

TEMAS de DERECHO
ADMINISTRATIVO

*Estudios sobre el régimen
jurídico de las asociaciones
público-privadas*

*José Luis Benavides
Compilador*

4

Universidad
Externado
de Colombia

Temas de derecho administrativo n.º 4

Estudios sobre el régimen jurídico
de las asociaciones público-privadas

José Luis Benavides
Compilador

**Estudios sobre el régimen
jurídico de las asociaciones
público-privadas**

Universidad Externado de Colombia

Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas / Alexandra Baquero Neira [y otros] ; compilador José Luis Benavides.-- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

137 páginas ; 21 cm. -- (Temas de derecho administrativo ; 4)

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587722079

1. Derecho administrativo -- Colombia 2. Contratos administrativos -- Jurisprudencia -- Colombia 3. Responsabilidad administrativa -- Jurisprudencia -- Colombia 4. Administración pública -- Jurisprudencia -- Colombia 5. Contratos públicos -- Aspectos jurídicos -- Colombia 6. I. Benavides, José Luis, compilador II. Baquero Neira, Alexandra III. Universidad Externado de Colombia. IV. Serie

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Noviembre de 2014

ISBN 978-958-772-207-9

© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

Presentación	9
La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales <i>Alexandra Baquero Neira</i>	17
Supervisión y control en las asociaciones público-privadas <i>Mónica Sofía Safar Díaz</i>	35
Los criterios ecológicos como factores de selección del contratista en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública <i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	49
Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado? <i>Juan Carlos Covilla Martínez</i>	77
¿Hace falta una ley de asociaciones público-privadas en Chile? <i>Claudio Moraga Klenner</i>	105
Los autores	135

¿HACE FALTA UNA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN CHILE?

CLAUDIO MORAGA KLENNER

A. UN BUEN PUNTO DE PARTIDA

A propósito de la pregunta del título de este trabajo, pareciera necesario, antes que todo, expresar que no es que consideremos que en Chile no existe una verdadera ley de asociaciones público-privadas. No obstante, en algunos medios académicos extranjeros se presenta el caso chileno como uno de aquellos en que se ha legislado sobre esa materia. Por ello, en la actualidad ratificamos la inexistencia de una ley de esa clase, como sí existe, por ejemplo, en Perú, Colombia o México.

¿Por qué razón, entonces, se presenta el caso chileno como de aquellos que sirven para comparar experiencias en materia de asociaciones público-privadas?

La respuesta a esta interrogante está dada por el desarrollo que ha presentado el país en materia de infraestructura y bienes públicos, a partir de unas pocas y dispersas leyes, de entre las cuales es posible mencionar la Ley de Concesiones de Obras Públicas (cuyo texto refundido y coordinado se contiene en el Decreto Supremo (MOP) 900, de 1996), que ha servido como un instrumento o mecanismo de solución de pasivos públicos (infraestructuras públicas) a nivel nacional y regional. Las otras leyes que deben ser mencionadas son

la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que faculta a estas corporaciones comunales el otorgamiento de concesiones sobre bienes municipales o nacionales de uso público; la Ley 19.712, Ley del Deporte, que faculta dar en concesión instalaciones del Instituto Nacional de Deportes para construir, administrar, usar y gozar recintos deportivos; la Ley 19.865, de Financiamiento Urbano Compartido, que se promulgó con la idea de transformarla en un instrumento tan valioso como la Ley de Concesiones, tipificando los "contrato de participación"; y las demás leyes de concesiones de servicios públicos, *v.gr.* la Ley General de Servicios Sanitarios (DFL 382, de 1988), la Ley de Servicios de Gas (DFL 323, de 1931), la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL 4/20.018, de 2006) y la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 18.168), por mencionar algunas.

Pero, ¿quiere decir lo anterior que en Chile no se han hecho experiencias de asociaciones público-privadas?

Se conoce de experiencias de este tipo, algunas ya ejecutadas y otras en estudio. Sin embargo, para ello no se ha hecho necesaria (todavía) una verdadera ley de asociaciones público-privadas, puesto que se ha utilizado como marco jurídico habilitante las leyes que actualmente rigen a la Administración del Estado. Pasemos revista a alguno de esos casos especiales.

Caso I, actualmente en estudio por parte de las autoridades concernidas: nos referimos a dos casos especiales, que no se encuentran concretizados, pero que las autoridades están estudiando para verificar si es posible hacerlo. El primero dice relación con la intención de entregar a particulares la gestión de espacios públicos en barrios o vecindarios completos. Se trata de un proyecto que estaría diseñando la Municipalidad de Recoleta, en la ciudad de Santiago, y que busca verificar la factibilidad de usar, a través de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, el sistema concesional para dar a los privados interesados la gestión integral de espacios públicos y barrios de la comuna ("Plan

Maestro Barrio Patronato”)¹. Como segundo ejemplo, traemos a colación el anuncio hecho por las autoridades nacionales de estar estudiando la posibilidad de que los privados se hagan cargo de la conservación de las vías urbanas, a través de una modalidad concesional, puesto que el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo tiene certeza de que las reparaciones que emprende el Estado o las autoridades locales dentro de las ciudades son generalmente tardías, lo que hace que tengan un costo hasta seis veces superior al de mantener esas mismas vías llevando a cabo acciones de diagnóstico y reparación temprana².

Caso 2, proyecto materializado y en pleno funcionamiento: el caso más paradigmático es el de la Clínica Cordillera de la Solidaridad (2007), una clínica que en su origen fue privada, pero más tarde comprada por la Municipalidad de Las Condes, en la ciudad de Santiago, sobre la que se montó un modelo de negocio especial: una vez adquirida la clínica, la Municipalidad procedió a darla en concesión (previa licitación pública), con el encargo al empresario (una sociedad especializada en salud) de operar esa clínica por un plazo de 40 años, aportar equipamiento, experiencia y recursos, y hacer un pago anual a la municipalidad, que no se soluciona en dinero, sino con prestaciones de salud. La clínica ha operado con normalidad y bajo un directorio cuya integración es dual: el alcalde de Las Condes, el director de Desarrollo Comunitario de esa municipalidad, el director médico de la clínica, el gerente general del establecimiento y un representante del concesionario³.

