

## LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTRUMENTOS PARA EL DESARROLLO DE LA NACIÓN

Claudio MORAGA KLENNER

SUMARIO: I. *Marco jurídico general de la contratación administrativa.* II. *Concreciones a modo de ejemplo.* III. *La contractualidad administrativa chilena se corresponde al nuevo concepto de función administrativa en la Constitución de 2005.* IV. *Factores del marco jurídico que facilitan, pero no aseguran, un buen resultado.*

### I. MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

#### 1. *Antecedentes generales*

El contrato administrativo o, también, de la administración, tiene un valor propio que es equiparable al del acto administrativo: aquél no tiene una infraposición en comparación con éste dentro del sistema administrativo.<sup>1</sup> En efecto, en sí mismo el sistema jurídico-administrativo no contiene ninguna norma que concluya que la administración debe preferir siempre la decisión unilateral por sobre el pacto en aquellos casos en que ambos instrumentos se encuentran a disposición de manera sucedánea uno de otro. Más aún, hoy en día es innegable que la administración está actuando con más intensidad a través de pactos y acuerdos, una de cuyas causas se encuentra en los procesos de *transferencias de funciones estatales* al sector privado, sucedidos a nivel mundial desde hace ya unas tres

<sup>1</sup> En este sentido, Schmidt-Assmann, Eberhard, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, Springer, 1998, p. 265.

décadas. Se trata, como bien ha dicho Giannini, de un aumento cualitativo y cuantitativo del uso del *modo convencional*, que permite hablar de un *diverso modo de administrar*.<sup>2</sup>

Chile también ha experimentado un proceso de *reconsideración del régimen contractual del Estado*.<sup>3</sup> Por un lado, las concesiones de servicios públicos y de obras públicas han significado crear o, incluso, remozar antiguas legislaciones que estuvieron en desuso para transformarlas en verdaderos instrumentos de promoción de inversiones para el desarrollo. Así sucedió, por ejemplo, con el Decreto con Fuerza de Ley (MOP) 591, de 1982, sobre Concesiones de Obras Públicas, y que no tuvo aplicación práctica sino a partir de comienzos de los años noventa, luego de que el gobierno de Patricio Aylwin modificara ese cuerpo legal con el objeto de hacerlo realmente aplicable en materia de concesiones.<sup>4</sup>

En definitiva, el contrato es hoy en día un verdadero *intermediario entre las exigencias de la función administrativa y de los intereses privados*.<sup>5</sup> Como tal, él debe ser utilizado correctamente por el Estado, ya que con sus virtudes y defectos puede coadyuvar al desarrollo nacional, según se explicará para el caso chileno.

## 2. Los sistemas de contratación

El artículo 9o. de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece el procedimiento válido y general para la formación de voluntad contractual administrativa: la *propuesta pública*, en conformidad a la ley.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Citado por Palazzo, José L., *et al.*, *La transformación del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 193.

<sup>3</sup> Usamos la terminología de Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, t. IV, p. 43.

<sup>4</sup> Las modificaciones que se introdujeron hasta llegar al texto actualizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, se contienen en las leyes 19.068 (1991), 19.252 (1993) y 19.460 (1996).

<sup>5</sup> Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 35.

<sup>6</sup> Artículo 9o., Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. ...El procedimiento concursal se regirá por los principios de li-*

La licitación pública es un procedimiento de selección de contratantes que utiliza la administración cuando así lo requiera expresamente la ley e, incluso, en ausencia de ley.<sup>7</sup> Para dar mayor fuerza normativa a la disposición legal que comentamos, por virtud del numeral 7 del artículo 62 se ha tipificado que la omisión o elusión de la propuesta pública en los casos en que la ley la dispone, como una conducta que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa.

Debe destacarse que para la Contraloría General de la República, la expresión *contrato administrativo* del artículo 9o. tiene un alcance amplio y, por tanto, hace referencia tanto a los contratos administrativos propiamente tales, como a los contratos que se rigen por las reglas del derecho privado, los que, en consecuencia, también quedarían sujetos a la obligación de ser perfeccionados previa *propuesta pública* (Dictamen 46.532, de 2000).

En definitiva, la ley ha prescrito que la *licitación privada* y el *trato directo*, como procedimientos formativos del consentimiento contractual administrativo, sean válidos únicamente allí donde la administración del Estado está en condiciones de justificar racional y objetivamente los motivos por los cuales no cabe o no le es posible utilizar la regla general, es decir, la propuesta pública. En todo caso, nada impide que esa justificación se dé en una resolución previa o en el mismo acto que finalmente aprueba el contrato de que se trate (Dictamen 46.532, de 2000).

Ahora bien, el resultado de un proceso de licitación o propuesta pública no supone un beneficio económico intrínseco para la administración, mayor al que se pudiere lograr por vía de una licitación privada o del trato directo. Desde ya, la licitación pública tiene algunas desventajas frente a la licitación privada y al trato directo, *v. gr.*: la lentitud y el hecho de que no siempre se obtiene la oferta más ventajosa para el interés público.<sup>8</sup> Considérese, por lo demás, que con la irrupción de la contratación en un escenario electrónico, en teoría nada impide transformar al *trato directo* como el procedimiento de contratación general para cierta clase de bienes o pro-

*bre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. ...La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.*

7 Aróstica Maldonado, Iván, “Cómo y con quién contrata la administración”, *La Contraloría General de la República y el Estado de derecho*, Santiago de Chile, 2002.

8 En este sentido, Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 199.

ductos estándares, en el entendido de que el ente contratante permite que todos los proveedores registrados respondan un llamado a cotizar sin más trámite, es decir, formando una gran negociación por trato directo —o una *competencia plena y abierta*— en que nadie se excluye en un principio de participar.<sup>9</sup>

En todo caso, se reconoce que la diferencia entre la propuesta o licitación pública y las otras modalidades de contratación está en la mayor moralidad<sup>10</sup> en la actuación administrativa que entrega la primera, puesto que publicita las políticas de contratación que ejecutan distintos órganos administrativos, disminuye los favoritismos y permite un mayor control del proceso de formación de voluntad contractual. Por el contrario, en el caso de la licitación privada y del trato directo, la percepción de la gente —real o simplemente imaginada— es el de una disminución de transparencia,<sup>11</sup> y un incremento de actitudes discriminatorias<sup>12</sup> o, incluso más, de actos de corrupción.

### 3. Libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo

Toda persona es un potencial contratante del Estado. El ordenamiento jurídico le reconoce el derecho de participar en una licitación y de contratar con la administración, sin que ninguna autoridad o persona pueda impedirlo, puesto que ello sería manifestación de una discriminación arbitraria (núm. 2 y 22, artículo 19, de la Constitución).

