



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y LAS CÁRCELES.

Disfunciones de la multa por sobrepoblación en dichos instrumentos.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

SOLEDAD ETCHEVERRY BORGES

Profesor guía Sr. Jaime Andrés Jara Schnettler

Santiago de Chile

2018

Para Alejandro, León,
y Julieta.

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: La Administración Pública y su asociación con privados	5
a. Conceptualización	5
b. Gestación de las Asociaciones Público-privadas a nivel mundial.....	8
c. Su nacimiento en Chile.....	10
d. Argumentos a favor de las PPP y críticas	13
e. ¿Qué formas pueden tomar?.....	16
f. Ejemplos de Asociaciones Público-Privadas en el mundo	18
CAPÍTULO II: La concesión de Obra Pública como modelo de Asociación Público-Privada	23
a. El concepto de concesión de obra pública	23
b. Marco jurídico y proceso de creación de una concesión de obra pública.....	26
c. El contrato de concesión de obra pública.....	35
CAPÍTULO III: Los Actos Administrativos involucrados en la Concesión de recintos penitenciarios	45
a. Contexto histórico.....	45
b. Características y datos básicos de los proyectos de infraestructura penitenciaria.....	46
i) <i>Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 1</i>	47
ii) <i>Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 3</i> :.....	51
iii) <i>Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 2</i> :.....	55
c) La multa por sobrepoblación penal.....	60
CAPÍTULO IV: Disfuncionalidades de la multa por sobrepoblación	64
a. Exorbitantes sumas pagadas a Sociedades Concesionarias:	65
b. Sobrepoblación de cárceles públicas: Tragedia de San Miguel.	67
c. Decisiones respecto a la libertad de internos se dejan en manos de privados.	74
CONCLUSIONES	76
BIBLIOGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN.

En Chile, así como en el resto del mundo, gran parte del progreso de las últimas décadas puede medirse a través de la infraestructura y sus avances. Santiago destaca dentro de Latinoamérica por su rápido desarrollo en esta área. De hecho, estos llevaron a la ciudad a ocupar el primer lugar del ranking de infraestructura de la compañía internacional Mercer¹ en el año 2017.

En este trabajo nos dedicaremos a estudiar el mecanismo que Chile utilizó para lograr este auge de construcción, usando una forma de pirámide invertida. Con esto queremos decir que va desde lo más amplio hasta lo más específico y reducido.

Comenzamos en el primer capítulo con las asociaciones público-privadas; qué son, cómo se originaron, qué formas pueden tomar, y otras interrogantes. En este segmento nos basaremos principalmente en doctrina internacional, ya que estas colaboraciones no fueron una creación chilena, si no que se inician en el exterior.

Luego, en el segundo capítulo, nos concentraremos en uno de estos tipos de asociación, la concesión de obra pública, que resulta ser el de mayor importancia e impacto en nuestro país. En esta ocasión continuaremos recurriendo a distintos los profesores y juristas, pero esta vez nacionales. También nos enfocaremos de manera

¹ Ranking: Santiago es la mejor ciudad latinoamericana en infraestructura, pero está lejos del top 20. Fuente: Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/05/15/858394/Chile-tiene-la-mejor-infraestructura-de-latinoamerica.html> . Visto el 01/08/2018

muy especial a la legislación nacional en todos sus niveles, es decir, desde la Constitución Política de la República hasta reglamentos de leyes.

Posteriormente nos adentraremos más aún en la especificidad, eligiendo ciertos contratos de concesión de obra pública en particular. Nos referimos a correspondientes al proyecto de infraestructura penitenciaria. Estudiaremos los actos administrativos que los componen y, sustancialmente, una particularidad que resalta entre sus cláusulas, la multa por sobrepoblación penitenciaria. Para esto nuestra mayor fuente será el mismo objeto de estudio, las bases de licitación de cada uno de los proyectos de concesión, así como también cada uno de los decretos y convenios que forman parte de los contratos de concesión de obra pública a estudiar.

Por último, y como cierre de este trabajo, revisaremos de qué forma esta peculiaridad ha tenido enormes repercusiones en nuestro país, revisaremos noticias y comentarios de aquella época, y también jurisprudencia de casos que resultan pertinentes para este estudio, por tener directa relación con las consecuencias de la multa por sobrepoblación penitenciaria.

Esperamos que una vez terminado este estudio, podamos reafirmar, o por el contrario, descartar, la idea de que la defensa del interés general requiere el mayor grado de diligencia en todas las actuaciones de la Administración Pública. Así como también que una falta en un contrato puede tener consecuencias de una nocividad incalculable, no solamente para las finanzas fiscales, si no para bienes jurídicos de muchísimo más valor, como la fe pública, e incluso la salud y la vida de personas que se encuentran bajo el cuidado del Estado.

CAPÍTULO I: La Administración Pública y su asociación con privados.

En este capítulo abordaremos este tipo de asociaciones -llamadas también PPP's por su nombre en inglés, Public Private Partnerships- desde lo más amplio hasta lo más concreto. La finalidad es entender -más adelante en este trabajo- las concesiones de obra pública, que tanto usamos en nuestro país, de la forma más cabal posible.

Para esto presentaremos primero las PPP's en general, su conceptualización, su gestación a nivel mundial y nacional, las razones que se han entregado para abogar a favor de este sistema de provisión de servicios públicos, las posibles críticas a dichos argumentos, y las distintas formas que han tomado las asociaciones público-privadas en el mundo.

a. Conceptualización.

Las asociaciones público-privadas son, tal como se esbozó en la introducción de este trabajo, una forma de colaboración entre el Estado y los particulares, a través de la cual se busca dar solución o respuesta a una necesidad de carácter público. Esta definición es bastante amplia, y permite abarcar dentro de la categoría de PPP's a una serie de figuras que se utilizan en relaciones de negocios entre el Estado y privados.

Algunos autores optan por una definición más restrictiva del concepto, como por ejemplo los profesores Engel, Fischer y Galetovic, quienes, en uno de sus libros relativos al tema en cuestión, expresan lo siguiente: "Una APP se define como un

acuerdo mediante el cual el gobierno contrata una empresa privada para construir o mejorar obras de infraestructura, así como para mantenerlas y operarlas por un periodo prolongado (por ejemplo, 30 años). Como compensación, la empresa recibe un flujo de ingresos a lo largo de la vida del contrato”.²

Para los fines de este trabajo, optaremos por una conceptualización intermedia entre los dos conceptos entregados anteriormente. Tomamos esta determinación debido a que un concepto demasiado amplio no nos ayuda a entender mejor qué son estas asociaciones en la práctica. Así como, a su vez, el concepto restrictivo de Engel, Fischer y Galetovic se cierra demasiado hacia lo que en nuestro país sería una concesión de obra pública, en la cual nos centraremos más adelante, pero por el momento excluye otras formas de PPP's sin tener una razón de peso para hacerlo.

Por esto nos quedaremos que la conceptualización que entregan los profesores Akintola Akintoye, Matthias Beck y Cliff Hardcastle, en su libro *Public-private partnerships: Managing risks and opportunities*: “En esencia, se trata de un acuerdo contractual entre una agencia del sector público y un grupo del sector privado, según el cual los recursos y el riesgo se comparten con el propósito de prestar un servicio público o para desarrollar infraestructura pública.”³

² ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. “Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica”. Fondo de Cultura Económica. 2014. p.16.

³ AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. “Public-private partnerships: managing risks and opportunities”. Editorial Black Science. School of the Built and Natural Environment, Glasgow Caledonian University. p.31. Traducción propia, texto original: “In essence, it is a contractual arrangement between a public sector agency and private sector concern, whereby resources and risk are shared for the purpose of delivering a public service, or for developing public infrastructure.”

Podemos decir entonces que una característica que define a estas asociaciones es que mediante ellas se cubre una necesidad pública, es decir, se entrega o realiza un servicio público.

Solemos usar el concepto servicio público comúnmente y de forma bastante libre. Sin embargo, pocas veces nos detenemos a reflexionar lo que realmente entendemos como un servicio público, cuestión que puede ser profundamente problemática. Esto porque dependiendo de esta conceptualización se genera una enorme cantidad de deberes para la administración del Estado, así como también los correlativos derechos para los ciudadanos. Por esta razón a continuación dedicaremos unas breves palabras a esclarecer este concepto.

Sobre la noción de servicio público existe una pugna entre un concepto amplio y uno estricto. Según el concepto amplio “este es la obra a realizar por la Administración, si bien el Poder es su medio para su realización. Surge así el servicio público como la justificación teleológica del poder, lo que, desde el ángulo de su legitimación, no deja de tener una importancia fundamental”⁴.

El problema que presenta este concepto es que, al darle carácter de servicio público a prácticamente toda la actividad de la administración. Pierde fuerza la noción misma y, de esta forma, podría dificultar la exigibilidad de aquellas funciones que

⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Madrid, España. Instituto de Estudios Políticos, 1975. Colección Estudios de Administración. p.343.

serían servicios públicos propiamente tales según una conceptualización más estricta, como lo que abarcaremos a continuación.

En sentido estricto servicio público es “aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”.⁵ Este concepto nos permite darle la limitación necesaria a la noción de servicio público para así establecer aquellas actividades que son de vital importancia y, por tanto, de mayor exigibilidad para el Estado.

Es este elemento, la exigibilidad, el que consideramos de vital importancia, y el que nos hace inclinarnos por el concepto restringido del servicio público, dejando de lado el primero que revisamos.

b. Gestación de las Asociaciones Público-privadas a nivel mundial

Ahora que ya sabemos a qué nos referimos cuando hablamos de Public Private Partnerships, es importante entender que estas existen en todo el mundo. De hecho, se empezaron a dar como un fenómeno global producido por una serie de factores históricos y sociales de carácter transversal.

⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Segunda Edición. Granada, España. Editorial Comares, 2001. p.503.

En este sentido, podemos relacionarlas con la idea de la Gobernanza Moderna, a la cual se refiere el profesor Renate Mayntz: “En la gobernanza moderna, las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, participan y a menudo cooperan en la formulación y la aplicación de las políticas públicas⁶”. Si bien esta conceptualización se refiere directamente a las políticas públicas, nos resulta útil para explicar también el nacimiento de las asociaciones entre el Estado y los privados para perseguir fines públicos. La idea de gobernanza moderna se refiere a un modelo de Estado, o de sociedad, en el cual el Estado y los particulares interactúan y participan activamente para definir tanto el presente como el futuro de la nación.