1 Cfr. LUIS EDUARDO BRESCIANI. *Concesiones: hacia la equidad y calidad urbana*, en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, p. 203.

2 Noticia aparecida en *El Mercurio* de Santiago, 26 de septiembre de 2012, C, p. 6.

3 Extraído de FRANCISCO DE LA MAZA. *Acceso a salud de calidad a través de un inédito modelo de concesión y gestión público-privado*, en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, p. 307-317.

La clínica trabaja con unas tarifas máximas que están definidas en el contrato de concesión, y que se aplican diferenciadamente distinguiendo a los pacientes según si cuentan o no con seguro de salud privado o están afiliados al Fondo Nacional de Salud (salud pública). Por lo mismo, el valor final de la prestación de salud se paga en una parte por el seguro del propio paciente y en otra parte con recursos propios de este; pero, tratándose de personas de menores recursos, pueden optar por una tercera fuente de financiamiento, que es un subsidio municipal, de ser necesario.

Las mismas autoridades municipales que implementaron este modelo han declarado que el modelo es exitoso en una triple dimensión: *la del mercado*, ya que creó una oferta de servicios de salud, de buena calidad y asequible al público, donde antes no existía⁴; *la social*, en cuanto los excedentes del negocio se reutilizan en el mismo proyecto y el pago anual de la concesionaria a la municipalidad sirve para atender a las personas más desprotegidas del lugar; y *la política*, pues el alcalde puede afirmar que su programa ha sido cumplido, en cuanto dentro de la comuna ya no existen listas de personas que deben esperar para ser beneficiarios de prestaciones de salud⁵.

Ahora bien, si se analiza cuál fue la base jurídica sobre la que se actuó, se concluye que esta es muy poco densa. Se trata de los artículos 4 y 8 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. El artículo 4, literal b, prescribe:

Las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Adminis-

4 Ibid., p. 217.

5 El caso de la Clínica Cordillera de la Solidaridad no es capaz por sí solo de explicar un resultado electoral; no obstante, hacemos ver que el alcalde de la Municipalidad de Las Condes, bajo cuya administración se estableció este modelo público-privado de gestión de salud, fue reelegido, el 28 de octubre de 2012, con una amplia mayoría para un nuevo período de 4 años al mando de la alcaldía.

tración del Estado, funciones relacionadas con: (...)b) La salud pública y la protección del medio ambiente.

Y el artículo 8, incisos 3.º y 4.º, reza:

Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán (...) otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título. (...) La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública.

B. LA CONSTITUCIÓN JUSTIFICA PLANTEARSE EL ESTUDIO DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO UNA MODALIDAD INSTITUCIONAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES, TAREAS Y COMETIDOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 1.º, inciso 3.º CPR prescribe:

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.

¿Cómo se alcanza aquello? El Estado no siempre lo sabe, no obstante contar, a veces, incluso con suficientes medios y recursos. Es que es un verdadero contrasentido que en más de alguna ocasión se cuente con medios y recursos públicos, pero el Estado no puede fijar, definir o determinar la manera como ellos deben ser aplicados en la consecución del propósito o fin específico para el cual se han otorgado a la Administración.

Sin embargo, concretizar el artículo 1.º, inciso 3.º constitucional es la *ratio essendi* del Estado chileno, que por el

momento cumple básicamente proveyendo a la población directamente bienes públicos, o garantizando que terceros lo hagan, bajo un escenario de acceso universal y de no discriminación arbitraria; *v.gr.*: facilitar la circulación de personas, bienes y servicios, dar o asegurar educación, cultura, salud, promover esparcimiento y recreación, asegurar el desarrollo de la persona en su vida habitual (familiar, laboral, educacional).

En efecto, ahora ya no desde la perspectiva jurídico-constitucional, sino poniendo el acento en una visión legal-funcional, al analizar la interrelación de los sectores públicos y privados como productores de bienes públicos y servicios de interés general, se aprecian en términos generales los siguientes ámbitos de actuación aplicados en el caso chileno.

1) Área publicada con posición monopólica de Administración. En esta área actúan esencialmente los “servicios públicos”, entendidos como órganos administrativos, es decir que integran organizacionalmente la Administración del Estado y que se crean para el cumplimiento de la función de gobierno y administrativa que cabe al Presidente de la República, cuya misión específica es hacerse cargo de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Para efectos de ello, los servicios públicos deben aplicar las políticas, planes y programas que elaboran los respectivos ministerios (arts. 1 y 28 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado [LOCBGAE]). La posición monopólica que detentan estos organismos administrativos, al excluirse la participación de los particulares en las funciones legalmente propias de los primeros, es causada o justificada por la circunstancia de que se ejerce poder público; mismo que la Carta Fundamental y el legislador orgánico constitucional de la Administración del Estado prohíbe que sea detentado por los privados (arts. 5.º constitucional y 6 LOCBGAE).

2) Área publicada, en que Administración debe actuar, directamente, o a través de la colaboración de los particulares.

Este es un campo de actividades, donde por ley incumbe a la Administración su desarrollo y cobertura. Sin embargo, como aquí no se supone que existirá ejercicio de una potestad pública, el Legislador ha dejado espacio para que el sector privado colabore. Tales son las áreas ejemplares que representan las concesiones ferroviarias y portuarias, las concesiones de obras públicas y las concesiones municipales. La condición necesaria para dar cabida a esos privados en la producción de bienes públicos y en la prestación de servicios de interés general, cuyo cumplimiento preferente se ha entregado por ley a la Administración, está precisamente en la necesaria autorización o habilitación que debe conferir la ley para que la actividad de que se trate pueda ser desplegada por esa Administración⁶, a través de la acción de un particular, que acepta colaborar con aquella en dicho cometido. Es por ello que en todos los casos específicos que se han mencionado más arriba, las respectivas leyes conceden expresamente tal forma indirecta de cumplimiento de cometidos públicos.