El principio de la libre concurrencia exige de la administración no poner más restricciones o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley, entre las cuales se destaca el marco legal de defensa de la libre competencia, cuyos órganos han debido pronunciarse acerca de la capacidad de ciertos agentes económicos de gestionar directa o indirectamente las activi-

<sup>9</sup> Véase, Meyer, David y Fath Meyer, Jean M., *Evaluación de las contrataciones públicas en Chile*, en [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3530.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3530.html), pp. 580 y ss.

<sup>10</sup> Sarmiento García, Jorge, *op. cit.*, nota 8, p. 199.

<sup>11</sup> El artículo 13, inciso 2, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, define la transparencia administrativa, como aquella en que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos administrativos y los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de la función administrativa.

<sup>12</sup> Meyer y Fath Meyer, *op. cit.*, nota 9, p. 559.

dades que el Estado decide dar en concesión, cuando por su intermedio existe un riesgo de provocarse integración vertical que afecte la libre competencia: v. gr.: puertos, aeropuertos y concesiones viales sobre la Ruta 5 o Carretera Panamericana.

#### 4. Principio de igualdad ante las bases de licitación

En todo procedimiento administrativo de contratación, se debe asegurar una “perfecta igualdad”<sup>13</sup> de los participantes, que propenda a mantener el carácter competitivo de aquél;<sup>14</sup> y se debe hacer prevalecer la garantía de que estos licitantes, así como la propia entidad licitante, se encuentren en todo momento en la obligación de sujetarse estrictamente a las bases de licitación que regulan el procedimiento de contratación.<sup>15</sup> Por lo mismo, no está permitido a la administración hacer diferencias entre los distintos licitantes sobre el acceso efectivo a los antecedentes de la licitación y a los actos y hechos que se suceden en el mismo, o modificar las bases de licitación en perjuicio de uno o más licitantes.

Como ya hemos anticipado, el principio de igualdad ante las bases supone el deber de todos los licitantes de someterse a las bases de licitación y demás documentos de la licitación, so pena de presentar una oferta no válida o inadmisibles y, por tanto, de ser descalificados o alejados del procedimiento de contratación.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, no debe olvidarse que el procedimiento de contratación administrativa es en su esencia un procedimiento administrativo que, como tal, debe observar los principios establecidos en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos; de entre los cuales está el principio de no formalización (artículos 4o. y 13). Lo anterior significa que el procedimiento administrativo es, por regla general, *no formal* o que se sujeta a un “formalismo moderado”,<sup>16</sup> de manera que deben satisfa-

13 Buj Montero, Mónica, “La licitación pública: Principios generales”, en Farrando, Ismael (dir.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 93.

14 *Ibidem*, p. 94.

15 Artículo 10, inciso 3, Ley de Contratos de Suministro: “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen”.

16 Escola, citado por Comadira, Julio R., *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 27.

cerse solamente las formas y ritualidades que se hallen contempladas en la ley o el reglamento y solamente en cuanto ellas sean indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y eviten perjuicios a particulares. A partir de lo anterior, también es posible aseverar que cualquier duda o controversia que se plantee en un procedimiento administrativo sobre exigencias o actuaciones formales, tiene que interpretarse a favor del administrado, y de la agilidad del procedimiento y de la oportuna decisión terminal, ya que este informalismo, como bien afirma Comadira, no es inexigibilidad de formas, sino que relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados. Lo anterior hace concluir que la imputación de errores en una oferta, que le signifique ser descalificada, debe basarse en la inobservancia de aspectos esenciales (falta de antecedentes exigidos en las bases o indeterminación de la calidad, cantidad o precio de la cosa o servicio ofrecido), antes que de un aspecto meramente formal (deficiencias en la extensión de la garantía, poderes y declaraciones juradas; u olvido en presentar el comprobante de adquisición de las bases de licitación) que bien pueden ser subsanados *a posteriori* o se trata de información que ya obra en poder de la misma administración.<sup>17</sup>

## II. CONCRECIONES A MODO DE EJEMPLO

Para que los contratos de la administración puedan cumplir una función útil en el desarrollo nacional es necesario contar, entre muchas cosas previas, con un marco jurídico estable, unas reglas de inversión abiertas que promuevan el ingreso de capitales extranjeros, una adecuada distribución de riesgos y un bajo nivel de corrupción y secretismo.

Lo que acabamos de señalar es de conocimiento de todos. Sucede, sin embargo, que no en todas partes da el mismo resultado y, ello, al parecer, se debe a la manera como se cumplen y ejecutan las condiciones antes señaladas. En Chile pareciera existir una buena experiencia y un *buen modo de hacer* en lo que respecta a los contratos de concesión y, especialmente, de servicios públicos y de obras públicas. Ellos han impedido que la infraestructura pública se transforme en un cuello de botella para el desarrollo de las actividades nacionales. Los resultados así lo demostrarían:

<sup>17</sup> Buj Montero, *op. cit.*, nota 13, pp. 88 y ss.

### 1. *Las obras públicas*<sup>18</sup>

Se estima que el desarrollo de las grandes obras públicas ha reportado innumerables beneficios tanto al país como a los ciudadanos. No se trata solamente de haber podido hacer atractivo para el inversionista extranjero un mercado relativamente pequeño (la población de Chile según censo de 2002, es de 15,116 millones de habitantes), donde ha comprometido sus recursos monetarios para materializarlos en la ejecución de obras públicas que dan trabajo y facilitan la creación de nuevos negocios complementarios, sino que esta área de negocios público-privados ha redundado en lo siguiente:

- 9 mil millones de dólares invertidos en infraestructura pública por concesión;
- Salto cualitativo en la infraestructura pública: a comienzos de los años noventa, Chile tenía 130 kms. de caminos de doble calzada. Hoy son más de 1.800 kms. de doble calzada;
- Mejores condiciones para el transporte de mercaderías desde las zonas productivas hacia los terminales aeroportuarios y portuarios, lo que resulta relevante en un país cuyas exportaciones representan una parte importante del PIB;
- Ahorros totales por operación y tiempo de viaje de los usuarios de la infraestructura, tanto en unidades físicas de recursos como en la valorización de éstos. A modo de ejemplo, las concesiones carreteras de la Ruta 5, Tramo Santiago-Los Vilos y Ruta 5, Tramo Talca-Chillán presentan significativos ahorros de combustible para los vehículos en los periodos de congestión, alcanzando hasta un 30%;<sup>19</sup>
- Drástica reducción de accidentes carreteros como consecuencia de la elevación de los estándares de seguridad (doble calzada con separación, barreras de protección, cruces a desnivel, teléfonos de emergencia y áreas de descanso entre otras comodidades). La reducción

<sup>18</sup> Información extraída de <http://www.copsa.cl/> de la Asociación de Concesionarios de Infraestructura Pública (Copsa A.G.).