El mismo profesor Mayntz sugiere que estas alianzas entre Estado y privados empiezan a surgir como resultado del choque entre el neoliberalismo y el socialismo. Por un lado estaban las ideas del libre mercado sin ninguna intervención estatal, encabezado en Europa por el thatcherismo. Este se vio reafirmado como el sistema económico y social correcto con la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Pero luego, las distintas crisis políticas en países occidentales neoliberales, sumadas a una serie de recesiones económicas, han demostrado que el orden social no puede lograrse únicamente a través del mercado y de la participación de privados.

⁶ MAYNTZ, Renate. “El Estado y la Sociedad Civil en la Gobernanza Moderna”. En: Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo ‘Reforma y Democracia’. N°21. octubre 2001.

Así las cosas, una sociedad regulada únicamente por el Estado, o únicamente por particulares, sin participación conjunta está condenada al fracaso.

c. Su nacimiento en Chile.

A través de los años las naciones han pasado por innumerables procesos de cambios políticos y, en consecuencia, económicos. Tanto sus formas como sus fines y funciones han sido objeto de una constante evolución y Chile está muy lejos de ser la excepción.

A lo largo de la historia de nuestro país, el Estado experimentó una constante expansión en cuanto a las funciones y servicios que debía otorgar a sus ciudadanos. La expansión encontró su punto más alto en el gobierno del Presidente Salvador Allende, quién intentó establecer en Chile un Estado de bienestar a través de la instauración de una economía de planificación centralizada. Este proceso, más allá de las valoraciones personales que puedan hacerse, se dio en medio de la pugna ideológica conocida como la Guerra Fría, donde combatían por una parte el neoliberalismo político y económico encabezado por Estados Unidos, y el socialismo impulsado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), buscando cada uno de ellos obtener un papel hegemónico en la historia universal.

En este contexto, el gobierno de Salvador Allende fue depuesto mediante la fuerza. Lo que constituyó el quiebre institucional de 1973 y la posterior dictadura cívico-militar encabezada por Augusto Pinochet. Comenzó así un proceso que, marcado fuertemente por las ideas económicas y políticas norteamericanas, se basó en la

privatización de distintos servicios públicos con el fin de reducir el campo de acción del Estado y dar una mayor participación y libertad a los privados, incluso en ámbitos que habían sido históricamente manejados por el Estado, como la educación o la salud.

En este nuevo escenario proliferaron las concesiones como mecanismo para dejar en manos de particulares diversos servicios públicos que antes administraba y conducía la Administración Pública. Procurando con estas medidas una reducción de la esfera de acción del Estado, postura coherente con una política liberal de mercado, opuesta a la planificación central del ideario socialista. El principal tipo de concesión que se utilizó para estos efectos fue la concesión de obra pública, la cual será objeto de un análisis más profundo en el transcurso del presente trabajo.

Al llegar la década de los noventa, y el retorno de la democracia a nuestro país, nos vimos en una situación de grandes avances económicos, pero aun con la infraestructura deficiente y deteriorada de un país subdesarrollado. En este contexto, el Estado recurrió a los privados, ahora fuertemente fortalecidos, para buscar en ellos el financiamiento necesario para actualizar la infraestructura pública.

Pero si queremos buscar una situación particular que gatilló la necesidad imperiosa de la entrada de privados a este negocio en Chile, fue la horrible situación vial que se podía apreciar en todo el país. “En el inicio de los años noventa el panorama de la infraestructura vial en estos países [Chile, Colombia y Perú] era desolador: cada red estaba escasamente pavimentada y con serios problemas de mantención. En el caso de los caminos que sí lo estaban, la mayor parte exhibía un fuerte deterioro como

consecuencia de la escasa inversión fiscal en infraestructura vial en los decenios precedentes.”⁷

Frente a esta imperante necesidad, el Estado no era capaz de hacerse cargo de la enorme inversión que significaba llevar las redes viales del país a un estándar adecuado para el tercer milenio, y así permitir a Chile crecer en producción. “A modo de ejemplo de puede señalar que la inversión pública anual promedio en la Ruta 5, principal carretera del país en el período 1990-1994, por concepto de ampliación de capacidad, repavimentaciones y conservación de la ruta, fue de 45 millones de dólares; por consiguiente, una inversión de 2.000 millones, que se estimaba como necesaria en dicha Ruta para el período 1995-2000, solamente hubiera podido alcanzarse con 50 años de retraso.”⁸ En este escenario, se optó por entregar estos proyectos, que tenían un gran potencial económico, a los privados, y dirigir así los fondos públicos a proyectos que tuvieran mayor rentabilidad social pero una menor rentabilidad privada.

Con el tiempo el campo de aplicación de las asociaciones entre el Estado y particulares se fue ampliando a otros sectores de infraestructura, tales como hospitales, colegios y cárceles. Lamentablemente no siempre con buenos resultados, ya que como veremos más adelante, los mecanismos que funcionan para un tipo de infraestructura no necesariamente son los más aptos para otras.

⁷ RUFÍAN LIZAMA, Dolores María. “Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú”. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Proyecto ILPES/CAF “Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado”. Santiago de Chile, enero de 2002. p.11. (Paréntesis agregado)

⁸ RUFÍAN LIZAMA, Dolores María. Ibidem. p. 20.

d. Argumentos a favor de las PPP y críticas

El surgimiento de esta nueva forma de provisión de infraestructura pública se vio impulsado en sus inicios por grandes elogios y festejos que estimaban que estas nuevas figuras eran la solución a una serie de problemáticas que habían acompañado desde siempre a la provisión pública.

Las mayores promesas de las APP eran: promover el mantenimiento continuo, lo que significa que no tendrían que hacerse grandes reparaciones cada cierto tiempo; empoderar a los usuarios a demandar un servicio de mejor calidad, ya que son ellos quienes pagan la tarifa de uso; permitir liberar fondos públicos y sortear trabas presupuestarias, ya que no deben destinarse fondos para estos proyectos en la ley anual de presupuesto; filtrar de mejor manera los proyectos llamados “elefantes blancos”, los que suelen construirse por los gobiernos de turno con fines electorales o propagandísticos pero que no tienen un verdadero valor social y/o económico; y por último, establecer precios que reflejen la realidad del mercado, ya que se deja la tentación del gobierno de establecer precios por debajo de los costos por razones populistas.⁹

Lamentablemente no todas estas promesas han resultado ciertas en la práctica, ya que, a medida que nos acercamos a determinados proyectos de asociación público-privada, estas se van relativizando.

⁹ ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Ibidem. p.11-12 y 28-35.

En el caso de las autopistas o carreteras, estas premisas suelen cumplirse sin mayores problemas. Sin embargo, existen ciertos servicios públicos que no pueden costearse con tarifas cobradas a usuarios. El ejemplo más evidente son las cárceles, pero también es aplicable la misma lógica a escuelas y hospitales. En estos casos, muchos de los argumentos pro-APP se caen.

En primer lugar, los usuarios ya no se encontrarán empoderados para exigir un mejor servicio, ya que no son ellos quienes pagan por este, es por esto por lo que no tienen la protección que tendría, por ejemplo, un consumidor.

Además, si bien no existirán las restricciones del presupuesto anual, al final será el Estado el responsable de financiar el proyecto mediante pagos periódicos a la sociedad concesionaria. “Obviamente, este argumento no aplica a las muchas APP cuyo costo de capital es remunerado mediante pagos futuros del fisco, establecidos mediante un contrato que define pagos periódicos y que amarra los presupuestos de futuros gobiernos. En estos casos, el efecto fiscal de las APP corresponde a un truco contable, debido a que las obligaciones futuras de estos contratos se pueden mantener fuera de la contabilidad fiscal sin una clara justificación económica.”¹⁰ Esto puede resultar en conflictos de gran magnitud, ya que compromete económicamente al Estado sin hacer responsable al gobierno de las desventajas de la deuda que se está contrayendo, entregando al país una imagen de crecimiento que en ciertas ocasiones puede ser falsa. Esta posibilidad abre la puerta a populismos que busquen mejorar la imagen de las autoridades con cargo al futuro. “En varios países las APP sirvieron

¹⁰ ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Ibidem. p.29.

como un truco útil para que los gobiernos aumentaran el gasto sin supervisión parlamentaria y la industria que surgió al alero de las APP presiona a los gobiernos para que creen rentas en su beneficio.”¹¹

Respecto a las tarifas que se cobran, es cierto que cuando se entrega un servicio a través de un proveedor público estas están sujetas a una mayor susceptibilidad de ser artificialmente disminuidas con fines políticos. Al ser las tarifas más bajas que lo que dicta el mercado se puede caer en la subinversión y el sobreconsumo, dos consecuencias que claramente no son deseables. Pero no es del todo claro que la provisión privada -a través de PPP- solucione este problema y establezca precios acordes al mercado, ya que nos encontramos con el riesgo de una captura regulatoria que haga aumentar los precios artificialmente, lo cual impactaría directamente a los usuarios de forma negativa. Por esto, que el proveedor sea una entidad privada solo será beneficioso en cuanto a tarifas justas cuando exista suficiente competencia.

Así las cosas, podemos ver entonces que no todas las promesas de las asociaciones público-privadas se cumplen en su totalidad, si no que existen casos en los que, debido a las características específicas del proyecto, o del país donde se pretenden utilizar, no solucionan las deficiencias de la provisión pública, o bien, generan otras nuevas.

¹¹ ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Ibidem. p.215.

e. ¿Qué formas pueden tomar?

Existen diversas formas que pueden tomar estas asociaciones. Dentro de las más usadas en el mundo están los contratos BOT (Build, Operate, Transfer), BOO (Build, Operate, Own), el Leasing, y Joint Ventures, así como también los contratos de gestión o de operación, y las cooperativas de acuerdos.¹²

Todo va a depender del nivel de intervención que tenga la parte privada en la entrega del servicio público, la cual puede ir desde la mera construcción de la infraestructura, hasta la total gestión del proyecto.