3) Área de productos o servicios de interés colectivo, en régimen de competencia. En esta área sobresalen los servicios de televisión de libre recepción (art. 19 n.º 12, inc. 5 CPR), la educación y la salud. En dicha área actúan, además de las organizaciones administrativas, representadas, por ejemplo, por el canal público de televisión (TVN) o la Universidad de Chile, otras empresas privadas a las que la Constitución Política de la República reservó un ámbito especial de actividad dedicada a la prestación de servicios sociales. En el caso de la televisión, la Constitución establece: "El Estado, aquellas universidades y demás personas y entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener

6 Art. 63 n.º 10 CPR: "Sólo son materias de ley: (...) 10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión".

estaciones de televisión” (art. 19 n.º 12, inc. 5.º); en lo que concierne a la salud, la Carta Fundamental previene: “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas...” (art. 19 n.º 9, inc. 4.º); para la seguridad social, se especifica: “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas” (art. 19 n.º 18, inc. 3.º); y, por último, en lo que concierne a la educación, se establece: “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” (art. 19 n.º 11, inc. 1.º)⁷.

4) Área de actividades reservadas al emprendimiento particular, no publicadas, pero que califican como productoras de servicios que satisfacen necesidades colectivas. En este ámbito se encuentran prácticamente la totalidad de los servicios de interés general, tales como servicios sanitarios, servicios de gas, transmisión y distribución de energía eléctrica, telecomunicaciones y servicio telefónico, servicio de transporte nacional remunerado de pasajeros. En este caso, la Administración tiene vedado actuar directamente como productor u oferente de bienes y servicios de interés general, ya que no cuenta con habilitación constitucional o legal al efecto. Por ello, su rol queda limitado al de regulador y fiscalizador de la actividad que despliegan los empresarios.

De lo anterior se infiere que las áreas en que la asociación público-privada está llamada a desempeñar un papel de relevancia como auxiliar o colaborador del Estado en la prosecución del bien común, que exige el artículo 1 de la

7 Cfr. DOMINGO LOVERA PARMO. *El TC [Tribunal Constitucional] y las Isapres [Instituciones de Salud Previsional]: a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980*, en *Jurisprudencia constitucional destacada, Análisis crítico*, coord. PABLO MARSHALL BARBERÁN, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 105 y s.

Constitución, son las que se identificaron con los números 2 y 3.

C. QUÉ ES UNA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y CUÁLES SON SUS CARACTERES ESENCIALES

¿Es la asociación público-privada una idea, un emprendimiento, un acuerdo; es una clase especial de contrato, o se trata más bien de distintos tipos de contratos pero que tienen una raíz común? La pregunta no es baladí, ya que cuando se habla de asociaciones público-privadas no siempre se sabe de qué se está hablando.

Por ejemplo, según la *UN Economic and Social Commission for the Asia Pacific* (2011), la expresión “asociación público-privada” es conceptualmente difusa y varía de lugar en lugar. Puede tratarse de una provisión de servicio de interés colectivo (*v.gr.*: recolección de residuos, provisión de agua, etc.) por parte de una organización privada (ej.: empresario, comunidades, ONG, asociaciones de personas), quien recibe su retribución directamente de la administración local o de los usuarios, o de una combinación de ambos. Puede ser, también, una forma organizacional especial, del tipo empresa mixta, con capital y gestión aportados por el sector público y el privado, en las proporciones o relaciones que en cada caso se convengan, y que se dedica a entregar bienes o servicio de interés social. En estos casos podría tratarse, además, de tipos de convenciones en las que la empresa o agrupación privada asume en todo o en parte el deber de garantizar que su actividad será desarrollada de manera permanente, bajo un estándar mínimo de calidad, por lo que es de su cargo obtener el financiamiento necesario, desplegar la inversión comprometida y operar y mantener el bien público adecuadamente.

Para Colombia, por su parte, las asociaciones público-privadas son “un instrumento de vinculación de capital

privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio" (art. 1.º Ley 1508, del 10 de enero de 2012). En el sistema colombiano, a diferencia de lo que sucede en Chile, las concesiones son modalidades propias de la asociación público-privada (art. 2.º). En México, a su turno, la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley DOF 16-01-2012) establece que los proyectos de asociación público-privada son los que se realizan con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país (art. 2.º); también, pueden ser proyectos de asociación público-privada los que se realicen con cualquier esquema de asociación para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica. En este último caso, las dependencias y entidades optarán en igualdad de condiciones por el desarrollo de proyectos con instituciones de educación superior y centros de investigación científica-tecnológica públicas del país (art. 3.º). Finalmente, en el caso de Perú, se tiene el Decreto Legislativo 1.012, de 2008, que fundamentalmente regula los principios, procesos y atribuciones del sector público para la evaluación, implementación y operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con participación del sector privado, así como establece el marco general aplicable a las iniciativas privadas. Su artículo 3.º define las asociaciones público-privadas como modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorporan experiencia,

conocimientos, equipos y tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. Es de la esencia de la asociación público-privada peruana, y se extrapola a nivel comparado como una generalidad, que quienes participan en ella son, por una parte, el Estado, a través de alguna entidad pública, y, por el otro lado, uno o más inversionistas privados.