<sup>19</sup> Para los vehículos pesados, este ahorro se sitúa entre el 20% y 70%, aun cuando esta cifra máxima es hipotética puesto que en periodos de muy alta congestión suele no registrarse tal flujo de camiones. En periodos sin congestión los vehículos livianos no presentan ahorros de importancia; en cambio, el ahorro para los vehículos pesados alcanza hasta el 17 %.

de accidentes, en las diversas concesiones de carreteras fluctúa entre 24 y 100%;

- Desarrollo de mercados e instrumentos financieros antes inexistentes en el país. En 1998, los ministerios de Hacienda y Obras Públicas encargaron un estudio a organismos públicos y privados que dio pie a que el presidente de la república, Eduardo Frei Ruis-Tagle, anunciara una nueva modalidad de financiamiento para obras de infraestructura: los bonos de infraestructura. Según cifras de Copsa AG, en el periodo 1998-2004, trece concesionarias emitieron 19 bonos de infraestructura, la gran mayoría con calificación AAA;
- Incorporación a Chile de alta tecnología: las concesiones urbanas de Santiago operan con sistemas de cobro *free flow* y son las primeras en el mundo que han logrado hacerlo de manera interoperable.

## 2. *Los puertos*<sup>20</sup>

A mediados de los años ochenta se advirtió que el sistema portuario chileno debía ser revisado con prontitud: el aumento de la carga exportada e importada demostraba la insuficiencia de la infraestructura y la necesidad de mejorar su operación y administración. La situación estaba destinada a ser muy grave para el desarrollo nacional, considerando que prácticamente todo el intercambio de mercancías (sobre 90%) se desarrolla a través de puertos. Afortunadamente, el proceso de modernización se pudo llevar a cabo de manera escalonada e incesante a la vez y, no por ello menos importante, con una muy buena colaboración de los trabajadores portuarios.

Los procesos de liberación de acceso a múltiples operadores privados, introduciendo competencia al interior de los puertos, fueron medidas que suplieron los problemas en la gestión portuaria durante los años ochenta y parte de los noventa, logrando postergar la necesidad de realizar inversiones físicas de gran envergadura. Más tarde, en 1990, por medio de la Ley 18.966, se radicó definitivamente en el sector privado la prestación de los servicios de estiba, desestiba, transferencia y porteo, dejando en manos de la empresa pública (Emporchi) solamente la tarea de administrar la infraestructura y el almacenaje en los recintos portuarios. Finalmente, a partir de

<sup>20</sup> Extractado de Carillo, Iris y Santander, Astrid, *Modernización portuaria en Chile*. Se puede consultar en Sínt. tecnol., noviembre 2005, nol. 2, núm. 2, pp. 63-68. ISSN 0718-025X.

1997, con la dictación de la Ley 19.542, se dio inicio a un nuevo modelo de gestión portuaria y de realización de grandes inversiones en infraestructura física, liderado esta vez por privados.

A finales de los años noventa, el gobierno ejecutó la última etapa del proceso de modernización de los puertos del Estado mediante: I) la formación y puesta en marcha de diez empresas estatales autónomas, que se constituyeron en las sucesoras de la antigua Emporchi, la que se extinguió,<sup>21</sup> y II) las licitaciones de las concesiones de los frentes de atraque, comenzado con los puertos de Valparaíso, San Antonio y Talcahuano-San Vicente.

Los resultados del proceso llevado a cabo en los puertos, y debido a la mayor eficiencia lograda, son importantes y no se han dejado esperar:

- Fuerte reducción de los tiempos de espera de las naves.
- Reducción de costos portuarios.
- Modernización de frentes de atraque para permitir la operación con naves de mayor capacidad.
- Aumento en las transferencias de carga, ubicándose Chile en el año 2002 en el segundo lugar en América Latina, detrás de Brasil (sobre 70 millones de toneladas carga/año), y quedando en el primer lugar si se analiza el movimiento de contenedores en el Pacífico de Sudamérica.

### *3. El caso especial de los contratos administrativos y la reforma procesal penal*

Quizás uno de los mejores ejemplos sobre la importancia del contrato público en el desarrollo de un país, lo entrega, en el caso chileno, la Reforma Procesal Penal, es decir, en un ámbito completamente alejado de lo que son los servicios públicos, en sentido estricto.

Esa reforma introdujo un cambio radical en diversos aspectos: legislación nacional; estructuras organizacionales; cultura del servicio de la justicia; actores y operadores jurídicos, solo por mencionar algunos ejemplos.

En lo legislativo, se ha dictado el nuevo Código Procesal Penal, que establece las disposiciones generales, los procedimientos y los recursos en materia criminal.

<sup>21</sup> Las empresas portuarias son las de Valparaíso, San Antonio, Talcahuano-San Vicente, Arica, Iquique, Antofagasta, Puerto Montt, Austral, Chacabuco y Coquimbo.

En lo institucional y organizacional, existe un nuevo órgano autónomo constitucional, el “Ministerio Público”<sup>22</sup> a cuyo cargo está la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, el ejercicio de la acción penal pública y la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.<sup>23</sup>

En lo que respecta a la nueva cultura judicial criminal, ésta ahora se hace cargo de diversas actuaciones que se manifiestan a lo largo de una investigación y de un proceso criminal, que hasta hace poco eran completamente desconocidas. No nos referimos particularmente a las distintas etapas por las que debe pasar el nuevo proceso penal, sino que, por ejemplo, I) al hecho de que el espíritu de la reforma es tener una investigación y un proceso dinámico, ágil y justo, sin mayores formalidades y trámites burocráticos que los estrictamente necesarios, y II) a la institucionalización de soluciones alternativas del conflicto penal: el archivo provisional del caso o la suspensión condicional del procedimiento, al tiempo que ahora la víctima y el imputado pueden celebrar directamente los acuerdos reparatorios.

Finalmente, de entre los nuevos actores, se destaca, además de los fiscales públicos a cargo de las investigaciones criminales, a los defensores públicos encargados de la defensa penal de los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un Juzgado de Garantías o de un Tribunal de Juicio Oral en lo penal y de las respectivas cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.

Pues bien, la Reforma Procesal Penal obligó al Estado a invertir en una nueva infraestructura pública que, puede afirmarse, ha condicionado de cierto modo la manera de administrar justicia criminal. En ello, el Estado ha invertido en 84 nuevos edificios de tribunales para el Poder Judicial, 150 edificaciones para el Ministerio Público y 94 inmuebles para la Defensoría Penal Pública.<sup>24</sup>

22 Capítulo VII, artículos 83 a 91, incluso, de la Constitución. Su Ley Orgánica Constitucional es la 19.640, de 1999.

23 En Chile existen 625 fiscales adjuntos, 16 fiscales regionales y un Fiscal Nacional del Ministerio Público.

24 En materia de gastos, la inversión en infraestructura se distribuye en: Poder Judicial, 115.332 millones de pesos; Ministerio Público, 60.421 millones de pesos; y Defensoría Penal Pública, 4.251 millones de pesos.