A continuación, se presenta una tabla extraída del libro “Public Private Partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance”, de los profesores Darrin Grimsey y Mervyn K. Lewis. En esta se muestra claramente como a mayor avance del mundo privado en la provisión de un servicio público, más retrocede el Estado. También se acompaña cada uno de los escenarios con un ejemplo.

¹² BARRALES BETANCOURT, César Milton Alejandro; VARGAS GALLEGOS, Christian Andrés. “Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos”. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, -Universidad de Chile. 2012.

Tabla 1¹³

Papel del sector privado en aumento				
Rol de la parte privada	Solo servicios de infraestructura	Infraestructura y servicios auxiliares	Infraestructura y entrega de servicios parciales al público	Infraestructura y entrega del servicio a los usuarios
Rol del Estado	Entrega de todos los servicios a los usuarios	Entrega de los servicios centrales	Entrega de los servicios centrales	Sin rol operacional
Ejemplos	Edificios públicos	Servicios hospitalarios no centrales, servicios judiciales no centrales	Facilidades comunitarias vinculadas a infraestructuras educacionales (por ejemplo: uso después de hora de clases)	Ferrocarril, carreteras, instalaciones portuarias, estacionamientos

¹³ GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. "Public Private Partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance". Editorial Edward Elgar. Cheltenham, Reino Unido. Northhampton, Massachusetts, Estados Unidos. 2004. p. 103. Traducción propia.

Como pudimos ver, las asociaciones entre el mundo privado y el Estado implican la construcción de nueva infraestructura pública, y a partir de ese punto, la participación del privado puede extenderse hasta abordar por completo la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.

La decisión sobre qué forma tomará una PPP en particular dependerá de una serie de factores, entre los cuales los más importantes y determinantes son, por un lado, las características propias del proyecto, y por otro, los lineamientos políticos que siga el gobierno o la autoridad a cargo de esta decisión.

A continuación, veremos como en distintas partes del mundo se han utilizado distintas formas de asociaciones, algunas en las cuales los privados han tenido poco control del proyecto, y otras donde se les da tal poder que algunos piensan que se acerca más a una privatización que a una alianza entre Estado y particulares.

f. Ejemplos de Asociaciones Público-Privadas en el mundo

Los Estados de todo el mundo utilizan PPP's para obtener beneficios de los agentes privados. El beneficio suele tratar se su capacidad de financiamiento, pero muchas veces también se trata de sus habilidades técnicas especiales, también llamado know-how.

Es así como podemos encontrar casos en Europa Continental¹⁴ donde se aplican el concepto más amplio de APP. Entendiéndolo de forma amplia, encontramos

¹⁴ AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. Op. Cit. chapter 1.6. PPP in Europe.

al Estado y privados unidos para beneficiarse mutuamente sin que se encuentre involucrado de manera directa un servicio público. El mayor ejemplo de esto es la empresa alemana Volkswagen, que cuenta con una importante participación estatal, de hecho, el 40% se divide entre el Gobierno Federal Alemán y el Estado de Baja Sajonia (Lower Saxony).

Otra práctica común en el viejo continente es el “outsourcing”. En esta forma de asociación, distintas oficinas de un servicio público son licitadas y encargadas a un privado externo al servicio, de esta forma unidades como los departamentos legales, oficinas de traducciones y de tecnología informática, entre otras, son extraídas de la Administración y puestas en manos de particulares.

Pero para proyectos de infraestructura, que tienen mayor relevancia dentro del plano de las PPP's, ya que requieren gran técnica y financiamiento, lo más utilizado en estos países son las Private Finance Initiatives (PFI). Estas son un grupo de asociaciones público-privadas que se caracterizan principalmente por ser financiadas por la parte privada.

Las PFI se llevan a cabo a través de distintos modelos de contratos. En Europa continental el modelo más utilizado es el contrato BOT (Build-Operate-Transfer). Este modelo consiste en una relación donde “La compañía privada financia, construye y opera un sistema de infraestructura que genera flujos de caja que permiten recuperar

los costos de inversión y operación. En una fecha preestablecida, la propiedad se transfiere al ente estatal.”¹⁵

Este sistema es el más parecido a lo que tenemos hoy en Chile como concesión de obra pública: “las autoridades de la época decidieron adoptar como Sistema de Concesiones de Obras Públicas en Chile el denominado por sus siglas en inglés BOT: Built, Operate and Transfer, y que es utilizado por diversos países en el mundo que a través de la concesión de obras públicas han buscado satisfacer necesidades sociales por medio de recursos privados.”¹⁶ Una de las ventajas de este tipo de asociación, es que aumenta la cantidad de infraestructura pública, ya que al finalizar el contrato, la obra construida para a manos del Estado.

Por otra parte, tenemos a Reino Unido¹⁷, que ha encabezado los avances en asociaciones público-privadas. En su historia podemos encontrar varios métodos de PPP’s, como por ejemplo el outsourcing, pero por sobre todo, han establecido como forma de obtención de infraestructura la PFI bajo el modelo de contrato DBFO (Design-Build-Finance-Operate). “Un contrato firmado bajo los principios de la iniciativa de financiación privada donde el mismo proveedor se compromete con el diseño y la construcción de un activo y, posteriormente, su mantención durante un período prolongado, a menudo 25 o 30 años”¹⁸. En este modelo se incluye al privado desde la

¹⁵ LINARES CANTILLO, Alejandro. “La participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos en Colombia”. Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes de Colombia. n°21. febrero 1998. p.66.

¹⁶ BARRALES BETANCOURT, César Milton Alejandro, y VARGAS GALLEGOS, Christian Andrés. Op. Cit. p.33.

¹⁷ AKINTOKE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. Op. Cit. chapter 1.7. PPP in the UK.

¹⁸ HALL, David; DE LA MOTTE, Robin; DAVIES, Steve. “Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)”. Public Services International Research Unit. Greenwich. 2003. Traducción propia. Texto original: “A contract

etapa de diseño del proyecto de infraestructura, lo que permite una mayor transferencia de riesgos desde la Administración al concesionario.

En Estados Unidos¹⁹ las relaciones entre Administración y privados ha tendido hacia la privatización, a través de la cual el Estado se deshace de algunas de sus funciones y las entrega a particulares.

Pero existen también otras relaciones, en las cuales la parte privada tiene una enorme participación. Así, la PPP más común en este país es el Leasing, o contrato BLT (Build-Lease-Transfer), donde el privado construye cierta infraestructura y mantiene su propiedad, pero al mismo tiempo la arrienda a la Administración para que ésta pueda otorgar un servicio público en ella. El mayor caso de BLT en Norteamérica es el de los colegios, donde el privado puede incluso arrendar los salones para otros fines fuera de la hora de funcionamiento.

También utilizan el outsourcing, sobre todo en hospitales, donde el Estado se encarga solamente de la atención médica y todo lo demás se le encarga a privados, desde los insumos médicos al personal de limpieza.

Por último, en Latinoamérica²⁰ las PPP han tenido una inmensa importancia en el crecimiento de los países, ya que es la única forma que tienen estos países de financiar grandes proyectos de infraestructura estatal. Es así como se han utilizado

let under the principles of the private finance initiative whereby the same supplier undertakes the design and construction of an asset and thereafter maintains it for an extended period, often 25 or 30 years”

¹⁹ AKINTOKE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. Op. Cit. chapter 1.8. PPP in the USA.

²⁰ Ibid., 18.

modelos de PFI sobre todo para la construcción de caminos. Pero existen países que han tomado otras vías, este es el caso de Colombia, que ha utilizado los Joint Venture para distintos proyectos. Uno de ellos, y el más exitoso, fue el “Proyecto Manizales”, que consistía en crear un sistema de tratamiento de desechos sólidos que se desprenden en la producción de café.

CAPÍTULO II: La concesión de Obra Pública como modelo de Asociación Público-Privada.

Como dijimos en el capítulo anterior, la APP más utilizada en nuestro país ha sido la concesión de obra pública. Esta toma la forma de un contrato BOT (Build, Operate, Transfer), es decir, un acuerdo en el cual la parte privada se encarga de construir la infraestructura necesaria para el otorgamiento de un servicio. Después de construida, opera dicha infraestructura o proyecto durante el tiempo de duración de la concesión. Una vez finalizado este periodo, transfiere la propiedad de la infraestructura al Estado.

Por esto ahora nos corresponde estudiar a fondo nuestro sistema de concesiones de obra pública, el cual es un pilar fundamental de nuestro desarrollo como país. Para esto iniciaremos este capítulo definiéndolas, para poder entender de forma correcta el objeto de nuestro estudio. Continuaremos estableciendo el marco jurídico en el cual se desenvuelven estas importantes asociaciones público-privadas. Luego pasaremos a revisar los tipos de infraestructura que han sido financiados de esta forma. Por último, estudiaremos el instrumento a través el cual se hace efectiva a asociación público-privada, es decir, el contrato de concesión de obra pública.

a. El concepto de concesión de obra pública

Las concesiones son el medio a través del cual el Estado pone en mano de particulares tareas o servicios que le corresponden, a cambio de las ganancias que se pueden obtener por la realización de aquel servicio. En palabras de la profesora

Dolores Rufián: “Se trata de un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y, en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios.”²¹

Podemos ver entonces que la concesión tiene distintos elementos que la caracterizan, los cuales revisaremos a continuación. En primer lugar, la concesión significa la existencia de un contrato, elemento en el que ahondaremos más adelante. Además tenemos dos partes, de las cuales una es siempre la Administración y la otra una persona privada, ya sea natural o jurídica. Luego se presenta un encargo, que consiste en gestionar y hacer funcionar un servicio o gestión pública. Otro elemento es el riesgo, el cual es asumido por la parte privada llamada concesionaria. Y por último, ciertas ventajas que le otorga la administración a esta persona natural o jurídica que se hace cargo del servicio público, la principal ventaja consiste en la facultad de percibir las tarifas, que son el precio que pagan los usuarios pero que es fijado por la administración.