El problema conceptual tampoco es ajeno en Chile, donde se utiliza la expresión "asociación público-privada" en diversos sentidos y ámbitos, que escapan de la simple órbita de la transferencia de actividad del Estado hacia el particular, para pasar a ser una idea en la que subyace la necesidad de una actuación mancomunada de esfuerzos públicos y privados en quehaceres de interés general. Hablamos de esta especial clase de asociación en materia de contratación pública, es decir, en instituciones que permiten el reparto de actividades, deberes y gestiones entre el sector público y el privado en pos de la satisfacción de necesidades de interés general (servicios públicos concesionados; producción de bienes públicos o de uso fiscal): conectividad terrestre, desarrollo portuario y aeroportuario, agua potable, tratamiento de aguas servidas, generación, transmisión y distribución de energía, etc. Pero, también, se nos representan otras diversas instancias de acercamiento de actores públicos y privados, en materias tales como la conservación del medio ambiente, el fomento de actividades de turismo, la protección del patrimonio nacional, la innovación tecnológica, el transporte público, la educación, la salud, la vida sana e, incluso, la seguridad pública. Más aún, a esta fecha, la "asociación público-privada" ha dejado de ser solamente un medio especial de emprender acciones de relevancia social o económica, existiendo una incipiente corriente que incentiva que, también, la actividad normativa, específicamente, la del gobierno, sea producto de la unión

de intereses públicos y privados, lo que supone la necesidad de reconocer a los particulares la posibilidad de participar de manera institucionalizada en los procesos formativos de reglamentos ejecutorios de las leyes. La última reforma a la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 20.417) regula al respecto al tratar sobre la formulación de las normas primarias y secundarias de calidad ambiental. Estas se dictan por decreto supremo, con la firma de los ministros del Medio Ambiente y de Salud. En estos casos, la ley ha ordenado que los respectivos procedimientos administrativos consideren “consultas a organismos competentes, públicos y privados” (art. 32)⁸.

A lo anterior se suma todavía una tercera perspectiva, que es propiamente utilitaria y que pareciera que intenta explicar antes que todo la justificación esencial de la institución. En este sentido, decimos que se trata de acciones o emprendimientos conjuntos de los sectores públicos y privados, que son beneficiosas trilateralmente: tanto para la Administración como para el inversionista o empresario privado, y también para las personas receptoras o usuarias o consumidoras de aquellas acciones y emprendimientos (según el área específica sobre la que se actúe, esas personas son adjetivadas como reclusos, pacientes, alumnos, etc.). En otras palabras, la consigna es que “todos deben ganar”⁹, lo que, aplicado de manera ejemplar a un establecimiento penitenciario dado en concesión, supone que la Administración gana, porque mejora el manejo de sus recursos, las condiciones de trabajo de sus funcionarios, porque cumple

8 CLAUDIO MORAGA KLENNER. *Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena*, en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Lima, pp. 721-740.

9 PEDRO GARCÍA A. *Criterios para el relanzamiento de las concesiones hospitalarias*, en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, p. 298.

su misión bajo estándares internacionales mínimos (derechos humanos), y porque desincentiva con mayor efectividad la actividad criminal en el interior de cárcel; ganan los reclusos, porque obtienen mejores chances de ser beneficiados por programas de rehabilitación y reinserción social, pueden tener una actividad laboral remunerada al interior del establecimiento, cuentan con alimentación y salud adecuada; y gana, finalmente, la sociedad, porque existe verdadera rehabilitación, con lo que se obstruye el contagio criminológico, porque se dignifica el trato al mismo recluso, así como a sus familiares, y porque se aumenta la confianza en que la Administración respetará los derechos de reclusos.

Tratar de precisar entonces los caracteres esenciales de las asociaciones público-privadas, aplicado el concepto al medio chileno, es algo complejo y demanda esfuerzos. Es que dichos caracteres no son claros, porque los mismos contornos y ámbito de acción de las asociaciones público-privadas son ambiguos. Es que el concepto de asociación público-privada se usa como si fuera una "herramienta multipropósito", donde subyace la necesidad de actuación mancomunada de agentes públicos y privados en casi cualquier ámbito del quehacer nacional. Por ello, tampoco es posible hablar de un solo tipo de asociación público-privada, sino que los tipos y modalidades son potencialidades, antes que concreciones de formas estrictas; por igual razón, en vez de hablar en singular, debemos preferir el plural.

Dado lo anterior, no debe extrañar que, para algunos, las asociaciones público-privadas sean "promiscuas": los privados entregan sus ideas a la Administración, en donde los primeros tienen interés en realizar un negocio con las mayores seguridades de éxito, mientras que a la Administración le interesa sobremanera que no se arriesgue la provisión y entrega de bienes públicos y servicios de interés general; por tanto, la solución está en integrar ambas intenciones en un modelo que sea no solo legítimo, sino también equitativo y garantista. *Vgr.*: si se construye un edificio para oficinas

públicas, será usado por los funcionarios públicos y el público de ciudadanos que concurra hasta el lugar; pero si se agrega un centro comercial, viviendas sociales, un centro médico y un centro de entretenimiento, resulta evidente que puede mejorar el nivel de ocupación de las instalaciones en su totalidad. Bajo este escenario, es probable que la Administración cuente efectivamente con un colaborador privado entusiasta de desarrollar un proyecto económico que pareciera ser lucrativo por igual.

No obstante, ¿tienen las APP unos caracteres singulares? La respuesta parece ser afirmativa. Agrupamos esos caracteres del siguiente modo:

1) **Financiamiento:** el empresario u organización privada se encarga de encontrar el financiamiento total o parcial de la inversión que se compromete a ejecutar. Cuando el financiamiento no es total, es muy probable, entonces, que el sector público se haya comprometido a asumir una parte de la carga financiera a favor del privado, y se expresa comúnmente en la obligación de pago de subsidios únicos o periódicos.

2) **Activos:** los activos que se crean con la inversión que desarrolla el particular son regularmente públicos, es decir, acrecientan el dominio público del Estado; por ello, resulta una cuestión de trascendencia que el marco jurídico contenga regulaciones especiales que faciliten la obtención de créditos y financiamiento a partir de la posibilidad de dar en garantía, si no esos activos, entonces los derechos que emanan de la asociación público-privada o los pagos y demás ingresos que pudieren obtener de la operación respectiva.

3) **Estándares precisos de calidad de servicio:** usualmente disponen sobre estándares de calidad de servicio, que se pueden traducir o representar a través de indicadores de suministro: plazo, tiempo de espera, número de desperfectos por unidad de tiempo, cantidad de unidades de servicio o del bien entregado a los interesados, etc. Lo anterior asume un papel de trascendencia, ya que del

cumplimiento de esos indicadores depende el pago de los subsidios que tiene derecho a recibir el empresario o la organización privada.