Es del caso preguntarse, ahora, si la implementación de la Reforma Procesal Penal hubiera sido todo lo exitosa que es vista en el país,<sup>25</sup> en la hipótesis de que el Estado no hubiera desarrollado un programa especial de infraestructura pública destinada a ese efecto y que albergare las oficinas de las fiscalías locales, defensorías públicas, tribunales de garantía y tribunales orales en lo penal y, por último, establecimientos penitenciarios que dejen de ser, en palabras del ex presidente Ricardo Lagos Escobar, “una universidad para los nuevos delitos del futuro”.<sup>26</sup> Nos detenemos en este punto. Al igual que en muchos países de Latinoamérica, el hacinamiento, las condiciones inseguras e inhumanas y la imposibilidad de rehabilitar efectivamente a los presos son los principales problemas que presentan las cárceles. Sin embargo, con la entrada en operación del primer Programa de Concesiones de Establecimientos Penitenciarios, que comprende las nuevas cárceles de Rancagua, Alto Hospicio y La Serena, ha disminuido en un 30% el hacinamiento carcelario, que se estima es de un 40%.<sup>27</sup> Cuando terminen de construirse los establecimientos penitenciarios de las concesiones que se adjudicaron más tarde, dicho hacinamiento debiera disminuir todavía más.

Creemos que las nuevas obras públicas han jugado un papel de envergadura en la reforma: aquéllos han permitido la prestación adecuada del ser-

25 A un año de implementada la reforma en Santiago, de un total de 286.582 denuncias, un 71% fueron terminadas mediante las llamadas salidas alternativas o sentencias judiciales. En las demás regiones del país, durante los primeros doce meses de funcionamiento del sistema, se cerraron cerca del 80% de los casos. Por el contrario, se estima que el último año de vigencia del antiguo sistema procesal penal, el número de causas que se habrían cerrado en el transcurso de un año no alcanza a más de 20%.

26 Según el ex Ministro de Justicia, Luis Bates, en los últimos 10 años se duplicó la población penal chilena y en los últimos cinco años los condenados presos se triplicaron: hay más del doble de presos que en Inglaterra y más de dos veces y medio que Argentina o Francia. Más aún, para los delitos graves, Chile tiene la más alta tasa de reclusión en América Latina, privada de libertad: 39 mil. En este escenario, las concesiones han permitido que los privados asuman los costos de construcción, mantenimiento de los recintos, alimentación, salud, educación y rehabilitación de los reclusos, quedando sin embargo la custodia a cargo del Estado a través de Gendarmería de Chile, que depende del Ministerio de Justicia. En comparación, Chile gasta por preso US\$ 11, lo que sube a US\$ 35 con los establecimientos penitenciarios nuevos, pero está lejos de los US\$ 65 en USA, US\$ 165 en Inglaterra o US\$ 84 en Australia.

27 Hay casos extremadamente graves, de cárceles cuyo nivel de hacinamiento alcanza más de 360% (por ejemplo, CDP de Limache). Fuente: Informe Anual de Derechos Humanos elaborado por la Universidad Diego Portales, Santiago.

vicio de justicia, al tiempo que dan una verdadera “presencia física” a la Reforma Procesal Penal, cuya modernidad no tan sólo se expresa en instituciones, procedimientos y personal, sino que, también, en sus edificios e instalaciones diseñados y construidos específicamente para albergar un nuevo sistema criminal, esta vez público y, precisamente a ese efecto, los edificios públicos han sido pensados para que alberguen público deseoso de saber cómo se imparte justicia. Todo lo anterior, unido, crea un sentimiento general en el público de que el país ha dejado verdaderamente atrás, en todos los sentidos posibles, una justicia criminal anquilosada, burocrática, demorosa y, por último, muy deficitaria desde un punto de vista de infraestructuras públicas, propiamente tal.

La Reforma Procesal Penal nos incentiva a hacer un último comentario. En Chile ya se han construido como obras por concesión, carreteras, túneles, cárceles, embalses de agua, aeropuertos y estacionamientos subterráneos. Próximamente se abrirá un nuevo negocio en materia de hospitales públicos y, más tarde, infraestructura educacional, pero falta, además, pensar en estadios y centros deportivos, parques y zoológicos, ferrocarriles y sistemas de regadíos. Y, si pudiéramos extremar los casos, ¿por qué no pensar en que los edificios de tribunales de justicia, los edificios de las municipalidades o, incluso, los recintos militares sean dados en concesión? Así, los jueces, los alcaldes y los militares se podrían concentrar únicamente en las funciones jurisdiccionales, administrativas y militares que les son propias e inherentes, dejando en manos de privados todos los aspectos referidos a la operación y mantenimiento de las infraestructuras públicas y de los servicios conexos que ellos prestan.

### III. LA CONTRACTUALIDAD ADMINISTRATIVA CHILENA SE CORRESPONDE AL NUEVO CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2005

La contractualidad pública considerada, en la forma antes descrita, como una eficiente palanca de desarrollo al servicio del país, se compatibiliza, por lo demás, con el contenido y finalidad generales que configura a la función administrativa del Estado contemporáneo en Chile.

En efecto, si bien es cierto que la doctrina *ius administrativa* vivió e internaliza hasta el día de hoy esos dos grandes momentos históricos que caracterizaron a la doctrina publicista, el del Estado liberal individualista con

su postulado montesquieuano de la ejecución de ley, y el del Estado prestacional de la teoría del servicio público, con León Duguit y la escuela realista francesa, la verdad es que desde el año 1991 en adelante, como consecuencia de la institucionalización de una administración democrática en la reforma constitucional de ese año, que superó el autoritarismo castrense que dominó el escenario estatal entre 1973 y 1990, devino en otro concepto de administración pública, que debe ser el aceptado en la actualidad como el que describe adecuadamente a la administración chilena, que es el de una administración para el desarrollo.

Justamente, por la Ley 19.097, del año 1991, se modificó el capítulo XIII de la Constitución: “Gobierno y administración interior del Estado”, para incorporar al ámbito administrativo a una nueva persona jurídica de base territorial, el gobierno regional, con la misión de ejercer “la administración superior de la región”, encargando al legislador orgánico constitucional regular estas nuevas entidades, para lo cual el constituyente estimó necesario dejar constancia en la historia fidedigna de su establecimiento qué era para él gobierno y qué administración.

Las Comisiones Unidas del Senado, en informe luego hecho suyo por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, señalaron, en efecto, que

El criterio imperante —para caracterizar en el texto constitucional al gobierno y a la administración— fue el de considerar que la función de gobierno implica la potestad de tomar decisión y es, por tanto, una facultad de imperio. Es comprensiva, también, de todo cuanto tienda a la preservación del orden público y la conservación de la seguridad interna y externa, siendo una de sus características la de poder adoptar resoluciones discrecionales.