Según la profesora Rufián existen tres tipos de concesiones, las concesiones de uso público, las concesiones de servicio público y las concesiones de obra pública²². La primera consiste en la autorización de la autoridad para que un privado

²¹ RUFÍAN LIZANA, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica, 1999. p.12

²² RUFÍAN LIZANA, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica, 1999

pueda hacer uso de un bien fiscal o de un bien nacional de uso público. La segunda es una autorización para efectuar una actividad que consista en un monopolio natural o con baja competencia, por lo que el Estado debe regular sus tarifas y condiciones. Sobre la tercera trata nuestro trabajo y se hablará a continuación.

En Chile, cuando hablamos de concesión, inmediatamente pensamos en obras públicas. Esto resulta completamente lógico, ya que debido a nuestra complicada geografía el Estado ha necesitado de gran ayuda para conectar las distintas ciudades del país de forma efectiva y lo más eficientemente posible.

Pero no solo los caminos y carreteras constituyen obras públicas, sino toda infraestructura construida para satisfacer una necesidad cuyo cumplimiento se le atribuye al Estado. De esta manera, también pueden considerarse obras públicas los hospitales, los edificios que albergan las Universidades Estatales, los alcantarillados, los parques, y una larga lista de edificios.

El concepto de obra pública se encuentra definido en el Decreto 75 del año 2004 del Ministerio de Obras Públicas. Según esta normativa se trata de “Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público”.

Por lo tanto, estaremos frente a una obra pública cuando se trate de, (1) un bien inmueble, (2) cuyo dueño sea el Estado, (3) que puede haber sido construido o reparado tanto por él mismo como por un tercero privado, (4) y que tenga como función otorgar un servicio al público general.

Entonces, las concesiones de obra pública son aquellas en que la Administración encarga a un privado la construcción de una obra pública, y entrega al mismo tiempo su explotación para pagar con esta al privado. En este sentido explica la profesora Dolores Rufián: “en la concesión de obra pública lo esencial es la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un procedimiento para remunerar al particular o sociedad que se encarga de construirla”.²³

b. Marco jurídico y proceso de creación de una concesión de obra pública.

En este apartado vamos a estudiar el Decreto con Fuerza de Ley N°900 del Ministerio de Obras Públicas del año 1996, más conocido como la Ley de Concesiones de Obra Pública. Analizaremos esta ley estudiando los artículos más relevantes, siguiendo su orden, ya que esta muestra de forma muy clara las distintas etapas que se atraviesan en el proceso de concesionar un proyecto de infraestructura pública.

En primer lugar, es importante delimitar claramente el marco jurídico que va a regir las concesiones. Por supuesto debemos remitirnos antes que nada a la Ley de Concesiones de Obra Pública, la cual en su primer artículo²⁴ establece claramente su

²³ RUFÍAN LIZANA, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica, 1999. p.15.

²⁴ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 1° inciso primero.- La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N°294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto.*

pertinencia. Suma también otras normas, las cuales se unen para dar forma al marco jurídico total que regula este tipo de asociaciones público-privadas. Estas son el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obra Pública, y las bases de licitación de cada proyecto.

Estas -las bases de licitación- son un elemento fundamental en el proceso de concesión de obras públicas. Como veremos en las siguientes páginas, su relevancia se hace notar, no solamente en la cantidad de veces en que la ley hace referencia a estas, si no en la altísima importancia de los asuntos que deja en manos de estas bases.

En cuanto al Órgano de la Administración del Estado encargado de llevar a cabo las gestiones necesarias para que un proyecto de infraestructura pueda realizarse vía concesión, el responsable es el Ministerio de Obras Públicas, el cual debe actuar siempre, como todo Órgano de la Administración, regido por las leyes y principios que regulan su proceder, tales como la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y la obligación de fundamentar sus decisiones, como lo podemos ver en el artículo

segundo²⁵. También es de competencia y responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas la aprobación de las bases de licitación.²⁶

Una vez que las bases de licitación se encuentran aprobadas por el MOP, quien también es el Órgano encargado de redactarlas, es necesario comenzar con el proceso de licitación. Pero primero debemos preguntarnos qué es la licitación: “La licitación pública es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración”²⁷.

La ley de concesiones busca que las licitaciones sean abiertas a la mayor cantidad de personas posibles²⁸, esto con dos finalidades; en primer lugar, cumplir con

²⁵ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 2° incisos primero y segundo.* - El Ministerio de Obras Públicas será el organismo competente para realizar las actuaciones preparatorias que sean pertinentes, en conformidad con el presente decreto con fuerza de ley y sus normas complementarias.

Cualquier persona natural o jurídica podrá postular ante el Ministerio la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión. La calificación de estas postulaciones será resuelta por el Ministerio de Obras Públicas, en forma fundada, dentro del plazo de un año, contado desde su presentación. El reglamento establecerá los criterios para la calificación de estas postulaciones.

²⁶ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 3°.* - La adjudicación del contrato y el otorgamiento de la o las concesiones correspondientes, serán precedidas de las siguientes actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 15.840.

- a) *Aprobación, por el Ministerio de Obras Públicas, de las bases de licitación, y*
- b) *Selección del adjudicatario de la licitación por los mecanismos previstos en este decreto con fuerza de ley y sus normas complementarias.*

²⁷ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. “Contratos Administrativos y Licitación Pública”. Trabajo publicado en www.ilustrados.com. p.10.

²⁸ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 4°.* - Las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales y a ellas podrán presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos y exigencias que establezca el Reglamento.

Artículo 6° bis inciso segundo, primera parte. -Además, tratándose de proyectos de iniciativa pública o privada que sean multifuncionales y que revistan un elevado grado de complejidad, tales como cárceles, hospitales, autopistas

el mandato constitucional de igualdad de los particulares ante la ley. Además, en segundo lugar, lograr mayor competencia y poder obtener las mejores condiciones para la ejecución del proyecto.

Continuando con la misma lógica de mantener un proceso objetivo, y evitar así posibles discriminaciones arbitrarias, el artículo 7²⁹ establece un listado de factores

urbanas u otros similares, las bases de precalificación podrán exigir otros requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la igualdad de trato entre los participantes de este proceso.

²⁹ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. Artículo 7° inciso primero. - La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación:

- a) estructura tarifaria,
- b) plazo de concesión,
- c) subsidio del Estado al oferente,
- d) pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión,
- e) ingresos garantizados por el Estado,
- f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor,
- g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión,
- h) puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación,
- i) oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida ésta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. En todo caso, esta oferta sólo podrá realizarse en aquellas licitaciones en las que el Estado garantice ingresos de conformidad a lo dispuesto en la letra e) anterior,
- j) calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios,
- k) consideraciones de carácter ambientales y ecológicas, como son por ejemplo ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados, evaluadas por expertos y habida consideración de su costo con relación al valor total del proyecto.

Asimismo, consideraciones sobre el cumplimiento de lo establecido en los planes regionales de desarrollo urbano, los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y

que deben tomarse en cuenta para decidir cuál de las ofertas presentadas es la mejor. Además, establece que la prelación e incidencia de dichos factores serán determinados en las bases de la licitación, de acuerdo a las características propias de las obras

Una vez presentadas las ofertas, y habiendo sido estas calificadas de la forma que acabamos de revisar, el Ministerio de Obras Públicas debe adjudicar el contrato de concesión de obra pública a aquella postulación que haya sido ganadora. El instrumento a través del cual se ejecuta esta adjudicación es un Decreto Supremo emanado del Ministerio de Obras Públicas, que debe llevar además la firma del Ministro de Hacienda. Luego este decreto debe publicarse en el Diario Oficial para que se entienda así perfeccionado el contrato³⁰.

Es importante mencionar que la persona, o conjunto de personas, que se adjudiquen la concesión de obra pública, se verán obligados a constituirse como una sociedad de nacionalidad chilena, o agencia nacional de una sociedad extranjera, que será la contraparte del Estado en el contrato de concesión de obra pública³¹.

l) ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. Este factor de licitación no podrá ser utilizado en conjunto con ninguno de los factores señalados en las letras a), b) o i) anteriores.

³⁰ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 8°.* - *La adjudicación del contrato a que se refiere el artículo 1°, se resolverá por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.*

El contrato se perfeccionará una vez publicado en el Diario Oficial el decreto supremo de adjudicación.

³¹ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 9° inciso primero, letra a).* - *El adjudicatario quedará obligado a:*

Una vez que se encuentra establecida por contrato la relación entre el la Administración y la Sociedad Concesionaria, la ley de concesiones comienza a regular las prestaciones que se deben una a la otra. Regula también las obligaciones que tiene la Concesionaria con los usuarios del servicio público que tiene ahora a su cargo.

Uno de los puntos más relevantes de esta regulación lo establece el artículo 11 en su primer inciso, al prescribir que el concesionario recibirá únicamente como compensación por sus servicios la tarifa convenida, los subsidios que el Estado le deba, siempre y cuando estos hayan sido establecidos anteriormente³².

Además, el concesionario también tiene obligaciones pecuniarias ya que debe constituir garantías, tanto de la fase de construcción como de la fase de explotación. Para poder iniciar la construcción del proyecto de infraestructura pública, en el primer caso, y para dar pie a la puesta de inicio del servicio que se entregará en la obra misma cuando esta ya se encuentre completamente lista³³. En ciertos casos se puede iniciar

-
- a) *Constituir, en el plazo y con los requisitos que el Reglamento o las Bases Administrativas establezcan, una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, con quien se entenderá celebrado el contrato y cuyo objeto será la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87° del decreto supremo N°294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas.*

³² DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 11° inciso primero. - El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno.*

³³ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 12°. - El concesionario deberá constituir la garantía definitiva correspondiente a la fase de construcción, en la forma y monto establecido en las bases de licitación. Artículo 13°. - Antes de la entrada en servicio de la obra, en su totalidad o de una parte de la misma, susceptible de explotación independiente, el concesionario deberá constituir la garantía de explotación en la forma y monto establecido en las bases de licitación.*

la explotación de la obra sin que esta se encuentre totalmente acabada, si no que por parcialidades, para esto se requiere la autorización expresa del Ministerio de Obras Públicas³⁴.

Una característica importante de la relación que se forma entre Estado y privado en esta asociación, son las facultades que tiene el Ministerio de Obras Públicas para vigilar el íntegro cumplimiento de las bases de licitación³⁵, en especial de la calidad del servicio entregado, así como también para asegurarse que el proyecto entregue realmente un beneficio al público.

