servicios a una serie de cargas, lo que la hace superior a la privatización pura y simple de los activos del Estado. Sin embargo, su devenir es mucho más susceptible que el de los servicios privatizados a las carencias en el control del Estado, y por eso,

es necesaria para mejorar su gestión, así como la del resto del aparato público, una reforma integral del Estado, que mejore las capacidades de gestión, centralice algunas potestades y evite la violación sistemática del derecho por parte del aparato público.

El sistema de concesiones ha sido, en líneas generales, exitoso para nuestro país, si bien tiene algunas fallas. Es complejo aventurar la reacción de las personas que aplican el sistema ante las reformas que aquí exponemos, pero confiamos en que éstas, a lo menos, resuelven parte de los problemas expuestos. El futuro de las concesiones de obras públicas tiene muchos desafíos por delante, y muchos peligros, sobre todo, con la próxima concesión de los establecimientos educacionales. Sin embargo, una regulación clara y una determinación precisa de las responsabilidades por parte de todos sus actores hará posible que el sistema dé más éxitos a nuestro país y tenga menos tropiezos en lo sucesivo.

# Abreviaturas.

AIF	Asesoría a la Inspección Fiscal.
BTCAIF	Resolución 61/2011 DGOP, aprueba las Bases Tipo para Contratos de Asesorías a la Inspección Fiscal en Contratos de Obras Públicas Concesionadas.
CCOP	Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.
CONAMA	Comisión Nacional del Medio Ambiente.
COREMA	Comisión Regional del Medio Ambiente.
COT	Código Orgánico de Tribunales.
DGOP	Dirección General de Obras Públicas.
DIA	Declaración de Impacto Ambiental.
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica.
EIA	Estudio de Impacto Ambiental.
ICSARA	Informe Consolidado de las Solicitudes de Aclaración, Rectificación o Ampliación, aplicable respecto de un Estudio o de una Declaración de Impacto Ambiental.
LBCASyPS	Ley 19.886, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
LBMA	Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente.
LBPA	Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos.
LBPC	Ley 20.500, de Bases de la Participación Ciudadana.
LCOP	DFL 164/1991 MOP, modificado por la Ley 20.410; Ley de Concesiones de Obras Públicas.
LGUC	DFL 458/1976 MINVU, Ley General de Urbanismo y Construcciones.
LOAFE	D.L. 1.263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.
LOCBGAE	Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

LOCCGR	Ley 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República.
LOCGAR	Ley 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.
MOP	Ministerio de Obras Públicas.
OGUC	D.S. 46/1992 MINVU, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
PSD	Puesta en Servicio Definitiva de las obras, o de un tramo de las mismas.
PSP	Puesta en Servicio Provisoria de las obras, o de un tramo de las mismas.
RCA	Resolución de Calificación Ambiental.
RCTC	D.S. 48/1994 MOP, Reglamento de Contratación de Trabajos de Consultoría del Ministerio de Obras Públicas.
RICAp	Rol de Ingreso a Corte de Apelaciones.
RICSup	Rol de Ingreso a Corte Suprema.
RLBCASyPS	D.S. 250/2004 MOP, Reglamento de la Ley 19.886, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
RLCOP	D.S. 956/1997 MOP, modificado por el D.S. 215/2010 MOP, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental.
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
STCP	Sentencia del Tribunal de la Contratación Pública.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