4) Renta: la Administración paga al particular una renta, remuneración o subsidio, ya que frecuentemente aquella es el único demandante del servicio operado por el sector privado. Tal es el caso de los establecimientos penitenciarios, en que el Fisco debe pagar los costos de construcción y operación de la cárcel, por el recluso, pudiendo, incluso tener que pagar sobrepagos en caso de sobrecarga poblacional; en los hospitales, los servicios obligatorios son pagados al empresario por los sistemas de salud previsional existentes –público o privado– y que, a su turno, son financiados total o parcialmente por el propio paciente, como afiliado o asegurado, mientras que los servicios adicionales son pagados directamente al empresario por el particular demandante de ellos; por último, en los aeropuertos, la tarifa por pasajero embarcado es recaudada por un servicio público –la Dirección General de Aeronáutica Civil– que entera al empresario la proporción convenida en el respectivo contrato.

5) Mayor seriedad pública: el último carácter es una derivación necesaria del anterior: desde el momento en que las asociaciones público-privadas se sustentan en un vínculo convencional, obligan al Estado a mantener los compromisos de pago de subsidios o rentas de construcción y de operación, durante toda la vigencia del pacto, lo que le fuerza a mantener el financiamiento adecuado. En otras palabras, probables recortes presupuestarios del servicio público disminuyen el riesgo de que se corten o reduzcan los plazos de vigencia de los acuerdos alcanzados en el marco de una asociación público-privada, ya que la conducta deviene en abiertamente antijurídica: infringe el contrato, que es ley para las partes contratantes (art. 1465 cc), como bien lo sabemos en Chile y Colombia.

D. LAS CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS COMO MODALIDAD REPRESENTATIVA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Las concesiones de obras públicas se regularon por la Ley 18.060, de 1981, que facultó al Ejecutivo a dictar un decreto con fuerza de ley que estableciera el régimen jurídico de las obras públicas por concesión. Esta normativa especial fue dictada en 1982, por DFL MOP 591, pero por diversas circunstancias conceptuales y económicas no se aplicó jamás. Solamente en 1990 el Ejecutivo decidió incrementar la inversión fiscal en infraestructura pública y, en paralelo, posibilitar la inversión y gestión privada en las obras públicas. Con ese objeto, se dictaron leyes modificatorias del texto vigente a esa fecha (Ley 19.068, de 1991, Ley 19.252, de 1993, y Ley 19.460, de 1996), cuyos objetivos centrales buscaron:

- Disminuir el desequilibrio de potestades, derechos y obligaciones entre los contratantes: Estado y privado.
- Abrir el sistema a las iniciativas privadas de nuevas obras.
- Disminuir los riesgos en estos contratos, incorporando la posibilidad de revisar aspectos tarifarios y el mismo contrato, por causas sobrevinientes.
- Garantizar estabilidad y acceso al financiamiento, eliminándose la quiebra como causal de término de la concesión; y autorizando la cesión de la concesión bajo ciertas reglas o exigencias mínimas.
- Establecer un sistema de conciliación que resuelva conflictos entre las partes, o para que, a elección del concesionario, pueda ocurrir ante un tribunal arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago.
- Posibilitar que se dé en garantía de los ingresos de la concesión.

La última modificación de la Ley de Concesiones de Obras Pública alteró en cierta medida las bases "ideológicas" de aquel exitoso sistema, que duró hasta el año 2010.

La reforma de la Ley 20.410, en lo esencial, introdujo nuevas instituciones y órganos competentes en la materia –*v.gr.*: el Consejo de Concesiones– y el perfeccionamiento de otras instituciones que ya se encontraban incorporadas en el marco jurídico. Nos interesa destacar algunos aspectos positivos y negativos de la reforma legal¹⁰.

Aspectos positivos:

1) Procesos licitatorios que introducen un poco de “diálogo competitivo”: el nuevo artículo 6 bis dispone que 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, se puede contemplar un procedimiento y un período de tiempo para que los precalificados propongan las mejoras, adiciones o ajustes que estimen conveniente incluir en el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público. Durante dicho procedimiento, los precalificados y el Ministerio de Obras Públicas (MOP) podrán formularse consultas y solicitudes de aclaración. Incluso, a partir de los resultados que se obtengan de los acercamientos y discusiones entre el MOP y los proponentes, aquel queda facultado para solicitar la realización de estudios adicionales. En definitiva, se busca que la interacción entre el MOP y los proponentes, en la etapa de precalificación, pueda servir como una instancia idónea que permita al Estado determinar de manera precisa cuál es el objeto de la obligación que asumirá el empresario particular, así como perfeccionar y armonizar los niveles de servicio y estándares técnicos que se exigirán del proyecto.

2) El mayor control sobre la subcontratación del concesionario: debido a la responsabilidad legal laboral que pesa

10 Hacemos presente que ninguna de las sociedades titulares de concesiones de obras públicas, anteriores a la reforma legal, aceptó acogerse a la Ley 20.410. Por ello, aún no existe una gran experiencia sobre la aplicación de ese nuevo régimen legal.

sobre la Administración, se ha regulado la forma como los concesionarios deben contratar a terceros y la información que debe ser proporcionada al MOP a este respecto. El nuevo artículo 21, inciso 3.º, dispone que las concesionarias deberán presentar mensualmente al MOP información sobre los pagos realizados a los contratistas. La misma obligación pesará sobre los contratistas respecto a los subcontratistas. Esta información deberá ser publicada en el sitio electrónico del MOP y actualizada mensualmente.

3) La terminación anticipada de la concesión, si el interés público lo exigiere (art. 28 ter): en efecto, el Presidente de la República puede poner poner término anticipado a la concesión (i) cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o (ii) cuando demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el 25% del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción. En este caso, el concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, excluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que se acuerde el pago. A ello se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado. Al monto total del pago acordado se sumarán los reajustes e intereses correspondientes hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.