En este último sentido encontramos las llamadas “facultades exorbitantes de la Administración”. Fueron nombradas de esta forma por considerarse que van más allá de la lógica contractual, y que incluso desafían el *pacta sunt servanda*, principio básico de nuestro sistema jurídico. Pero no nos concentraremos en este tipo de facultades administrativas ya que no son el objeto de estudio de este trabajo. Solamente mencionaremos como ejemplos, la posibilidad que tiene la Administración del Estado de dar fin unilateralmente al contrato de concesión, y, de aun mayor importancia por su frecuente uso en las concesiones de obra pública, la facultad de modificar

³⁴ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 17°*. - *La puesta en servicio de la obra será autorizada por el Ministerio de Obras Públicas previa comprobación de su ajuste a los proyectos y demás especificaciones técnicas aprobadas. Podrá efectuarse por parcialidades, siempre que éstas constituyan por sí mismas, unidades susceptibles de una explotación independiente y en las condiciones que se determinen en las bases de la licitación respectiva.*

³⁵ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 18°*. - *Tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación.*

unilateralmente las características técnicas del proyecto³⁶. Por supuesto en ambos casos el Estado debe regirse por las normas que regulan estas potestades, así como también indemnizar adecuadamente al particular afectado.

Una segunda vía que se ha utilizado para adecuar las obras sin necesidad de utilizar una potestad exorbitante, han sido los llamados 'convenios complementarios'. A través de los estos, las partes (el Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad Concesionaria) acuerdan un nuevo trato que incluya las modificaciones y la indemnización correspondiente³⁷. Estos convenios suelen elevar exponencialmente el costo de los proyectos de infraestructura pública.

La regla general es que la concesión se lleve a cabo sin pausas desde que se perfecciona el contrato hasta el cumplimiento del tiempo total del contrato, el cual, como hemos visto, suele ser de larga duración (veinte o treinta años). Pero existen circunstancias fácticas que pueden sobrevenir y podrían significar una suspensión de la concesión. Estos casos están establecidos en el artículo 26 de la ley de concesiones,

³⁶ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 19 inciso tercero.* - *El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto.*

³⁷ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 20 inciso primero.* - *El Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, mediante la suscripción del correspondiente convenio complementario al contrato de concesión.*

el cual, como es la regla en este cuerpo normativo, tiene un final abierto ya que permite que en las bases de licitación se incorpore todo otro evento que se estime pertinente³⁸.

Por último, debemos estudiar cuándo se acaba una concesión. La razón más lógica y común, incluso podríamos decir natural, es el cumplimiento del plazo por el cual esta fue concedida. Pero el artículo 27³⁹ del DFL 900 establece también la posibilidad de extinguirla de mutuo acuerdo entre las partes involucradas. Se agrega también la extinción unilateral por parte del Ministerio de Obras Públicas cuando exista un incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario. Esta última situación difiere de la potestad exorbitante de poner fin unilateralmente, ya que en ese caso no se requiere incumplimiento, y puede fundarse en otras causas. Además, al igual que el en caso de la suspensión de la concesión, permite establecer otros casos de extinción en las bases de licitación.

³⁸ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 26°*. - *Quedará temporalmente suspendida la concesión:*

- 1.- *En el caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio;*
- 2.- *Cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un período de tiempo, y*
- 3.- *Por cualquier otra causa que las bases de licitación establezcan.*

³⁹ DFL 900 Ministerio de Obras Públicas año 1996. *Artículo 27°*. - *La concesión se extinguirá por las siguientes causales:*

- 1.- *Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere,*
- 2.- *Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada;*
- 3.- *Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y*
- 4.- *Las que se estipulen en las bases de licitación.*

Concluimos de esta manera el estudio de las etapas más importantes del proceso de gestación, establecimiento y fin de una concesión de obra pública, acompañado de la ley que regula cada uno de sus aspectos. Quisiéramos recalcar la enorme importancia que da el legislador a las bases de licitación, instrumento que depende de cada proyecto de infraestructura y cuya redacción está encargada al Ministerio de Obras Públicas.

c. El contrato de concesión de obra pública

El Contrato de Concesión de Obra Pública es el acuerdo entre la Administración y una persona, natural o jurídica, a través de la cual se pone en manos de la parte privada la construcción, reparación o mantención de una obra pública fiscal y se le entrega la explotación de dicha obra al mismo privado, llamado concesionario, para que se pague con los frutos de esta. Así como lo hemos visto a lo largo de este trabajo.

Para poder introducirnos de lleno en el objeto de fondo de este trabajo es necesario, como último paso previo, entender las características básicas de esta relación contractual, para más adelante comprender qué problemas pueden suscitarse.

“El legislador no ha definido el Contrato de Concesión de Obra Pública; más bien se limitó a determinar los elementos propios de dicho instituto y el marco jurídico

de su regulación, dejando la tarea de elaborar un concepto a la doctrina y jurisprudencia”.⁴⁰

Esto nos lleva a la necesidad de estudiar aquellos elementos que configuran el Contrato de Concesión de Obra Pública, los más relevantes son los que veremos a continuación⁴¹:

- i. **Carácter de contrato administrativo:** Esto trae como consecuencia que tanto las normas de interpretación e integración como las normas de competencia que regirán la relación entre las partes de este contrato serán normas de Derecho Público. Solamente se aplicará el Derecho Privado cuando no exista norma expresa respecto a un aspecto específico. Además, quedan sometidos al principio del interés público, que regirá todas las actuaciones.
- ii. **Partes del contrato:** Una de las partes del contrato siempre será la Administración, más específicamente el Ministerio de Obras Públicas (MOP) a través de su Dirección General de Obras Públicas. La contraparte, como vimos anteriormente, será la Sociedad Concesionaria creada para estos efectos por la persona o grupo de personas, naturales o jurídicas. Debe tener nacionalidad chilena o ser filial nacional de una sociedad extranjera, de cualquier forma, su objeto debe ser la construcción, mantención, reparación y operación de infraestructura pública.

⁴⁰ MORALES NÚÑEZ, José Miguel y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco Antonio. El Contrato de Concesión de Obra Pública. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. p.92

⁴¹ MORALES NÚÑEZ, José Miguel y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco Antonio. Op.Cit. p.96-102

- iii. Objeto del contrato: Por objeto del contrato nos referimos a las prestaciones que recibe cada una de las partes. Para el concedente (Estado Administrador) el objeto de este contrato es la construcción, reparación o mantención de una obra pública fiscal. Mientras que para el concesionario será los beneficios que reporte del derecho a explotar dicha obra pública, los cuales serán típicamente las tarifas que se cobren a los usuarios del servicio que se entregue en dicha obra, o bien, los subsidios que se hayan pactado con la Administración cuando los usuarios no pagan por el uso. El caso más evidente de este último tipo de infraestructura son los recintos penitenciarios.
- iv. Régimen normativo especial de Derecho Público: Es uno de los elementos más importantes de este contrato, y deriva de su clasificación como contrato administrativo. Este régimen marca la relación que existirá entre Administración y concesionario durante toda la ejecución de la obra, así como también durante la explotación de esta.
- v. Causa del contrato: La causa última del contrato es la búsqueda del interés público por parte del Estado, y debe marcar cada una de las actuaciones y decisiones de las partes, sobre todo de la Administración, la cual deberá hacerse cargo de que no se pierda nunca de vista este interés, en especial en la fase de explotación de la obra.

El contrato de concesión de obra pública no es un instrumento escriturado autónomo de otros, si no que se compone de una serie de documentos que dan cuenta de las obligaciones y derechos de las partes. Estos incluyen también una detallada descripción de la obra y una serie de fichas técnicas que establecen los parámetros

de calidad que el concesionario debe cumplir en cada uno de los aspectos del servicio que entrega. Lo establece así el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en su artículo segundo⁴².

Por ejemplo, las bases de licitación del proyecto de infraestructura penitenciaria, del grupo I⁴³, establece en su punto 1.2.2.13 que el contrato de concesión estará regido por los siguientes cuerpos normativos: Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Caminos, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y Reglamento de Concesiones de Obras Públicas. Y también por las mismas bases de licitación y sus circulares aclaratorias, la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario, y el Decreto de Adjudicación.

Es importante centrarnos unos minutos en las bases de la licitación, que tanto hemos nombrado a lo largo de este capítulo. Este instrumento es la esencia misma del

⁴² Decreto Supremo 956. Ministerio de Obras Públicas. 1997. Artículo 2º.- Del Contrato y Normas Que lo Rigen.

1.- Los contratos de concesión a que se refiere el artículo anterior, se regirán por:

- a) El DS MOP N° 294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N° 206, de 1960;
- b) El DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y sus modificaciones contenidas en la Ley 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el DS MOP N° 900, de 1996;
- c) El presente Reglamento de Concesiones;
- d) Las correspondientes bases de licitación y sus circulares aclaratorias;
- e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP;
- f) El decreto de adjudicación respectivo.

2.- En caso de discrepancia en la interpretación del contrato, primará lo dispuesto en las bases de licitación y sus circulares aclaratorias, por sobre lo establecido en la oferta presentada por el adjudicatario de la concesión, salvo el caso en que ésta contenga aspectos superiores a lo exigido en las bases de licitación y sus circulares aclaratorias, lo que será calificado por el DGOP.

⁴³ Este documento puede encontrarse en el sitio web de la Dirección General de Concesiones, www.concesiones.cl.

proyecto de infraestructura que será concesionado, ya que contiene tanto la información técnica de la construcción como de la operación. Y, además de regular los distintos detalles de la relación que existirá entre la Administración del Estado y la Sociedad Concesionaria durante las distintas etapas del proyecto, reglamenta los derechos y deberes que tendrán los usuarios del servicio para con el adjudicatario.

Si las bases de licitación son un elemento de tanta importancia en nuestros proyectos de infraestructura pública, vale la pena preguntarnos quién es el encargado de escribirlas. Más importante aún, quién vela por que estas estén orientadas a mejorar el nivel entregado a los usuarios, al mismo tiempo que aliviana las arcas fiscales, es decir, que persigan el bien común.