A su turno, la función administrativa supone un conjunto de atribuciones que se orientan más bien a la aplicación de las normas legales y decretales para la consecución de los objetivos de poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos.<sup>28</sup>

Sobre esta base, el nuevo artículo 111, inciso 2, de la carta fundamental dispuso que los gobiernos regionales tendrían “por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”, finalidad que habrían de alcanzar

<sup>28</sup> Véase *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 23a., del martes 6 de agosto de 1991, “Discusión particular”, artículo 7o. *Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados*, sesión 37a., celebrada el lunes 9 de septiembre de 1991, “Discusión y votación particular del proyecto”, artículo 7o.

fundamentalmente, por mandato del artículo 113, a través de “planes de desarrollo de la región”, los cuales naturalmente suponen la determinación previa de políticas públicas de desarrollo regional para plasmarlas con posterioridad en lo que son planes, programas y acciones de implementación.<sup>29</sup>

La Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional vino a viabilizar esas reglas constitucionales, desagregando en su artículo 16, letras a) e i), en lo que interesa, las facultades de implementar las respectivas políticas públicas y el deber de coordinarlas con las determinaciones superiores adoptadas en el plano nacional.

Igual criterio se aplicó al plano comunal o local, como se desprende del artículo 118 del Código Político, pues en su inciso 4 señala que la finalidad de las municipalidades como “corporaciones —administrativas— autónomas de derecho público”, “es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”.

Acatando las normas constitucionales, el artículo 7o., inciso 1, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades dispone que “El plan comunal de desarrollo —es— el instrumento rector del desarrollo de la comuna”, imponiendo al alcalde la obligación de proponerlo al concejo en la primera semana del mes de octubre de cada año calendario (artículo 59, inciso penúltimo, y artículo 71, letra a), y atribuyendo a este órgano colegiado la facultad de aprobar dicho plan antes del 15 de diciembre (artículo 71, letra a). Agrega el artículo 9o. de la misma ley que “las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad”.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Artículo 111, inciso 2. La administración superior de cada región radicará en un gobierno regional que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

Artículo 113, inciso 2. Corresponderá desde luego al consejo regional aprobar los planes de desarrollo de la región y el proyecto de presupuesto del gobierno regional, ajustados a la política nacional de desarrollo y al presupuesto de la Nación. Asimismo, resolverá la inversión de los recursos consultados para la región en el fondo nacional de desarrollo regional, sobre la base de la propuesta que formule el intendente.

<sup>30</sup> Artículo 7o., inciso 1, 1a. parte. El plan comunal de desarrollo, instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural.

Artículo 9o., inciso 1. Las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad.

Una interpretación sistemática del orden constitucional, en los términos postulados por el Tribunal Constitucional,<sup>31</sup> permite extender este concepto de función administrativa a la actividad que el artículo 24 del Código Político confía al presidente de la república en el plano nacional, aunque la Constitución no consulte disposición alguna que radique explícitamente en él la facultad de fijar la política nacional de desarrollo y consiguientemente la de elaborar los planes, programas y acciones necesarios para viablezla, pues el legislador de la Ley 19.097 omitió modificar el capítulo IV de la carta política sobre las atribuciones del jefe de Estado, facultad que, en la práctica, nunca se ha puesto en duda en el país.

Así lo demuestra la sentencia del 10 de octubre de 1989, Rol 78, del Tribunal Constitucional, al afirmar “que de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Política, el Presidente de la República es el encargado del gobierno de la Nación, y, en tal consecuencia, le compete la dirección superior de los intereses generales de ésta”, facultad que le habilita para “fijar la política tributaria, arancelaria, presupuestaria, de fijación de precios, de remuneraciones, de creación de servicios públicos, de recaudación de las rentas públicas y de su inversión con arreglo a la ley, de seguridad social y negociación colectiva; la política minera, agropecuaria, forestal, pesquera, etcétera”.

Sin embargo, dentro de la conectividad jurídica que vincula e interrelaciona las normas constitucionales, cabe recordar que para el régimen constitucional sólo son materias de ley aquellas expresamente señaladas como de ese carácter por su artículo 63, de modo que en lo demás, en aquellos asuntos que son ajenos al dominio legal, la carta constitucional reconoce una competencia plena al administrador, al presidente de la República, prescribiéndolo así en su artículo 32, numeral 6, que complementa aquella disposición.<sup>32</sup>

31 El Tribunal Constitucional, que ha concluido, *v. gr.*, en su fallo Rol 46, de 1987, que “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal, que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o privas de eficacia algún precepto de ella”.

32 Artículo 63. Sólo son materias de ley:

Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6o. 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.

Estando precisamente acotado el campo de la competencia legislativa por el artículo 63 del Código Político, y correspondiendo al administrador regular “todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal”, en la regla del artículo 32 numeral 6 de la misma carta, parece claro deducir que toda materia contenida en el artículo 63 es un asunto de competencia legislativa, y que de no ser así, lo será de competencia administrativa presidencial.

Como la aprobación de la política nacional de desarrollo no se encuentra consultada en ese artículo 63 es lícito concluir, entonces, que la elaboración, aprobación, ejecución y control de las políticas públicas de desarrollo y de los consiguientes planes, programas y acciones que se aprueben y realicen para ejecutarlas, corresponde decidirlos al presidente de la república en el plano nacional, sin perjuicio de que por mandato de la Constitución Política corresponda ejercer esas potestades públicas a los gobiernos regionales y a las municipalidades en los niveles regional y comunal o local, en tanto y en cuanto confía precisamente a ellos en esas circunscripciones territoriales, las facultades de elaborar, aprobar, ejecutar y controlar los respectivos planes, programas y acciones que implementen las correspondientes políticas públicas en esos niveles.

La modificación constitucional del año 1991 permite descartar, entonces, como clave de bóveda de la definición de la función administrativa, a la sola idea de ejecución de ley y de servicio público, para presentarla como la actividad de servicio público y de desarrollo nacional, regional y comunal que sintetiza el informe de las Comisiones Unidas del Senado a propósito de la Ley 19.097.

Con todo, y no obstante lo hasta aquí expresado, la concepción chilena de lo administrativo no es una simple reedición de las visiones que dominaron las explicaciones jurídico políticas hasta los años ochenta, dominadas por un notorio énfasis en lo administrativo estatal de carácter unilateral, atribuyendo sólo al Estado el fructífero desenvolvimiento de las sociedades nacionales.

Los artículos 1o., 5o. y 113 de la carta de 2005, muestran otra faceta de lo institucional, al imponer al Estado el deber de estar “al servicio de la persona humana”, y la asignación a él, como finalidad propia, la de “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” (artículo 1o., inciso 4); al incluir una categórica afirmación de los derechos de las personas aun por sobre el ejercicio de la soberanía reservado a los órganos del Estado (artículo 5o., inciso 2); y al redefinir, en los términos consignados *supra*, una nítida función administrativa sustancial orientada, lo sostuvieron las Comisiones Unidas del Senado de la República el año 1991, a la prestación de servicios públicos y al desarrollo social, cultural y económico de la nación, de las regiones y de las comunas.