# Bibliografía.

1. AGARWALA-ROGERS, R. Y ROGERS, E. (1980): *La comunicación en las organizaciones*. 1.<sup>a</sup> edición. México: McGraw Hill.
2. AGÜERO, C. (1990): *Sobre el principio de subsidiariedad del Estado en materia económica*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
3. ANSARI, S. (2004): *Systems Theory and Management Control*. Teaching note [En línea] (<http://faculty.darden.virginia.edu/ansaris/systems%20theory%20and%20mcs-tn.pdf>).
4. ARENAS, A. Y BERNER, H. (2010): *Presupuesto por resultados y la consolidación del sistema de evaluación y control de gestión del gobierno central*. Dirección de Presupuestos [En línea] ([http://www.dipres.cl/572/articles-60578\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/572/articles-60578_doc_pdf.pdf)).
5. BADILLO, Á. Y MARENGHI, P. (2001): De la democracia mediática a la democracia electrónica. En Cuadernos de Información y Comunicación, 1, Nr. 6, págs. 39–61 [En línea] (<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=93500604>).
6. BASSOLS COMA, M. (1978): Los principios del estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución. En GARRIDO, F., DIRECTOR: *Organización y régimen jurídico de la Administración Pública en la Constitución*. [En línea] ([http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978\\_087\\_133.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978_087_133.PDF)), págs. 133–159.
7. BERMÚDEZ SOTO, J. (2010): El estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? En Revista de Derecho, 23, Nr. 1, págs. 103–123 [En línea] (<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art05.pdf>).
8. BITRÁN, E. Y VILLENA, M. (2010): El nuevo desafío de las concesiones de obra pública en Chile: hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. En Estudios Públicos, verano 2010, Nr. 117, págs. 175–217 [En línea] ([http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4599\\_2748/rev117\\_bitran.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4599_2748/rev117_bitran.pdf)).
9. CÁMARA DE DIPUTADOS (2008): *Informe de la Comisión Especial Investigadora del proceso de concesiones carcelarias*. Valparaíso, Chile [En línea] (<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN>).
10. CARMONA, C. (2005a): *Unidad IV: Las formas de actuación de la Administración. El acto administrativo*. Apuntes de clase.
11. CARMONA, C. (2005b): *Unidad V: El principio de legalidad*. Apuntes de clase.

12. CARMONA, C. (2005c): *Unidad VI: El principio de control. El control externo, jurídico y no jurisdiccional de la Administración*. Apuntes de clase.
13. CARMONA, C. (2005d): *Unidad VI: El principio de control. La dimensión activa*. Apuntes de clase.
14. CARTES, F., DOÑA, J. Y ROJAS, J. (2007): *Informe Final de Evaluación: Programa Administración Sistema de Concesiones*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.dipres.cl/574/articles-31756\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.cl/574/articles-31756_doc_pdf.pdf)).
15. CAZOR ALISTE, K. (2002): *Sumisión a Derecho de Los Actos y Disposiciones Del Presidente de La República, La*. Universidad Central de Chile, ISBN 956-713-442-1.
16. CEA, J. L. (1999): *Teoría del Gobierno: Derecho Chileno y Comparado*. 1.ª edición. Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 280, ISBN 956-140-502-4.
17. COLEGIO DE CONTADORES DE CHILE (1998): *Boletín Técnico 67: Contabilización de los contratos de concesiones de obras públicas*. Santiago de Chile [En línea] (<http://www.sii.cl/pagina/actualizada/contadores/boletin67.htm>).
18. COMPOSTO, A. (2004): *Manual de Contabilidad para Abogados*. 2.ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
19. CONSEJO DE AUDITORÍA INTERNA GENERAL DE GOBIERNO (s.a.): *Sitio Internet*. Santiago de Chile [En línea] (<http://www.auditoriainternadegobierno.cl/>).
20. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009a): *Informe Final de Auditoría 10/2009, al Convenio Complementario 7 que modifica el contrato de la Concesión Internacional Ruta 5, Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago*. Santiago de Chile.
21. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009b): *Informe Final de Auditoría 25/2009, a la obra pública concesionada Centro de Justicia de Santiago*. Santiago de Chile.
22. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2010a): *Informe Final de Auditoría 126/2009, Ministerio de Justicia*. Santiago de Chile.
23. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2010b): *Informe Final de Auditoría 9/2010, Ministerio de Justicia*. Santiago de Chile.
24. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (1998): *Bases de Licitación: Concesión Internacional Ruta 5: Tramo Santiago-Talca y Acceso Sur a Santiago*. Santiago de Chile, Febrero 1998.
25. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (1999): *Bases de Licitación: Concesión Internacional Sistema Oriente-Poniente*. Santiago de Chile, Julio 1999.
26. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2000): *Bases de Licitación: Sistema Américo Vespucio Sur Ruta 78 - Grecia*. Santiago de Chile, Septiembre 2000.
27. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003a): *Bases de Licitación: Centro de Justicia de Santiago*. Santiago de Chile, Agosto 2003.

28. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2003b): *Bases de Licitación: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3: Establecimientos Penitenciarios Santiago 1, Región Metropolitana; Valdivia, X Región; Puerto Montt, X Región*. Santiago de Chile, Diciembre 2003.
29. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2004): *Bases de Licitación: Concesión Variante Vespucio - El Salto - Kennedy*. Santiago de Chile, Agosto 2004.
30. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2007): *Bases de Licitación: Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación*. Santiago de Chile, Diciembre 2007.
31. COORDINACIÓN DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS (2010): *Balance de Gestión Integral*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.dipres.gob.cl/574/articles-75309\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/574/articles-75309_doc_pdf.pdf)).
32. CORDERO, L. (2007a): Control de gestión y por resultados en el Derecho Administrativo. En *Revista de Derecho Administrativo*, año 1, Nr. 1, págs. 23–38.
33. CORDERO, L. (2007b): *El Control de la Administración del Estado*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: LexisNexis, pág. 202, ISBN 978–956–237–118–6.
34. CORDERO, L. (2010): La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. En *Anuario de Derecho Público*, 1, Nr. 1, págs. 165–188.
35. CORREA, I. (2002): *Manual de Licitaciones Públicas*. Santiago de Chile, Diciembre 2002 [En línea] (<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/11865/manual21.pdf>).
36. CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. (2006): *La República en Chile: Teoría y Práctica Del Constitucionalismo Republicano*. 3.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones LOM, ISBN 956–282–868–9.
37. CRUZ VILLALÓN, P. (1989): Formación y evolución de los Derechos Fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, Nr. 25, pág. 35.
38. ENGEL, E., FISCHER, R. Y GALETOVIC, A. (2000): El programa chileno de concesiones de infraestructura: Evaluación, experiencias y perspectivas. En LARRAÍN, F. Y VERGARA, R., DIRECTORES: *La transformación económica de Chile*. Centro de Estudios Públicos [En línea] ([http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_3260\\_1613/06\\_engel\\_fischer\\_galetovic.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3260_1613/06_engel_fischer_galetovic.pdf)). – Capítulo 6.
39. ENGEL, E., FISCHER, R. Y GALETOVIC, A. (2003): Privatizing highways in Latin America: Is it possible to fix what went wrong? En *Economía*, 4, Nr. 1, págs. 129–164 [En línea] (<http://muse.jhu.edu/journals/economia/v004/4.1engel.pdf>).
40. ENGEL, E. *et al.* (2009): La renegociación de concesiones en Chile. En *Estudios Públicos*, verano 2009, Nr. 113, págs. 151–206 [En línea] ([http://www.cepchile.cl/dms/archivo\\_4342\\_2434/rev113\\_engel\\_otros.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4342_2434/rev113_engel_otros.pdf)).
41. FELSINGER, K. Y MIRANDA, J.; ASIAN DEVELOPMENT BANK, DIRECTOR (2004): *Public-Private Partnership Handbook*. Mandaluyong City, Philippines: Asian Development Bank [En línea] (<http://www.adb.org/Documents/Handbooks/Public-Private-Partnership/Public-Private-Partnership.pdf>).