Existen pocas disposiciones legales que aborden este tema, y se encuentran establecidas de forma inorgánica en la ley de concesiones y en su reglamento. Podemos encontrar una definición de las bases de licitación en el Reglamento de la Ley de Concesiones, el cual establece lo siguiente: “Artículo 3°: Definiciones. Para la correcta interpretación del presente Reglamento, se entenderá por: 4) Bases de licitación: Conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con que se hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión.”

El artículo primero del Decreto Supremo MOP 900 menciona muy tangencialmente que las bases de licitación serán elaboradas por el Ministerio de

Obras Públicas⁴⁴, lo cual ratifica lo recién visto en el reglamento. Dentro de esta Secretaría de Estado, la División encargada de la redacción de las Bases de Licitación para una Concesión de Obra Pública es División de Desarrollo y Licitación de Proyectos⁴⁵.

Habiendo ya establecido que es el Ministerio de Obras Públicas el órgano encargado de redactar las bases de licitación, nos corresponde revisar si es que la Ley de Concesiones, y su respectivo Reglamento, establecen algún tipo de control posterior, ya sea interno (dentro de la misma Administración del Estado), como externo. Siguiendo este orden de ideas, nos referiremos en primer lugar a los controles internos; el primero de ellos corresponde al mismo Ministerio de Obras Públicas, quién debe aprobar dichas bases antes de que la concesión pueda ser adjudicada⁴⁶.

Existe además otro Ministerio cuya aprobación será siempre necesaria. Nos referimos al Ministerio de Hacienda quién, a través de su Dirección de Presupuestos,

⁴⁴ DS MOP 900/1996: Artículo 1° inciso primero.- La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto. (Énfasis agregado)

⁴⁵ Esta información, así como la utilizada en algunas partes de los párrafos siguientes, fue obtenida a través de una solicitud de transparencia hecha por la autora a la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, con fecha 19 de enero de 2018.

⁴⁶ DS MOP 900/1996: Artículo 3°: La adjudicación del contrato y el otorgamiento de la o las concesiones correspondientes, serán precedidas de las siguientes actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 15.840. a) Aprobación, por el Ministerio de Obras Públicas, de las bases de licitación.

es el encargado de realizar el Control Económico y de Compromisos Fiscales⁴⁷. Su participación, por tanto, resulta evidente, ya que, como hemos visto, los contratos de Concesión de Obra Pública incluyen obligaciones pecuniarias para el Estado.

En ciertos casos, no será el Ministerio de Obras Públicas el interesado en la constitución de una concesión de obra pública, si no que alguna otra Secretaría de Estado. En estos casos, y salvo que una ley especial le otorgue expresamente a dicho Ministerio o Servicio la facultad de construir, deberá firmar con el MOP un convenio de mandato, a través del cual le encargue a este último un proyecto de infraestructura pública⁴⁸. En estas situaciones se suma un nuevo control que se da dentro de la misma

⁴⁷ DS MOP 956/1997. Artículo 14: Del Llamado a Licitación.

3.- En todo caso, el MOP deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 13º letra g) del D.S. MOP N° 294, de 1984, y en el artículo 5º del DS MOP N° 900. Para tal efecto remitirá:

a) Al Ministerio de Hacienda las bases de licitación y el Prospecto de Inversión, a fin de que se aprueben formalmente sus términos. Si dentro de los 30 días desde el ingreso de las mismas en la oficina de partes del Ministerio de Hacienda no se reciben observaciones en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, se entenderán aprobados los documentos de licitación por parte de ese Ministerio. El plazo antes fijado se suspenderá cada vez que el Ministerio de Hacienda efectúe observaciones o solicite información al MOP.

Para efectos de la aprobación del Ministerio de Hacienda, el MOP deberá acompañar a las bases los estudios y demás documentos que respaldan o fundamentan el contenido de las bases de licitación.

⁴⁸ DS MOP 956/1997. Artículo 96º.- Concesiones Otorgadas a Solicitud de Otros Organismos del Estado.

1.- El Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, salvo el caso en que tales obras o bienes estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, Municipio, empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado.

2.- En estos casos, dichos entes públicos podrán delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, la entrega en concesión de tales obras o bienes, bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por la Ley de Concesiones. En estos casos se entenderá incluido en dicho convenio la totalidad del estatuto jurídico de concesiones de obras públicas, esto es, tanto el procedimiento de licitación y adjudicación y la ejecución, conservación y explotación como las facultades, derechos y obligaciones que emanan de la referida ley.

3.- El convenio deberá ser firmado antes del llamado a licitación, y en él se podrá establecer a quién corresponde sufragar los gastos de la licitación y adjudicación, así como asumir las obligaciones económicas derivadas del contrato de concesión.

Administración del Estado, ya que el órgano mandante también debe aprobar las bases de licitación antes de que se haga el llamado a concurso. Por ejemplo, en el caso de las cárceles el mandante es el Ministerio de Justicia (MINJU).

En cuanto a los controles externos, contamos en primer lugar con la Contraloría General de la República, organismo encargado de controlar la legalidad de los actos administrativos⁴⁹. Así lo establece la Constitución Política de la República en sus artículos 98 y 99⁵⁰. Pero este control es meramente normativo, se trata simplemente

4.- En todo caso, la entidad pública que suscribió el convenio deberá aprobar las bases de licitación con anterioridad al llamado a licitación. Si dentro de los 30 días corridos desde el ingreso de las bases en las oficinas de dicho organismo, no se reciben observaciones en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, se entenderán aprobados los documentos de licitación por parte del organismo respectivo.

⁴⁹ DS MOP 956/1997. Artículo 90 inciso primero. Una vez tramitado por la Contraloría General de la República el decreto o resolución que apruebe un contrato de ejecución de obra pública, sus modificaciones o liquidación, tres transcripciones de ellos deberán ser suscritas ante notario, por el contratista de la obra en señal de aceptación de su contenido, debiendo protocolizarse ante el mismo notario uno de los ejemplares .

⁵⁰ Constitución Política de la República. Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

El Contralor General de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.

Artículo 99.- En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara. Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravenga la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

se asegurar el cumplimiento de la norma y no de una revisión de idoneidad de las cláusulas ni mucho menos de un estudio sobre un posible efecto futuro de estas. En palabras del profesor Luis Cordero Vega, “se traduce en la práctica, en un juicio lógico entre norma y acto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas”⁵¹.

El segundo control externo resulta más interesante. Consiste en las sugerencias, consultas, y aclaraciones que pueden realizar los privados interesados en la licitación del contrato de concesión. Esta facultad se encuentra regulada en el inciso segundo del artículo 6 bis⁵² de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el cual

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.

En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.

⁵¹ CORDERO, Luis. “La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias”. XXXVI Jornadas de Derecho Público, el 01 de diciembre de 2006. p.6.

⁵² DS MOP 900/1996. Artículo 6 bis, inciso segundo. Además, tratándose de proyectos de iniciativa pública o privada que sean multifuncionales y que revistan un elevado grado de complejidad, tales como cárceles, hospitales, autopistas urbanas u otros similares, las bases de precalificación podrán exigir otros requisitos objetivos y necesarios para participar en proyectos de esta naturaleza, en tanto no constituyan elementos arbitrarios y resguarden la igualdad de trato entre los participantes de este proceso. Asimismo, las bases de precalificación podrán contemplar un procedimiento y un período de tiempo para que los precalificados propongan al Ministerio de Obras Públicas las mejoras, adiciones o ajustes que estimen conveniente incluir en el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público. Durante dicho procedimiento, dentro del plazo establecido en las bases de precalificación, los precalificados y el Ministerio de Obras Públicas podrán formularse consultas y solicitudes de aclaración. El Ministerio de Obras Públicas podrá solicitar al efecto la realización de estudios adicionales, los que se regirán por lo establecido en el inciso siguiente. Con todos estos antecedentes, el Ministerio de Obras Públicas podrá perfeccionar y armonizar los niveles de servicio y estándares técnicos del proyecto. El

se refiere a las bases de precalificación que la Administración puede establecer para proyectos de infraestructura muy complejos.

Durante esta etapa, siempre previa a la licitación del proyecto definitivo, los privados concursantes pueden presentar observaciones y propuestas de mejoras al proyecto, las cuales serán analizadas por el Ministerio de Obras Públicas y podrán ser incorporadas a las bases de licitación definitivas.

Esta posibilidad permite a las personas, naturales o jurídicas, interesadas en ser parte de un proyecto de infraestructura pública, estudiar las condiciones del contrato y sus posibles efectos en el futuro, pudiendo así detectar posibles fallas a tiempo para repararlas y evitar así perjuicios en el desarrollo de la asociación público-privada.

Ministerio de Obras Públicas, dentro del plazo fijado en las bases de precalificación, comunicará los contenidos adicionales o ajustes que serán incorporados en las bases de licitación.

CAPÍTULO III: Los Actos Administrativos involucrados en la Concesión de recintos penitenciarios.

a. Contexto histórico

La idea de concesionar los recintos penitenciarios, como se ha dicho anteriormente, nació con la intención o finalidad de quitar de los hombros del Estado el peso de construir y administrar dichas obras.

Asimismo, se tuvo en el horizonte un inmenso problema que enfrentaba el país, y que hasta el día de hoy sigue copando las agendas políticas por ser un tema de enorme importancia. Estamos hablando de las altísimas tasas de hacinamiento que sufre la población penal en Chile.

Se pensó que al recurrir a los privados se podría solucionar más rápidamente este problema. Otra razón fundamental fue incluir dentro del proyecto un rol protagónico de la función rehabilitadora de estos recintos. En esta línea se expresa la Administración en una Resolución de la Dirección General de Obras Públicas del año 2004: *“Que la infraestructura penitenciaria chilena, a pesar de los esfuerzos desplegados en los últimos años, se caracteriza por el hacinamiento y el grave deterioro de muchos edificios que ponen en peligro tanto a reos como gendarmes. Producto de los anterior, el Estado de Chile, preocupado por la carencia de infraestructura penitenciaria y su influencia en la capacidad del sistema para rehabilitar*

*a los internos, ha decidido impulsar el Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria”.*⁵³

En esta asociación público-privada intervienen –mayormente- tres partes. Por una parte, está el Ministerio de Justicia (MINJU) quien tiene entre sus tareas la administración del sistema penitenciario, por lo que cumple el rol de mandante en el convenio mandato que se crea entre este órgano y el MOP. El MINJU también vela por la seguridad de los reos y del entorno, misión que cumple junto con Gendarmería (GENCHI), órgano dependiente de dicha Secretaría de Gobierno.