Estas ideas, consideradas en su conjunto, llevan a configurar, por lo tanto, una función administrativa de nuevos caracteres, al incorporar al humanismo y la solidaridad como elementos valóricos componentes del orden jurídico chileno, ya que estas ideas fuerza han venido a impactar decisivamente el concepto que la doctrina y la jurisprudencia nacionales habían estructurado como ámbito de lo administrativo con anterioridad a estas profundas vivencias transformadoras del ser jurídico chileno,<sup>33</sup> haciendo que la administración chilena contemporánea haya de ser explicada, en su realidad y en su juridicidad, como una actividad del Estado orientada a la prestación de servicios públicos y a la promoción, tanto del desarrollo general —social, cultural y económico— del país, de las regiones y de las comunas, como se desprende de una primera apreciación, para hacer de ella, asimismo, un actividad que simultáneamente ha de orientarse al desarrollo personal de todos los miembros que integran la sociedad, contribuyendo a “su mayor realización espiritual y material posible”.

<sup>33</sup> Artículo 1o., incisos 4 y 5. 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 es 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.

Artículo 5o., inciso 2. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la persona 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.

#### IV. FACTORES DEL MARCO JURÍDICO QUE FACILITAN, PERO NO ASEGURAN, UN BUEN RESULTADO

El marco jurídico de cualquier actividad en que se desenvuelve el hombre y sus instituciones bien puede transformarse en un aliado de los nuevos emprendimientos o, por el contrario, en su peor enemigo. En parte, la experiencia que se haga dependerá de la claridad, razonabilidad y flexibilidad del marco jurídico. En el caso del desarrollo nacional chileno, y a la luz de los diversos marcos normativos establecidos para la tipificación y regulación de contratos administrativos, pueden destacarse las siguientes variables como de importancia.

##### 1. *La transparencia*

En materia de transparencia y publicidad el proceso de modernización no debe detenerse jamás.

La administración debe publicitar en los sistemas de información públicos que se establezca, la información básica relativa a sus contrataciones.<sup>34</sup> Por cierto que dicha información debe ser completa y oportuna, refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas, aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras. Con lo anterior, se da un paso fundamental en la transparencia del sistema: se pone a disposición de los interesados información suficiente, permanente, oportuna y útil, a través de un medio de fácil acceso y de bajo costo o sin cargo.<sup>35</sup>

Complementariamente, debe disponerse de un modo general y amplio el deber de cada institución de elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, que contenga una lista de bienes y/o servicios de carácter referencial que una determinada entidad u órgano administrativo planifica comprar o contratar durante un año calendario. Estos planes deberían integrarse, además, por un conjunto de previsiones y me-

<sup>34</sup> Los diputados Cardemil y Ortiz consideraron estas ideas como pilares de la nueva Ley de Contratos de Suministro, que marca un avance notorio en las compras públicas, ya que inyectan transparencia y orden en el sistema. En Cámara de Diputados, sesión 21a., del 14 de mayo de 2002.

<sup>35</sup> Meyer y Fath Meyer, *op. cit.*, nota 9, p. 545.

didadas que deben resolver los objetivos, las adquisiciones y la gestión de los recursos materiales y de servicios de cada organismo administrativo.

Finalmente, cada institución debería establecer una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos celebrados, así como el rendimiento de los bienes y servicios que adquiere, reflejando esta información en un sistema o registro público de fácil acceso para otros entes administrativos al igual que para el público en general.

Todas las anteriores ideas matrices, persiguen básicamente dos objetivos: promover la transparencia administrativa en la contratación<sup>36</sup> y facilitar el ejercicio de instrumentos de control pre y postcontractuales, para ser ejercidos por entes contralores o fiscalizadores, así como por la opinión pública.

Las obligaciones que pesan en los organismos administrativos —en materia de contratos de suministro y de prestación de servicios— de licitar y contratar a través de un medio electrónico y de publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública la información básica relativa a sus contrataciones, ataca medularmente uno de los aspectos menos desarrollados en la institucionalidad de la contratación administrativa, a saber, la divulgación de información al inicio y, por sobre todo, al final de los procesos de contratación.<sup>37</sup> Un ejemplo real, y muy notable de esta idea, está en el Reglamento sobre Licitaciones y Prestación de Defensoría Penal Pública (DS Justicia 20, de 2002), que obliga al Comité de Adjudicación que elabore un *informe público de adjudicación* del o de los contratos y que notifique dicha adjudicación a todos los proponentes que se mantuvieron en competencia, tanto si resultaren adjudicados como si no lo fueren.

<sup>36</sup> Para el Poder Ejecutivo, los esfuerzos por aumentar la transparencia administrativa se ejemplifican en una serie de cuerpos legales inspirados en la Agenda de Modernización del Estado: la Ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma; la Ley 19.862, que establece Registros de las Personas Jurídicas Receptoras de Fondos Públicos; la Ley 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley 19.882, que Regula Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica; la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y la Ley 19.896, que introduce modificaciones al DL. 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado y establece otras Normas sobre Administración Presupuestaria y de Personal. Véase, Mensaje del presidente de la república con el que se inicia un Proyecto de Ley de Bases de Contratos Administrativos de Estudios y Proyectos de Inversiones de Obras Públicas.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 562.

El marco jurídico de contratación administrativa también debe ser innovador en lo que respecta a la fiscalización y ejercicio de control. A ese efecto, tiene Internet a su servicio, de ahora en adelante, cualquier órgano contralor, cualquier proveedor o contratista o cualquier ciudadano debe estar en condiciones de ingresar a Internet para poder tomar conocimiento de las necesidades de adquisición de los distintos organismos que componen la administración del Estado y de la manera como dichos requerimientos van siendo satisfechos por agentes económicos que participan en planos de competencia, transparencia e igualdad jurídica.

Este deber de la administración no puede ser tenido como soportante de un valor jurídico meramente informativo. Por el contrario, la información puesta en Internet es un requisito necesario y habilitante del procedimiento de contratación administrativa. Es, en otras palabras, una exigencia que condiciona su iniciación y término. Por su parte, para los proveedores, esa información crea legítimas expectativas de futuros negocios; y para los agentes políticos y fiscalizadores, esa información es pieza fundamental de la manera como ejercerán sus propias atribuciones.

## *2. La satisfacción del ciudadano o usuario debe ser el leit motiv del sistema*

La infraestructura pública cumple tanto un rol de “emblema”, como un papel generador o de apoyo de sectores productivos y de mejoramiento de la calidad de vida de las personas. A un mismo tiempo las obras públicas son la mejor manera de facilitar la legítima y necesaria autoexposición del Estado administrador frente a los ciudadanos. En todo caso, el foco fundamental de concentración siempre será la generación de obras de calidad y que satisfagan las necesidades públicas, antes que el fugaz acto del “corte de cinta”.