42. FERNANDOIS, A. (2006): *Derecho Constitucional Económico*. 2.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, ISBN 956-14-0841-4.
43. FIGUEROA VALDES, J. E. (2003): *Resolución de Controversias en la Ley de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago de Chile: Centro de Arbitraje y Mediación [En línea] ([http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/35\\_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20bras%20Publicas.doc](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/35_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20bras%20Publicas.doc)).
44. FIGUEROA VALDES, J. E. (2009): *El arbitraje en los contratos de concesión de obras públicas en Chile. Incorporación de los “dispute boards” o “paneles técnicos o de expertos”*. Santiago de Chile: Centro de Arbitraje y Mediación [En línea] ([http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/El\\_Arbit.\\_en\\_ctos.\\_Concesiones\\_\(DRB\).doc](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/El_Arbit._en_ctos._Concesiones_(DRB).doc)).
45. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN (2009): *Auditoria Externa: un análisis sistemático y crítico de la compañía*. Internet [En línea] (<http://www.gestionyadministracion.com/auditoria/auditoria-externa.html>).
46. GHISOLFO, F. (2001): *La evaluación socioeconómica de concesiones de infraestructura de transporte: caso Túnel El Melón - Chile*. Santiago de Chile: CEPAL [En línea] (<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/6539/LCL1505-P-E.pdf>).
47. GOBIERNO DE CHILE (1974): *Declaración de principios del Gobierno Militar*. Santiago de Chile [En línea] ([http://www.archivochile.com/Dictadura\\_militar/doc\\_jm\\_gob\\_pino8/DMdocjm0005.pdf](http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf)).
48. GONZÁLEZ, J. A. (1965): La idea de Constitución en Karl Loewenstein. En *Revista de Estudios Políticos*, 139, pág. 73 [En línea] ([https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0209/2/material\\_alumnos/objeto/47163](https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0209/2/material_alumnos/objeto/47163)).
49. GREVE, C. Y HODGE, G. (2009): PPPs: The passage of time permits a sober reflection. En *Journal Compilation of the Institute of Economic Affairs*, March 2009, págs. 33-39 [En línea] (<http://www.cbs.dk/content/download/159237/2079587/file/Economic%20Affairs%202009%20Hodge%20Greve%20PPPs.pdf>).
50. GUASCH, J. L. (2005): *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*. 1.<sup>a</sup> edición. Barcelona, España: Antoni Bosch, ISBN 84-95348-15-2.
51. HALPERIN, M., SIEGLE, J. Y WEINSTEIN, M. (2005): *The Democracy Advantage: How democracies promote prosperity and peace*. Open Society Institute [En línea] ([http://www.soros.org/initiatives/washington/articles\\_publications/publications/halperin\\_20041217/ch1.pdf](http://www.soros.org/initiatives/washington/articles_publications/publications/halperin_20041217/ch1.pdf)).
52. HEMMINGS, R. (2006): Public-Private Partnerships. En *Realizing the Potential for Profitable Investment in Africa*. International Monetary Fund [En línea] (<http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/rppia/pdf/hemmin.pdf>).
53. INSTITUTO LATINOAMERICANO DE CIENCIAS FISCALIZADORAS (1981): *Manual Latinoamericano de Auditoria Profesional en el Sector Público*. 3.<sup>a</sup> edición. , 383 páginas [En línea] (<http://www.asofis.org.mx/novedades/manual%20olacefs.pdf>).
54. JIMÉNEZ, P. (1996): *Control de Gestión*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Editorial Conosur.