Además, se encuentra involucrado el Ministerio de Obras Públicas (MOP), el cual –a través del convenio mandato ya mencionado- licita, ejecuta, y fiscaliza las concesiones correspondientes.

La tercera parte es, por supuesto, la empresa privada que se adjudica cada proyecto, y con la cual se establecerá la relación que nace de la concesión. Esta persona jurídica debe tener nacionalidad chilena, por lo que, al tratarse de un consorcio internacional, este debe crear una nueva sociedad o filial con domicilio en el país.

b. Características y datos básicos de los proyectos de infraestructura penitenciaria.

A continuación, estudiaremos cada uno de los grupos de proyectos que se crearon, con el fin de analizar sus peculiaridades más importantes, semejanzas y

⁵³ Resolución Dirección General de Obras Públicas N°1621 de 2004. Considerando 1°.

diferencias. Para hacer este estudio modificaremos el orden lógico de estos grupos y dejaremos para el final al Grupo 2, esto pues su proceso de licitación tiene ciertas singularidades que lo distinguen especialmente de los otros.

i) Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 1.

El primero de estos grupos corresponde a los siguientes recintos:

- a. Establecimiento Penitenciario de Alta seguridad Alto Hospicio, en el sector de Huantajaya –ubicado en la comuna de Iquique, Primera Región, con capacidad para 1679 internos.
- b. Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad La Serena, en el sector de Huachalalume, comuna de La Serena, para 1656 reclusos.
- c. Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad Rancagua. Ubicado en el sector de La Gonzalina, comuna de Rancagua, el cual deberá tener capacidad para 1689 internos.

Este grupo fue adjudicado al grupo licitante llamado “Consortio B.A.S.”. Se encuentra compuesto por las empresas Belsaco S.A., Astaldi S.p.A. y Sodexho Chile S.A. Su adjudicación se realizó a través del Decreto 618, del año 2002, del Ministerio de Obras Públicas, el cual fue ingresado a toma de razón por la Contraloría General de la República el día 3 de mayo del año 2002, y fue tomado razón el 23 de ese mismo mes. El mismo fue publicado en el Diario Oficial el día 15 de junio del mismo año.

Según las Bases de Licitación, esta concesión tendrá la duración de 40 semestres (240 meses) desde la Puesta en Servicio Definitiva de la Obra, la cual se dio el 24 de enero del año 2006. En cualquier caso, la concesión no puede extenderse más allá de 273 meses desde el Inicio del Plazo de esta, el cual se fija por la publicación del Decreto de Adjudicación en el Diario Oficial. Esto deja un plazo de 33 meses entre el inicio de la Concesión y la Puesta en Servicio Definitiva, plazo en el cual debe construirse y habilitarse cada uno de los recintos para su uso como cárcel. En el caso de este grupo ese plazo en realidad fue bastante más extenso, de un poco más de 42 meses o tres años y medio. Por esto, la duración de la concesión no podría ser de 40 semestres completos como estaba previsto, pero, como se verá más adelante, este plazo fue modificado.

En la oferta económica de la empresa concesionaria, la cual pasa a formar parte del contrato de concesión de obra pública, se establecen los montos que el Estado deberá pagar a esta. Corresponden a pagos por tres conceptos distintos. Estos son, el Subsidio Fijo a la Construcción (SFC), definido en el punto 3.1.3 de las Bases de Licitación, que será una cuota semestral de 274.950 UF (doscientas setenta y cuatro mil novecientas cincuenta unidades de fomento). También está el Subsidio Fijo a la Operación (SFO), consistente en 211.867 UF (doscientas once mil ochocientas sesenta y siete unidades de fomento), tanto este monto como el anterior se pagan desde la Puesta en Servicio Definitiva de la Obra. Y por último un tercer pago semestral que busca cubrir los servicios básicos que se deben entregar a cada recluso, esto es el Indicador de Pago Variable, y asciende a la suma de 12,5 UF (doce coma cinco

unidades de fomento) por cada persona privada de libertad en los recintos que comprende esta concesión.

Existen también ciertos pagos que debe hacer la empresa concesionaria (Sociedad Concesionaria B.A.S. S.A.) al Ministerio de Obras Públicas por la inspección y control del Contrato de Concesión. El monto de este pago depende de la etapa en que se encuentre la ejecución del contrato. En la etapa de construcción será de 49.200 UF (cuarenta y nueve mil doscientas unidades de fomento) anuales y en la etapa de explotación este monto baja a 15.000 UF (quince mil unidades de fomento) anuales.

Corresponde también estudiar las modificaciones que sufrió el contrato ya en el curso de la concesión. Existen para este grupo tres actos administrativos que modificaron lo previsto en las Bases de Licitación, estos son: i) la Resolución de la Dirección General de Obras Públicas N°1621 del 06 de julio del 2004, ii) la Resolución de la Dirección General de Obras Públicas N°4006 del 21 de diciembre del año 2006, y iii) el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N°132 del 06 de marzo del 2009.

El primero de estos actos (Res. DGOP N°1621/2004), simplemente aumentó en 90 días el plazo que tiene la Sociedad Concesionaria para presentar el tercer informe de avance que debe corresponde al 70% de las obras. Basa este aumento en “razones de orden público”, de hecho, dice la misma resolución *“existe interés público en contar con los tres establecimientos penitenciarios que forman parte de este Contrato dentro de los plazos fijados por las Bases de Licitación lo que no es posible si no por esta*

*vía*⁵⁴. Sin embargo, la misma resolución establece que no consta que dichos atrasos se deban verdaderamente a fuerza mayor como alega la sociedad concesionaria. Tampoco explica cómo la extensión del plazo para presentar este informe de avance tendrá un efecto positivo en el progreso de las obras.

La segunda modificación (Res. DGOP N°4006/2006) consistió en tres cambios a diferentes exigencias técnicas. En primer lugar, se altera el estándar del deber de alimentación a los funcionarios de Gendarmería de Chile. Luego se incluye una distinción en los deberes de salud, según si estas tratan sobre los internos condenados o en los imputados. Se establece que solo en el caso de los condenados se aplicarán todos los exámenes obligatorios, mientras que para los imputados se harán solo aquellos que se requieran por orden médica. Por último, se cambia el responsable que estará a cargo de la mantención de los vehículos entregados por el concesionario, que deben hacerse según el manual de mantenciones de los propios vehículos. Originalmente debía hacerlo la sociedad concesionaria, pero luego de esta resolución, el responsable será el Estado a través de GENCHI.

La última modificación, realizada mediante Decreto Supremo del MOP, extendió el plazo de la concesión por 295 días contados desde el término del plazo original. Este Decreto Supremo es la consecuencia de una sentencia de la Comisión Arbitral encargada de dirimir los conflictos que se suscitan entre el Estado y la Sociedad

⁵⁴ Resolución Dirección General de Obras Públicas N°1621 del 2004

Concesionaria, como se establece en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Esto hace que dicha concesión finalice el 4 de enero del 2026.

ii) Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 3:

Este grupo corresponde a los siguientes recintos penitenciarios:

- a) Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad Santiago 1: Este recinto está diseñado para una capacidad de 2568 internos y está ubicado en Avenida Pedro Montt N°1606, terreno perteneciente a Gendarmería de Chile.
- b) Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Valdivia: Ubicado en el sector de Llancahue, fuera del área urbana de la comuna de Valdivia, y con una capacidad de 1248 reclusos.
- c) Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Puerto Montt: Construido en el sector Alto Bonito en la ruta 5 sur a Pargua, provincia de Llanquihue, Región de Los Lagos, con capacidad para recibir a 1245 reos.

Este grupo fue adjudicado a la empresa “VINCI CONSTRUCTION GRANDS PROJECTS” por el Decreto de Adjudicación N°90 del 06 de febrero del año 2004, del Ministerio de Obras Públicas. Dicho Decreto fue tomado razón por la Contraloría General de la República el día 24 de marzo del 2004 y publicado en el Diario Oficial el 02 de abril del mismo año.

La Duración de la Concesión es también de 40 semestres desde la Puesta en Servicio Definitiva de la Obra, la cual se materializó el 8 de septiembre del año 2007. Es decir, debiese terminar el 8 de septiembre del año 2027, pero tiene el mismo límite de 273 meses desde el Inicio del Plazo de la Concesión, por lo que no podría extenderse más allá del 02 de enero del 2027, es decir, cerca de ocho meses antes del tiempo de duración establecido.

La oferta económica, dividida en los tres mismos ítems que revisamos en la oferta por el Grupo 1, fue la siguiente: Subsidio Fijo a la Construcción, 249.815 UF (doscientas cuarenta y nueve mil ochocientos quince unidades de fomento) semestrales; Subsidio Fijo a la Operación, 165.456 UF (ciento sesenta y cinco mil cuatrocientas cincuenta y seis unidades de fomento) semestrales, e Indicador de Pago Variable, 12,5 UF (doce coma cinco unidades de fomento) por persona recluida, también semestrales. Todos estos pagos se deben desde la Puesta en Servicio Definitiva de la obra.

Como hemos mostrado anteriormente, también existen pagos que se le deben al MOP por concepto de Inspección y Control del Contrato de Concesión. La suma de estos pagos depende de la etapa de ejecución en que se encuentre dicho contrato. En la etapa de construcción la empresa VINCI CONSTRUCTIONS GRAND PROJECTS deberá pagar la suma de 21.600 UF (veintiún mil seiscientos unidades de fomento) anuales, y en la etapa de ejecución esta suma descenderá a 7.200 UF (siete mil doscientas unidades de fomento) al año.

Al igual que en el grupo 1, estos acuerdos también sufrieron modificaciones una vez ya iniciado el periodo de concesión. En este caso se trató de dos acuerdos complementarios que modificaron las bases de licitación, los cuales revisaremos a continuación.