Aspectos negativos:

1) La negación de la Teoría de la Imprevisión: el nuevo artículo 19, inciso 1.º, elimina de la ley sus antiguas referencias a una Teoría de la Imprevisión amplia y omnicomprendensiva. De ahora en adelante, el concesionario solamente

podrá solicitar compensación en caso de *acto sobreviniente de autoridad con potestad pública* que así lo justifique, solo cuando, copulativamente, cumpla una serie de requisitos que, al ser tan complejos y específicos, hacen prácticamente imposible aplicar la disposición legal a un caso concreto: (i) el acto se debe producir con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; (ii) el acto no debe haber podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; (iii) el acto no debe constituir una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y (iv) el efecto del acto debe alterar significativamente el régimen económico del contrato.

2) El mayor control sobre la gestión del concesionario: el nuevo artículo 30 bis impone como obligación del concesionario entregar información de su “gestión empresarial”, es decir, de aspectos neurálgicos de cómo funcionan, actúan y reaccionan las empresas privadas dentro de su mercado. Esa “gestión empresarial” abarca teóricamente las capacidades, tácticas y estrategias de la organización, así como los procesos de toma de decisión y de control interno. La ley no ha definido qué es esa “gestión empresarial”, y pareciera que no existe tampoco la intención de hacerlo por vía reglamentaria. Por ello, estamos en condiciones de afirmar que esta cuestión está sometida al día de hoy a la pura discrecionalidad del MOP, que rayaría en la arbitrariedad si se considera que el legislador se ha abstenido de fijar un marco general sobre el sentido y ámbito que debe darse a la expresión “gestión empresarial”.

3) La mayor complejidad de las nuevas instancias de solución de controversias: el antiguo sistema de concesiones establecía como mecanismo de solución de controversias la posibilidad de que el concesionario ocurriera a la Corte de Apelaciones de Santiago –y entonces se sometía a una justicia en derecho– o ante una Comisión integrada por tres personas, que primeramente actuaba instando a las

partes a lograr una conciliación y, de no alcanzarse, ejercía jurisdicción en calidad de tribunal arbitral –y que, por ello, se sometía a una justicia en equidad–. Pues bien, este sistema ha cambiado, se ha hecho más complejo, amén de haber desequilibrado la posición del concesionario en él, en parte, ya que se establece un “panel técnico” que aleja al concesionario del juez natural (art. 36). En efecto, este panel queda a cargo de conocer de discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión. La experiencia demuestra que lo técnico y lo económico son los aspectos que más frecuentemente generan conflictos entre las partes, por lo que es posible pronosticar que prácticamente toda controversia entre la Administración y el concesionario tenga que pasar primero por el panel técnico. Con todo, este no está llamado a ejercer jurisdicción, y solamente podrá emitir una recomendación no vinculante.

Las concesiones de obras públicas, que se han venido desarrollando en el país desde mediados de 1990, pueden ser tenidas como una modalidad representativa de un tipo de asociación público-privada. Afirmamos lo anterior porque la Ley de Concesiones de Obras Públicas contiene normas consideradas, por naturaleza, como propias de cualquier ley de asociación público-privada, y porque sus objetivos han estado permanentemente alineados con esta clase de emprendimientos. Por ejemplo:

- La idea de asegurar la participación privada en la inversión y gestión de servicios públicos de alto interés nacional, social y económico.

- La idea de configurar una amplia área de actividad y gestión pública –más que solamente operar infraestructura pública– que incentive la participación privada en la inversión y operación.

- La idea de equilibrar los intereses del Estado concedente con los del concesionario y los de los usuarios o clientes o consumidores finales.

– La idea de mejorar la focalización de la inversión o gasto público en programas prioritarios del Estado, incluso para invertir en infraestructura pública de alta rentabilidad social o nacional, pero carente de interés para los privados.

– La idea de viabilizar el régimen concesional para recibir y asegurar inversión y financiamiento privado, nacional o externo.

Un ejemplo concreto de asociación público-privada sostenida en la Ley de Concesiones de Obras Públicas es el de los establecimientos penitenciarios. Se trata de un total de seis cárceles dadas en concesión y que actualmente son operadas por empresarios privados. Un establecimiento penitenciario es una unidad de reclusión concebida para aplicar un régimen interno y tratamiento diferenciado a los reclusos, con el apoyo de servicios únicos centralizados de seguridad, administración, salud, técnica, laboral y de registro y movimiento de la población penal.

Aquí, los actores son tres. Primero está el *concesionario*, que es el empresario privado que, por virtud de un contrato de concesión de obra pública, construye un establecimiento penitenciario y, además, como parte de la concesión, toma sobre sí la provisión de determinados servicios al interior del establecimiento para el cumplimiento de funciones factibles de delegación o contratación¹¹. Luego está el *Fisco*, que es entidad concedente y parte contratante, que actúa en la etapa de construcción con sus funcionarios de concesiones de obras públicas, que se adscriben al MOP; y, durante la explotación, a través de Gendarmería de Chile, es decir, a través de un servicio público, dependiente del Ministerio

11 Por ejemplo, en el caso del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1 (Establecimientos Penitenciarios de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua), los servicios básicos asumidos por el concesionario son: (1) manutención de la infraestructura, equipamiento de seguridad y equipamiento estándar; (2) alimentación; (3) lavandería; (4) aseo y control de plagas; (5) salud; (6) reinserción social; (7) economato.

de Justicia, cuya finalidad es atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad, y cumplir las demás funciones que le señale la ley. Finalmente, están los *reclusos*, esto es, personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están a disposición del Tribunal pertinente; son, también, las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad.

Ahora bien, frente a la pregunta si las concesiones de establecimientos penitenciarios son realmente concesiones, en el sentido estricto del término, se puede concluir negándoles ese carácter, ya que el usuario no es a un mismo tiempo la persona que paga por el servicio. Por lo mismo, en el caso de los establecimiento penitenciarios, en vez estar frente a una verdadera concesión, se trata posiblemente de dos figuras convencionales distintas, y cualquiera de ellas podría ser subsumida dentro de la categoría más general de las asociaciones público-privadas:

1) Un contrato innominado, en que la Administración encarga a un privado, por "un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, comprende alguna de las siguientes prestaciones: (i) La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o su gestión; (ii) La fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; (iii) Otras prestaciones de servicios ligadas al

ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado"¹²; o

2) Un tipo de *arrendamiento operativo*, o sea, un contrato que contiene un "encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendante"¹³, en el que el privado asume la gestión de la infraestructura y activos públicos.