55. JUNTA DE VECINOS MARIO BAEZA (2002): La defensa del Barrio Bellavista contra Costanera Norte. En *Tercer Concurso Internacional Somos Patrimonio*. Convenio Andrés Bello.
56. LOEWENSTEIN, K. (1961): *Teoría de La Constitución*. Editorial Ariel.
57. MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (2003): *Sistema de Concesiones en Chile: 1990-2003*. Santiago de Chile: Gobierno de Chile [En línea] (<http://www.mop.cl/CentrodeDocumentacion/Documents/Concesiones/Sistema%20de%20Concesiones%20en%20Chile%201990-2003.pdf>).
58. MIRAFTAB, F. (2004): Public-Private Partnerships: the Trojan Horse of neoliberal development? En *Journal of Planning Education and Research*, 1, Nr. 24, págs. 89–101 [En línea] (<http://www.urban.uiuc.edu/faculty/miraftab/miraftab/trojan%20horse.pdf>).
59. MONCADA, B. (2003): Autoritarismo y participación: el pensamiento político de Jaime Guzmán. En *Anuario Filosófico*, 35, Nr. 75, págs. 473–486 [En línea] (<http://hdl.handle.net/10171/102>).
60. MORAGA, C. (2010): *Contratación Administrativa*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pág. 319, ISBN 978–956–101–786–3.
61. MORANDÉ, F. (2009): Concesiones de obras públicas: aspectos institucionales. En DOMPER, M., DIRECTOR: *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978–956–718–332–6. – Capítulo 2.1.
62. PALAVECINO, C. (2000): La contratación a honorarios en la Administración Pública: El Estado como fuente de empleo precario. En *Revista Laboral Chilena*, julio, Nr. 7, págs. 75–81.
63. PANTOJA, R. (2006a): *Del principio de legalidad al principio de juridicidad*. Apuntes de clase.
64. PANTOJA, R. (2006b): *El principio de control*. Apuntes de clase.
65. PANTOJA, R. (2006c): *Principio de Justiciabilidad: La Administración sometida a la justicia*. Apuntes de clase.
66. PAU VILLARINO, M. (2009): Superintendencia de Obras Públicas: una cuestión de certezas. En DOMPER, M., DIRECTOR: *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978–956–718–332–6. – Capítulo 2.4.
67. PÍO XI (1931): *Quadragesimo Anno: Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica*. Ciudad del Vaticano: La Santa Sede [En línea] ([http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html)).
68. QUIROZ, S. (2007): *El control administrativo en el Derecho Municipal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile.
69. RAMIREZ, J. A. (2010): *Concesiones de Obras Públicas*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: AbeledoPerrot Legal Publishing, ISBN 978–956–238–886–3.

70. RAMÍREZ, M. L. (2009): Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. En *Vniversitas*, 1, Nr. 118, págs. 273–291 [En línea] ([http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/11-Consideracionesalafigura\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/11-Consideracionesalafigura_000.pdf)).
71. RAMÍREZ, P. (2009): Los errores del MOP en Vespucio Sur que costarán 25 millones de dólares. En *CIPER*, 20 de febrero, págs. 1–16 [En línea] (<http://ciperchile.cl/2009/02/20/los-errores-del-mop-en-vespucio-sur-que-costaran-25-millones-de-dolares/>).
72. ROMÁN CORDERO, C. (2007): El Poder “In-Ejecutivo” (el deber constitucional del Presidente de la República de ejecutar la ley y su infracción). En *Revista de Derecho*, 1, Nr. 70, págs. 337–358.
73. RUFÍAN, D. (1999): *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, ISBN 956–289–005–8.
74. RUFÍAN, D. (2002): *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social [En línea] (<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/9751/sgp16.pdf>).
75. RUIZ-TAGLE, P. (2008): Una Contraloría General de la República al servicio de todos los chilenos. En *Revista de Derecho Público*, 1, Nr. 70, págs. 150–170.
76. SÁNCHEZ, J. M. Y SEEBACH, C. (2009): La iniciativa privada. En DOMPER, M., DIRECTOR: *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.<sup>a</sup> edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978–956–718–332–6. – Capítulo 2.5.
77. SANDOVAL, A. (2001): *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción [En línea] (<http://www.alop.org.mx/sites/default/files/desc.pdf>).
78. SANDOVAL, J. Y MEDINA, J. (2005): *Trabajadores del Sector Público contratados a honorarios: comentario de un caso*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile., pág. 79 [En línea] (<http://biblioteca.uct.cl/tesis/javier-medina-jorge-sandoval/tesis.pdf>).
79. SASTRE, F. (2002): *La empresa es su resultado: el beneficio editorial y la contabilidad del conocimiento*. Tesis Doctoral, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, España, [En línea] (<http://www.eumed.net/tesis/2006/flsp/>).
80. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN METROPOLITANA (s.a.a): *Expediente de Evaluación de Impacto Ambiental: Acceso Sur a Santiago*. Santiago de Chile [En línea] ([http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=1629](http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=1629)).
81. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN METROPOLITANA (s.a.b): *Expediente de Evaluación de Impacto Ambiental: Proyecto Alternativo Costanera Norte*. Santiago de Chile [En línea] ([http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id\\_expediente=3931&idExpediente=3931&modo=ficha](http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3931&idExpediente=3931&modo=ficha)).

82. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN METROPOLITANA (s.a.c): *Expediente de Evaluación de Impacto Ambiental: Sistema Américo Vespucio Sur (Ruta 78 - Av. Grecia)*. Santiago de Chile [En línea] ([http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id\\_expediente=3452659](http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=3452659)).
83. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN METROPOLITANA (s.a.d): *Expediente de Evaluación de Impacto Ambiental: Sistema Oriente-Poniente (Costanera Norte)*. Santiago de Chile [En línea] ([http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id\\_expediente=1041&idExpediente=1041&modo=ficha](http://seia.sea.gob.cl/seia-web/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=1041&idExpediente=1041&modo=ficha)).
84. SILVA, M. L. (2009): Desafíos pendientes en materia regulatoria. En DOMPER, M., DIRECTOR: *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978-956-718-332-6. – Capítulo 2.3.
85. SILVA CIMMA, E. Y VERDUGO, A. (1994): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Control Público*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, ISBN 956-101-069-0.
86. SILVA IRARRÁZAVAL, L. (2005): Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. En *Estudios Constitucionales*, 1, Nr. 1, págs. 283-304.
87. SOCIEDAD CONCESIONARIA B.A.S. S.A (2005): *Reglamento de servicio de la obra: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1*. Santiago de Chile, , 785 páginas.
88. SOCIEDAD CONCESIONARIA CONEXIÓN LAS REJAS S.A (2008): *Reglamento de servicio de la obra: Conexión Vial Av. Suiza - Las Rejas*. Santiago de Chile, , 42 páginas.
89. SOTO KLOSS, E. (1996): *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
90. VASCONI, P. Y FARIÑA, L. (2005): Injusticia Ambiental y Desarrollo Urbano: El caso de la Autopista Acceso Sur a Santiago. En PIZARRO, R., DIRECTOR: *Registro de Problemas Públicos*. Santiago de Chile: Terram Publicaciones, 21.
91. VIÑUELA, M. (2007): El contrato de concesión de obra pública: una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo. En *Revista de Derecho Administrativo*, 1, Nr. 1, págs. 39-70.
92. YÁÑEZ, R. (2006): Informe especial. Concesiones de Obras Públicas: reformulación del modelo y el riesgo político. En *Ideas para Chile*, 17, Nr. 163, págs. 1-36 [En línea] ([http://www.institutolibertad.cl/ie\\_163\\_concesiones.pdf](http://www.institutolibertad.cl/ie_163_concesiones.pdf)).
93. YÁÑEZ, R. (2009): La discusión en torno a las modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. En DOMPER, M., DIRECTOR: *Concesiones: Agenda para el 2020*. 1.ª edición. Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo, ISBN 978-956-718-332-6. – Capítulo 2.2.
94. ZÚÑIGA, F. (2001): Controles de la potestad legal y reglamentaria. En *Ius et Praxis*, 7, Nr. 2, págs. 105-178 [En línea] ([http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200007&script=sci_arttext)).

# Índice de normativa consultada.

**Constitución Política de la República.** Decreto N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

**Código Civil.** Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2000 del Ministerio de Justicia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

**Código de Procedimiento Civil.** Ley 1.552 que aprueba el Código de Procedimiento Civil.

**Código de Comercio.**

**Código Orgánico de Tribunales.** Ley 7.421 que aprueba el Código Orgánico de Tribunales.

**D.F.L. 5.200/1929 MINEDUC.** Ley orgánica de la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos.

**Ley 10.336.** Decreto N° 2.421/1964 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

**Ley 15.840.** Decreto con Fuerza de Ley N° 850/1997 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206/1960, del mismo Ministerio, sobre construcción y conservación de caminos.