El uso del contrato de la administración para el desarrollo de obras públicas y para la generación de otra infraestructura y activos valiosos que sirvan a las empresas privadas o públicas que prestan servicios a la colectividad, genera en un primer momento una concreta manifestación física, perceptible de un modo fácil por la ciudadanía: se trata de un nuevo camino, de una nueva cárcel, de un nuevo embalse de agua, por mencionar algunos ejemplos. Esta infraestructura genera de por sí una sensación de satisfacción por parte de la ciudadanía en general; la que debe tratar de mantenerse a lo largo del tiempo.

Más tarde, cuando las obras públicas y la infraestructura y activos ya han entrado en operación o se han dado al uso público, el Estado debe desempeñar un papel dual: por un lado, debe fiscalizarlas con el objetivo de que mantengan sus condiciones y aptitudes naturales para el servicio al que se destinan; por el otro lado, el Estado no debe olvidar a los usuarios de esas obras y activos. Más aún, la administración debe estar siempre cerca de ellos para así conocer en todo momento cuál es el grado de satisfacción que experimentan.

A efectos de esto último, la actividad del Estado debe, en lo posible, guiarse por unas normas y estándares de servicio objetivos, previamente definidos por la autoridad y puestos en conocimiento de quienes serán fiscalizados (las empresas privadas a cargo de la prestación de servicios públicos o de operar y explotar obras públicas). En el caso chileno de las obras públicas, el ministro del ramo —Eduardo Bitrán Colodro— ya ha puesto sobre la mesa de discusión la idea de que todo lo anterior requiere contar con una intendencia o superintendencia autónoma para la regulación del propio Ministerio de Obras Públicas y que, además, pueda actuar como un verdadero tercero independiente de las partes contratantes, para así dar garantías a las personas.

La meta a alcanzar es, entonces, poner tanto énfasis en nuevas inversiones públicas a través de los privados, en asociación con el Sector Público, sin olvidarse de las obras antiguas que requieren ser mejoradas o, incluso, reconstruidas con técnicas y materiales modernos; pero siempre y en todo caso instando por ofrecer al usuario-ciudadano un servicio cada vez mejor.

### 3. *El “revisionismo” del instrumento jurídico y de su ambiente*

Cuando hacemos referencia a un proceso de “revisión” del contrato, lo hacemos considerando que él puede plantearse como objetivo del combate de los efectos negativos o adversos del sistema de manera de suprimirlos o neutralizarlos —y probablemente ello será lo usual—; pero, también, la revisión puede buscar un mejoramiento efectivo del sistema, que lo haga más eficiente, más sencillo, más atractivo y menos costoso.

En este último sentido, cabe preguntarse ¿por qué no pensar un mecanismo de financiamiento de ejecución de obras públicas, por vía de concesión, en que el Estado no entregue subsidios a la construcción, los accionistas del concesionario no arriesguen capital, sino que únicamente su *know*

*how* y gestión empresarial, y los financistas, así y todo, estén dispuestos a financiar casi en su integridad el costo de esas obras? ¿No es posible, entonces, pensar en un sistema de garantías públicas que constituya la base jurídica de todo lo anterior? el Estado avala y fiscaliza la construcción por el concesionario, asegurando al mismo tiempo al financista el término de ejecución de las obras en cuestión y, por transitividad, de la recuperación de su inversión.<sup>38</sup>

Ahora bien, cuando la revisión tiene por objetivo combatir efectos adversos o negativos, ello supone haberse constatado con anterioridad que el sistema presenta desviaciones, vicios o malas prácticas que pueden deberse a muchas razones. En lo que sigue nos concentraremos en dos: los “contratos imperfectos” y los “vicios de gestión”, propiamente tal.

#### A. Los “contratos imperfectos”

Los “contratos imperfectos” generan durante su cumplimiento adversidades de considerable significación. Por ello, es necesario actuar con celeridad y eficacia. Nos referimos a problemas tales como costos fiscales imprevistos, mayor conflictividad y disminución de rentabilidad social.

En el primer caso, es usual que los mayores costos se generen, por ejemplo, debido a la necesidad de introducir obras o servicios adicionales a los originalmente contratados<sup>39</sup> en razón de presiones sociales a nivel local, apoyadas generalmente por actores políticos, que se manifiestan extemporáneamente: generalmente cuando las obras ya se están construyendo en las inmediaciones de esas comunidades. Por esta vía, el objeto de la obligación contractual podría desvirtuarse con mayor o menor intensidad.

38 La idea está concentrada en un pasaje de una entrevista aparecida en un diario chileno Hans Peter Keitel, presidente de la empresa constructora alemana Hochtief: *si “alguien” puede garantizar “algo” los costos bajan considerablemente. Esta afirmación no es una perogrullada si se tiene en cuenta que las concesiones no hacen las obras públicas más baratas. Por el contrario, frecuentemente las encarecen.*

39 El Fisco está pagando a privados 1.265 millones de dólares en convenios complementarios que introducen obras adicionales a los contratos ya perfeccionados. Esta cantidad representa un 15% del total de recursos invertidos en infraestructura de concesiones, es decir, se trata aun de una cantidad menor. Del costo total de las obras adicionales, el 74% se paga por el Estado al concesionario en cuotas anuales; otro 20% se paga a través de alza de peajes a los usuarios y, por último, el 6% restante incrementado periodo de concesión.

La experiencia de concesiones de establecimientos penitenciarios ha otorgado un valioso aprendizaje al Estado: no debe restarse la colaboración de los mismos privados en la definición del modelo de concesión de las obras públicas, porque el conocimiento de los empresarios e inversionistas también potencian el modelo final con el que se licite facilitando que las propuestas técnicas que entreguen los proponentes se ajusten a la viabilidad del negocio, evitándose así futuros focos de conflicto.

Los resultados positivos o negativos de esta nueva experiencia se conocerán a partir del desarrollo futuro que tengan los contratos de concesión del programa de hospitales, en curso inicial.

Los “contratos imperfectos” también provocan aumento del nivel de conflictividad entre las partes contratantes, debido a que el cambio en las condiciones contratadas a veces genera cierta clase especial de perjuicios para el contratante privado, que el Estado probablemente no querrá reconocer ni pagar si no es con un previo pronunciamiento de un organismo contralor o un tribunal. Casos de esta clase pueden presentarse cuando el Estado se ha limitado en la licitación respectiva a definir funcionalidades y requerimientos básicos de los proyectos, de manera que obliga a los privados a proponer el diseño de la obra pública, pero en que, luego, durante el desarrollo del mismo, al advertirse que las soluciones técnicas no son todo lo satisfactoria que se habían esperado o vaticinado por la contraparte fiscal, se fuerza al privado a redefinir el diseño aduciendo que lo contratado originalmente no se ajusta a cabalidad a las condiciones definidas en las bases de licitación o pliegos de posiciones.