Otros casos del mismo tipo –asociación público-privada, materializada con la ley de concesiones de obras públicas– se están haciendo en materia de hospitales públicos, en actual construcción. Se trata de un programa que incluye dos nuevos centros hospitalarios, construidos y operados por empresarios privados: "Programa Hospitalario de Maipú y La Florida". Este programa contempla la construcción y operación del Hospital de Maipú, del Hospital de La Florida, incluyéndose en cada caso el desarrollo de los proyectos definitivos, la construcción de las obras, la provisión de mobiliario no clínico, y la explotación de servicios básicos y especiales obligatorios. Los *servicios básicos* son: (i) la manutención de infraestructura, instalaciones, equipamiento industrial y mobiliario no clínico, (ii) la ejecución de los servicios no clínicos de apoyo, a saber, aseo y limpieza general, gestión integral de residuos hospitalarios y control sanitario de vectores; gestión de ropería y vestidores, y alimentación de pacientes y funcionarios. Los *servicios especiales obligatorios* son: (i) *cafetería*; (ii) *seguridad y vigilancia*; (iii) *estacionamiento de funcionarios y visitas*; (iv) *sala cuna y jardín infantil*. A los anteriores se suma la posibilidad del concesionario de entregar *servicios complementarios*, como serían: alimentación a visitas y público en general, estacionamientos para visitas de pacientes, instalación y

12 JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA. *Contrato de colaboración público-privada*, en *Revista de Administración Pública*, n.º 170, mayo-agosto de 2006, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 23 y s.

13 *Ibíd.*, p. 32 y s.

explotación de máquinas dispensadoras, área multiservicios (óptica, artículos para enfermos, fotocopias, cajeros automáticos, florerías, cyber café, etc.). En el caso de los hospitales públicos –siguiendo de cerca el proceso de los establecimientos penitenciarios– la Administración se ha obligado a pagar al concesionario un subsidio fijo que financia la construcción de los centros asistenciales y, más tarde, ya iniciada la explotación de ellos, un subsidio fijo y otro variable de operación; este último cubriendo costos de sobredemanda de camas y por nuevas inversiones. En lo que respecta a la prestación de los servicios complementarios, se permite al concesionario cobrar un precio a los usuarios.

E. CONTENIDO DE UN PROYECTO DE LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Volvemos a la pregunta del inicio de este trabajo: ¿es necesaria una ley de asociaciones público-privadas en Chile, del tipo de las que se han promulgado, por ejemplo, en Perú, Colombia o México? La respuesta es positiva. Las razones de ello, son variadas:

- Una ley general de asociaciones público-privadas elimina una cierta dispersión normativa del sistema iusadministrativo chileno, con lo que se mejora en certeza y estabilidad jurídica.

- La ley sería útil, además, porque todavía hay muchas ideas que pueden concretizarse a través de privados, por medio de contratos complejos y especializados; *v.gr.*: redes de transmisión de energía eléctrica, plantas de desalinización de agua y su conducción hasta los centros poblados que la requieren, edificación pública del tipo mercados, oficinas, bibliotecas, establecimientos educacionales, centros cívicos, estadios y centros deportivos, etc.

- Una ley de esta clase podría aumentar la motivación a la cooperación de las personas, a través de la posibilidad

de acoger “nuevas ideas” que se ligen con “premios” a sus autores.

– Esa ley podría aprovechar para actuar sobre el factor “tiempo”, por medio del establecimiento de procedimientos especiales, sencillos, de tipo “*fast track*”, aplicables a casos de proyectos de envergadura menor o mediana, de manera de favorecer la acción-reacción de la Administración.

– La ley debiera separar claramente los distintos roles que asume la Administración para así dar más eficiencia, imparcialidad, objetividad y razonabilidad a los procedimientos de contratación; nos referimos básicamente a la división de las funciones de planificación, de asignación y gestión del contrato, de inspección y regulación.

Se suma a lo dicho una cierta amenaza permanente sobre el sistema de concesiones de obras públicas, que ha seguido siendo objeto de particulares proyectos de reforma legal que han presentado los parlamentarios a tramitación legislativa. Con lo dicho, es evidente que en igual medida pueden verse afectadas las experiencias de asociación público-privadas ya hechas con fundamento en la ley del ramo, así como las que todavía se encuentran en etapa de proyecto. *V.gr.:* hospitales de Antofagasta, Salvador Geriátrico, Santiago Occidente, Sótero del Río y Puente Alto; Marina Deportiva y Revitalización Urbana del Estero Marga-Marga en Viña del Mar; edificios públicos de las ciudades de Iquique y Valdivia, entre otros. En efecto, sobre el sistema de concesiones se viene, desde hace ya varios años, discutiendo por legisladores y actores políticos de una forma que deja entrever que podría ser objeto de nuevas reformas legales, ninguna de las cuales podría tener por finalidad verdadera el incentivo de la participación de los particulares en las gestiones públicas¹⁴.

14 JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G. *Algunas amenazas a la institucionalidad de concesiones*

En definitiva, de los cuatro pilares que prueban la madurez de un sistema que incentiva la participación de privados –(i) instrumentos de financiamiento, (ii) responsabilidad constructores/ operadores, (iii) diversidad de inversionistas y (iv) Estado–, el último está fallando porque ha comenzado a introducir modificaciones en el marco jurídico concesional y en su propio comportamiento, lo que hace que las reglas sean cada vez menos claras: esto es evidente en los textos de bases de licitación o pliego de licitaciones de los últimos 5 o 6 años, que restringen los campos de libertad que antes se dejaban al empresario privado para que pudiese innovar o hacerse más eficiente en el cumplimiento del contrato; el Estado ha debido comenzar a recibir en devolución concesiones respecto de las cuales, no obstante haberse adjudicado, los empresarios no han perseverado en su ejecución, sea porque no se ha podido financiar el contrato, o porque la construcción de la obra se ha llenado de incertidumbres, en parte causadas por el comportamiento de la misma Administración. Además, esta última ha desprestigiado el sistema de solución de controversias, acudiendo ante tribunales superiores de justicia para que revisen sentencias que le son adversas, en circunstancias en que la ley establece que las sentencias de los árbitros arbitradores no son objeto de recurso alguno; o también, alegando ante los propios órganos de solución de controversias la falta de legitimación activa de la concesionaria para demandar disputas derivadas de la ejecución, cumplimiento o interpretación del contrato de concesión.