**D.F.L. 456/1976 Vivienda.** Aprueba Ley General de Urbanismo y Construcciones.

**Decreto Ley 1.263.** Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

**Ley 18.045.** Sobre Mercado de Valores.

**Ley 18.046.** Sobre Sociedades Anónimas.

**Ley 18.575.** Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653/2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

**Ley 18.603.** Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.

- Ley 18.695.** Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- Estatuto Administrativo.** Decreto con Fuerza de Ley N° 29 de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, aprobado por la Ley N° 18.834.
- Ley 18.845.** Establece sistemas de microcopia o micrograbación de documentos.
- Ley 18.918.** Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
- Ley 19.175.** Decreto con Fuerza de Ley 1-19.175/2005 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.
- D.F.L. 161/1991 MOP.** Decreto 900/1996 MOP, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 161/1991 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Ley 19.300.** Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley 19.418.** Sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias.
- Ley 19.640.** Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
- Ley 19.862.** Establece registros de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos.
- Ley 19.880.** Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
- Ley 19.882.** Regula nueva política de personal a funcionarios públicos que indica.
- Ley 19.886.** Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
- Ley 20.285.** Sobre transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.
- Ley 20.410.** Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.
- Ley 20.417.** Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley 20.447.** Introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la Ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política de la República.
- Ley 20.500.** Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.
- Ley 20.530.** Crea el Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica.
- Decreto 721/1980 MINEDUC.** Crea Comisión de Selección para los efectos de descarte de documentos oficiales.

- Decreto 680/1990 Interior.** Aprueba instrucciones para el establecimiento de Oficinas de Información para el público usuario en la Administración del Estado.
- Decreto 15/1992 MOP.** Deroga Decreto MOP N° 1340, de 1965 y sus modificaciones posteriores y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas.
- Decreto 47/1992 Vivienda.** Fija nuevo texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
- Decreto 292/1993 Justicia.** Estatuto tipo al cual pueden ceñirse las organizaciones no gubernamentales de desarrollo.
- Decreto 48/1994 MOP.** Aprueba Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría.
- Decreto 12/1997 SEGPRES.** Crea el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.
- Decreto 30/1997 SEGPRES.** Decreto 95/2008 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que modifica el Decreto Supremo N° 30/1997, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y, en su artículo 2°, fija su texto refundido, coordinado y sistematizado.
- Decreto 956/1997 MOP.** Reglamento del D.F.L. MOP N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Decreto 65/2001 SEGPRES.** Crea Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.
- Decreto 25/2004 Hacienda.** Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
- Decreto 215/2010 MOP.** Introduce modificaciones al D. S. N° 956, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Resolución 549/1995 DGOP.** Créase el cargo funcional de Coordinador del Departamento de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas.
- Resolución 2020/2006 DGOP.** Deja sin efecto resoluciones que indica y crea con carácter de funcional la Dirección de Concesiones de Obras Públicas.
- Resolución 3014/2006 DGOP.** Modifica Resolución (exenta) 2020/2006 DGOP de fecha 4 de julio de 2006 y cambia el nombre a Coordinación de Concesiones de Obras Públicas.
- Resolución 4391/2010 DGOP.** Establece Organización Interna Funcional de la Dirección General de Obras Públicas.
- Resolución 48/2009 DGOP.** Resolución 258/2009 DGOP, que modifica Resolución DGOP N°48, de 2009, sobre Bases Administrativas para Contratos de Obras Públicas, Construcción y Conservación, y Fija texto refundido de la citada Resolución DGOP N° 48, y sus modificaciones.
- Resolución 61/2011 DGOP.** Deja sin efecto las Resoluciones DGOP N°165 de fecha 6 de Octubre de 2010 que Aprueba Bases Tipo de Licitación para Asesoría a las Inspecciones Fiscales en Etapa de Construcción y, N° 226 de fecha 29 de noviembre de 2010, N° 001 de 7 de enero de 2011, N° 34 de 20 de enero de 2011, N°38 de 2 de febrero de 2011 y N° 52 de 23 de marzo de 2011, que, Aprueban formato tipo de Bases para Contratos de Asesoría a la

Inspección Fiscal para Contratos de Obras Públicas Concesionadas y, Aprueba formato tipo de Bases para Contratos de Asesorías a la Inspección Fiscal para Contratos de Obras Públicas Concesionadas.

**Resolución 394/2011 DGOP.** Modifica resolución DGOP exenta N° 4391 de 2010 sobre Organización Interna Funcional de la Dirección General de Obras Públicas.