Por último, esta clase de contratos disminuye la rentabilidad social esperada al demorarse en el tiempo la ejecución del contrato más allá de lo inicialmente programado. Los contratantes buscan resguardo a sus derechos en los tribunales o en otras instancias de solución de controversias, y allí solicitan medidas cautelares que eviten aumentar los daños, probablemente paralizándose las obras, lo que de por sí afecta el interés general.<sup>40</sup>

Un caso de actualidad es un contrato de concesión de establecimientos penitenciarios, cuya construcción ha estado paralizada por más de 15 meses, por virtud de una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral ante el cual se litiga. En este ejemplo es sintomático el hecho de que las partes no pudieron o no quisieron conciliar el conflicto en las diversas oportunidades

<sup>40</sup> Las partes necesitan contar con una justicia rápida: lo exige el interés público involucrado y, también, el capital que ha arriesgado o arriesga el inversionista.

formales que implementó la comisión conciliadora y arbitral respectiva, lo que finalmente llevó al Estado a proponer al concesionario el término de la concesión y el pago de los recursos ya invertidos, antes que alcanzar una manera amistosa de asegurar al privado que no sería dañado injustamente instándolo por la continuación de las actividades constructivas hasta su término.

Este caso peculiar deja como enseñanza que nuestro sistema aun no contiene regulaciones efectivas que permitan desligar completamente el conflicto de la ejecución u explotación de una obra valiosísima que el público requiere con urgencia.<sup>41</sup>

### *B. Los “vicios de gestión”*

En cuanto concierne a los “vicios de gestión”, estos son desviaciones conductuales en que incurren tanto los órganos administrativos concernidos, así como los actores privados.

En el caso del sector público, los “vicios de gestión” pueden manifestarse en actuaciones administrativas fragmentadas, incoherentes o descoordinadas que dificultan o, incluso, complotan contra la normal administración y gestión de la contratación administrativa. Considérese que conforme al artículo 114, inciso 2, de la Constitución, la ley debe regular los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los órganos de la administración del Estado para facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales. Esta misma regulación de coordinación —se constata— puede faltar al interior de un mismo organismo administrativo, es decir, entre sus diversos órganos, lo que de modo ilustrativo se ha reflejado en las vinculaciones que mantienen la Dirección de Vialidad y la Coordinación General de Concesiones, ambas dependientes del Ministerio de Obras Públicas: cierto recelo, algunas fricciones en el ejercicio de competencias o funciones y, a veces, ánimo de desvincularse en la solución de problemas que les son comunes, son algunos ejemplos del problema.

<sup>41</sup> Las estadísticas señalan que en el caso de las concesiones de obras públicas actualmente hay más de 523 millones de dólares en litigios que conocen las Comisiones Conciliadoras y Arbitrales. De esto, un 70% serían conflictos derivados de obras en ejecución o adicionales y un 30% por retrasos. Dicha cantidad se reparte así: cárceles 139,5 millones de dólares; obra Túnel El Melón 174,4 millones de dólares, concesión Ruta 5, Tramo Santiago-Los Vilos 174,4 millones de dólares; otras concesiones 34,7 millones de dólares.

Los “vicios de gestión” también se presentan dentro de una misma unidad administrativa, cuando hay déficits de gestión integrada de proyectos o de contratos. Este fenómeno se presenta usualmente en reparticiones que tienen a su cargo series completas de contratos destinados a ejecutar un programa especial de desarrollo nacional (por ejemplo, el Camino Longitudinal o Panamericana) pero en que falta una verdadera “gerencia” que mantenga la visión del conjunto y evite que se diluya la responsabilidad que afecta a cada cual.

Por el lado del sector privado, se ha percibido que éste incentiva la ejecución de obras o la implementación de servicios o infraestructuras públicas que no siempre vienen a satisfacer verdaderamente una necesidad social. En efecto, pueden presentarse casos en que se construyen obras causadas simplemente por actuaciones de grupos corporativos antes que en razón de verdaderos efectos y necesidades sociales. Esta desvinculación de la “demanda social real” es, obviamente, negativa ya que no entrega beneficio mayor a la colectividad e incluso, puede significar un problema de mayor envergadura: la “captura del Estado”.<sup>42</sup>

El sistema debe, entonces, contener instrumentos que permitan que los órganos administrativos concernidos mantengan distancia e independencia frente a las presiones ilegítimas de grupos, usualmente económicos, que actúan en la dirección señalada. Alternativamente, y puesto que esos mismos grupos económicos no pueden ser excluidos del desarrollo nacional, el sistema jurídico debe establecer mecanismos jurídicos que permitan que esos núcleos económicos obtengan lo deseado contra aportes que ellos mismos deben efectuar a favor de la colectividad. Este es el caso ejemplar de la Ley 19.865, que establece y regula el sistema de financiamiento urbano compartido, mediante el cual los Servicios de Vivienda y Urbanización y las Municipalidades pueden celebrar con terceros contratos de participación, destinados a la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y manutención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquellos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras. Sin

42 Otra cosa distinta puede suceder, sin embargo, en la ejecución de obras públicas por concesión que evidentemente están destinadas a ser usadas principalmente por el sector poblacional más rico del país (por ejemplo, una supercarretera urbana que une áreas habitacionales, comerciales y empresariales de gran desarrollo). Hay veces en que estas obras tienen también un efecto social positivo, cuando con ellas desahoga las calles y vías alternativas gratuitas que utiliza el resto de la población.

ir más lejos, hace poco tiempo atrás, el Ministro de Obras Públicas entró en una abierta discusión con un concesionario de obra pública urbana, al negarse el primero a financiar el mayor costo de construcción de un enlace fundamental del camino que se construye, argumentando que no existía beneficio social en ello, sino que únicamente un interés de grupos inmobiliarios que desarrollan negocios precisamente en el área de influencia de la nueva ruta. En definitiva, el conflicto cesó tan pronto se obtuvo que esos mismos empresarios inmobiliarios comprometieran aportes en impactos viales que compensaban aquel mayor costo. En otras palabras, el caso que ilustramos significó la construcción de una obra pública sin subsidios del Estado y sin traspasar el costo a los futuros usuarios.

#### 4. Conclusiones

Los contratos administrativos juegan un papel instrumental de primer orden en la concreción del deber constitucional atribuido al Poder Ejecutivo de formular y ejecutar un plan nacional de desarrollo.

El marco normativo debe implementar mecanismos que aseguren una participación igualitaria, transparente y pública de cualquier persona en la contratación administrativa.

El sistema de contratación debe ser revisado de tiempo en tiempo. No existe una regla predefinida que indique cuándo y con qué intensidad debe llevarse a cabo un “revisionismo” del sistema y de los instrumentos de la contratación administrativa. Cada país o región puede presentar particularidades que lo hacen ser distinto al país o región vecino. Esas singularidades, en todo caso, deben ser tenidas siempre en consideración puesto que ellas darán la pauta final del modo y la forma como debe sustanciarse un procedimiento revisionista y los fines que se pretende alcanzar con ellos. No obstante, hay un solo parámetro válido siempre que debe observarse: el revisionismo no debe enemistar al Estado, a los inversionistas y a las personas comunes y corrientes, entre sí. Si ello ocurriera, es mejor no revisar nada.