Por lo antes dicho, en el caso de Chile, en la hipótesis de que se asumiera la voluntad de legislar por parte de los órganos co-legisladores, una nueva ley de asociaciones público-privadas debiera tener por objeto, entre otros, regular los siguientes aspectos y cuestiones:

de obras públicas, en Concesiones: el esperado relanzamiento, cit., p. 47-59.

1. Facilitar la formulación de una política de Estado para la provisión de servicios y bienes públicos, que concilie las capacidades y recursos de la Administración con las aspiraciones, sentimientos y necesidades de las personas del común. Es probable que tal política deba ser elaborada desde la cúspide, es decir, por parte del Presidente de la República, con la colaboración de los ministerios políticos y sectoriales.

2. Reconocer el derecho de cualquier persona para proponer a la Administración medidas o gestiones o “empresas” sobre bienes públicos, dándoles la oportunidad de participar en el procedimiento de selección del contratante particular, con plenas garantías de igualdad de trato y otorgándole un “premio” en la evaluación de las ofertas.

3. Establecer instancias de participación de todos los potenciales interesados en la licitación, la Administración y las personas que serán eventuales clientes, usuarios o consumidores de esos bienes públicos, actuando por sí o a través de los “consejos de la sociedad civil”¹⁵. Por lo demás, la LOCBGAE prescribe que el “Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones”, y prohíbe toda conducta destinada a excluir o discriminar, sin razón justificada, el ejercicio del derecho de participación ciudadana (art. 69). La participación mancomunada de los empresarios, la Administración y los ciudadanos debe darse al menos en dos perspectivas diferentes: primero, en la formulación de las políticas y planes de concreción de ideas para ser desarrolladas y gestionadas por asociaciones público-privadas, y segundo, en el diseño preciso de su objeto, en cada caso particular.

15 El artículo 74 de la Ley 18.575 dispone: “Los órganos de la Administración del Estado deberán establecer consejos de la sociedad civil, de carácter consultivo, que estarán conformados de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del órgano respectivo”.

En esta instancia, la Administración está llamada a asumir el liderazgo, guiando un proceso que sea permeable a los aportes de los particulares.

4. Regular procedimientos de asignación de las licitaciones o concursos, que sean objetivos, con resultados imparciales y que se desarrollen con celeridad.

5. Entregar al inversionista la responsabilidad de la inversión y operación, de manera que pueda tomar decisiones de inversión eficientes y desarrollar soluciones tecnológicas innovadoras. Con todo, de igual manera, estimamos adecuado que la ley de asociación público-privada reconociera la posibilidad de revisar el contrato, cuando se vea alterado por causas sobrevinientes, sobre las que ninguna de las partes ha podido ejercer control.

6. Otorgar al privado el derecho de dar en garantía el contrato o los derechos que emanan de él, única forma de ligar la idea, el diseño, la ejecución y la operación del bien público, con el financiamiento requerido y que, por regla general, debe ser otorgado por entidades financieras o inversionistas institucionales, antes que utilizando el propio capital del empresario particular. Sin perjuicio de lo anterior, la ley también debiera habilitar a la Administración para que, bajo circunstancias especialmente tasadas, tenga la posibilidad de asumir compromisos financieros a favor del empresario particular, por vía de garantizar ingresos mínimos, hacer pagos de subsidios de construcción u operación, etc.

7. Establecer mecanismos sencillos y ágiles de solución de controversias, con independencia de que se estructuren como paneles técnicos con resolución vinculante o meramente propositiva; justicia arbitral o justicia ordinaria; pero en todo caso, sometidas a procedimientos breves y sumarios.

En definitiva, la ley que pudieren dictar los órganos co-legisladores tiene un papel fundamental que cumplir, a saber, facilitar las condiciones materiales de todo tipo que permitan propender a una igualación de las condiciones

de vida y de las posibilidades de cada cual de alcanzar su propio desarrollo material y espiritual, con pleno respeto de sus derechos y libertades. Esa ley debe, además, permitir el acceso a una infraestructura pública a escala local, esto es, donde se desarrolla la vida diaria, la educación, el esparcimiento y el trabajo. Por lo mismo, no se trata en nuestra opinión de una ley de grandes y complejísimos proyectos públicos, antes bien, debe ser una herramienta multipropósito para solucionar innumerables pasivos públicos, dentro y fuera de los radios urbanos de las ciudades y poblaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- BRESCIANI, LUIS EDUARDO, "Concesiones: hacia la equidad y calidad urbana", en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, pp. 203-233.
- DE LA MAZA, FRANCISCO, "Acceso a salud de calidad a través de un inédito modelo de concesión y gestión público-privado", en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, pp. 307-317.
- GARCÍA A., PEDRO, "Criterios para el relanzamiento de las concesiones hospitalarias", en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, pp. 273-306.
- GARCÍA G., JOSÉ FRANCISCO, "Algunas amenazas a la institucionalidad de concesiones de obras públicas", en *Concesiones: el esperado relanzamiento*, Copsa y Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, pp. 47-59.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., "Contrato de colaboración público-privada", en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 170, mayo-agosto de 2006, Madrid, pp. 23-40.

LOVERA PARMO, DOMINGO, "El TC [Tribunal Constitucional] y las Isapres [Instituciones de Salud Previsional]: a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980", en *Jurisprudencia Constitucional Destacada, Análisis Crítico*, coord. PABLO MARSHALL BARBERÁN, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 105-135.

MORAGA KLENNER, CLAUDIO, "Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena", en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo y Pontificia Universidad Católica del Perú, Palestra, Lima, pp. 721-740.