El primero de ellos, aprobado por el Decreto Supremo 1085 del 2006 del MOP, refleja claramente la desigualdad que existe cuando se llega a estas mesas de discusión. La necesidad del Estado por finalizar las obras –en este caso el recinto penitenciario Santiago 1- hizo que este no tuviera ningún poder frente a las peticiones de la empresa concesionaria. Esto se manifiesta claramente en el texto del Decreto Supremo, en su punto 1.6, al decir lo siguiente: *“De otro modo, y sin que esto signifique que el Ministerio de Obras Públicas reconoce o comparte las causas o razones expuestas por la Sociedad Concesionaria, existe un alto interés público por contar, a la brevedad posible, con estos 3 establecimientos penales, muy en especial el recinto denominado Santiago 1, ya que vienen a resolver, en parte, la sobrepoblación en las cárceles que existe en el país”*.⁵⁵

El problema en este caso fue que no se logró expropiar el terreno necesario para una obra vial que se incluía dentro de las construcciones que debían hacerse para el recinto de Santiago 1, por lo que hubo que cambiar parte del diseño. La empresa concesionaria alegó que esto elevaba mucho sus costos y que la demora les

⁵⁵ Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 1085 del año 2006

producía problemas de caja, por lo que les era imposible continuar con la construcción si no se les otorgaban fondos.

Frente a esto el MOP, a través de la Dirección General de Obras Públicas, hizo la entrega de los recursos necesarios con la condición de que, una vez finalizada la etapa de construcción, el concesionario tenía que recurrir a la Comisión Arbitral para decidir si realmente le correspondía una compensación por las modificaciones, la cual se entendería pagada por adelantado si se otorga, y si no, la empresa concesionaria se obligaba a restituir todo o la parte correspondiente.

Este acuerdo introduce otras modificaciones menores, las cuales no tienen consecuencias importantes para las arcas fiscales, por lo que no entraremos en su exposición.

El segundo acuerdo complementario se incluye como anexo en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N°720 del 12 de octubre del año 2007 y fue publicado en el Diario Oficial el 29 de diciembre del mismo año. Este acuerdo surge a como consecuencia del acuerdo número uno. Como recién revisamos, la empresa concesionaria se obligaba a iniciar un procedimiento frente a la Comisión Arbitral para que esta determinara la procedencia de la transferencia de fondos. Se utilizó entonces este medio para hacer valer las condiciones que surgieron de dicha conciliación.

La Honorable Comisión decidió que el Ministerio de Obras Públicas debía a la Empresa Concesionaria, por concepto de gastos extraordinarios discutidos en el Acuerdo Complementario N°1, un total de UF980.000 (novecientas ochenta mil

unidades de fomento) de las cuales se descontarán las UF300.000 (trescientas mil unidades de fomento) entregadas anticipadamente por del MOP. Además, se incluyen UF450,7 (cuatrocientas cincuenta coma siete unidades de fomento) por los honorarios de la Honorable Comisión Conciliadora.

Por su parte la Empresa Concesionaria se obliga a estudiar y resolver los problemas que presenta con sus contratistas y subcontratistas, los cuales son objeto de preocupación del MOP por estar creando dificultades en regiones.

iii) Proyecto de infraestructura penitenciaria Grupo 2:

Este grupo incluye a los siguientes recintos:

- a) Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad Concepción, ubicado en el sector El Manzano, de la comuna de Concepción, el cual deberá tener una capacidad de 1.189 internos
- b) Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Antofagasta, en el sector La Negra-Salar El Carmen, comuna de Antofagasta, con capacidad para 1.160 reclusos.

Se adjudicó esta concesión vía Decreto Supremo a las empresas Besalco S.A., Torno Internazionale S.p.A. y Sodexho Chile S.A., que en su conjunto conforman el “Consortio B.A.S.”. Mismo grupo que se adjudicó el Proyecto de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, sólo que aparece Torno Internazionale como reemplazo de Astaldi S.p.A.

Pero al poco andar de la concesión empezaron los problemas entre Besalco y el Ministerio de Obras Públicas, esto debido a una demanda millonaria de la Concesionaria contra el Fisco por sobrecostos que la misma empresa adjudicaba al MOP. Eduardo Bitrán, Ministro de Obras Públicas en el primer gobierno de Michelle Bachelet, tuvo que encargarse de las negociaciones por los problemas surgidos tanto en este grupo de recintos como en los grupos 1 y 3. En una entrevista para el diario La Tercera en el año 2010, explicó cómo se dieron las cosas. “*El Grupo 2 (Antofagasta y Concepción) también adjudicado a Besalco, estaba paralizado desde 2004, con 47% de avance. En este caso, la empresa también demandó al Fisco por una suma estratosférica*”⁵⁶.

Surgió entonces un enorme problema para la Administración. Se debatía entre cumplir las demandas de las empresas concesionarias de los tres grupos de recintos penitenciarios, lo que significaba una entrega de recursos muchísimo mayor a la licitada, con el grave daño a las arcas fiscales que eso conllevaba. O no cumplirlas y arriesgarse a que las empresas cumplieran su amenaza de paralizar las obras, lo que atrasaría el inicio del funcionamiento de los recintos que, como ya vimos antes en este trabajo, eran de suma urgencia.

Así se decidió, respecto al Grupo 2, poner término al contrato, permitiendo así al Estado asumir la finalización de la construcción y que luego se licitara su explotación. Así lo declara el ex ministro Bitrán: “*Lo que se me planteó desde Hacienda fue resolver*

⁵⁶ La Tercera, 12/12/2010. Visto en: <http://www.latercera.com/noticia/portada/2010/12/653-330180-9-eduardo-bitran-yo-no-era-partidario-de-continuar-con-las-carceles-concesionadas.shtml> con fecha 16/04/2018

el grave conflicto que implicaba que el costo para el Fisco doblara el que definitivamente se licitó y, desde Justicia, la urgencia de terminar las cárceles. Sobre el Grupo 2, negocié con Besalco el término de la concesión y la compra de esas cárceles por el Estado, para proceder con una licitación y continuar la construcción”⁵⁷

Es por esto por lo que, en el sitio web del Ministerio de Obras Públicas, en el lugar donde se encuentra la información de las concesiones en etapa de explotación, puede encontrarse, en la división de infraestructura penitenciaria, la información relativa a las concesiones de obra pública de los Grupos 1 y 3, en cambio, respecto al Grupo 2, se titula “Segunda Concesión Programa Penitenciario Grupo 2 (Antofagasta y Concepción)”.

Allí se puede encontrar toda la información referente a la concesión de habilitación, mantenimiento y explotación de las obras de los establecimientos penitenciarios recién mencionados, pero no aquella respecto al proyecto original, es decir, a la Concesión de Obra Pública, con excepción del convenio de extinción del contrato, lo que resulta a lo menos curioso, ya que, en todo el sitio web del Ministerio de Obras Públicas, no puede encontrarse ningún otro documento de aquel contrato.

Frente a esta falta de información disponible, nos vimos en la necesidad de pedir las Bases de Licitación faltantes a través de una solicitud de información por ley de transparencia, la cual primeramente tuvo como respuesta una ampliación del plazo de respuesta, sin especificar el motivo. Una vez que la información estuvo disponible fue

⁵⁷ La Tercera. Íbid.

entregada a la autora en formato digital en un CD, el cual contenía un solo archivo, al revisarlo pudimos darnos cuenta de que en realidad se trataba nuevamente de las Bases de Licitación de la segunda concesión (la respectiva a la habilitación, mantenimiento y explotación) y no a la solicitada.

Considerando el tiempo implicado en realizar estas solicitudes de información, y frente a la sospecha de que las Bases de Licitación de la primera concesión del Grupo 2 ya no se encuentran en las manos del Ministerio de Obras Públicas, hemos decidido estudiar brevemente este segundo proceso de Licitación.

Concesión de Habilitación, Mantenimiento y Explotación de las obras de los Establecimientos Penitenciarios de Antofagasta y Concepción

Esta Concesión fue adjudicada, a través del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N°119 del 17 de abril del año 2010, a la empresa Sodexho Chile S.A. Lo que resulta a lo menos imprudente, ya que esta empresa formaba parte del consorcio que se había adjudicado la Concesión de Obra Pública original, y que tuvo que resciliarse por serios problemas entre dicho consorcio y la Administración.

En las Bases de la Licitación se establece que la Duración de la Concesión será de 30 semestres corridos. El punto 1.7.6⁵⁸ es el encargado de regular este tema, y lo

⁵⁸ Bases de Licitación Proyecto de Concesión de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2.

1.7.6 DURACIÓN DE LA CONCESIÓN

El plazo de la concesión será el tiempo que se inicia de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.7.5 de las presentes Bases de Licitación y finaliza 30 semestres corridos, contados desde la fecha de la última Autorización de Pagos de Subsidios para el EP correspondiente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1.9.5.2 de las presentes Bases de Licitación.

hace fijando dos eventos fundamentales en el íter de la ejecución de la concesión. Primero dice que la duración de la concesión comenzará según el punto 1.7.5, el cual a su vez establece el Inicio del Plazo de la Concesión, fijándolo en la publicación en el Diario Oficial del Decreto de Adjudicación. Este punto está redactado exactamente igual en las Bases de Licitación de los Grupos 1 y 3. El segundo hito relevante se refiere al funcionamiento piloto -del que hablaremos a continuación- de cada recinto. Este punto en la línea de tiempo marca el momento desde el cuál comienza a correr el plazo de 30 meses para el término de la concesión.

El funcionamiento piloto que acabamos de mencionar es un momento de la concesión que se encuentra entre el periodo de construcción y el de explotación. Se trata de unos 15 días donde se realiza una especie de simulacro de funcionamiento del recinto penitenciario, con una población penal conformada por funcionarios de GENCHI y donde deben proveerse todos los servicios básicos a los que está obligada la empresa concesionaria. Una vez terminado este plazo se confecciona un informe y si todo funciona de la manera adecuada se emite la Autorización de Pagos de Subsidios a la que hace alusión el punto de Duración de la Concesión.

Respecto a la Oferta Económica solo contamos con la información que nos pueden dar las Bases de Licitación, las cuales en su artículo 3.2 nos da el límite máximo que debe respetar el licitante al momento de presentar su oferta económica. Esta Oferta en las Concesiones de Obra Pública, como vimos en los grupos 1 y 3, contaban con tres ítems: el Subsidio Fijo a la Construcción (SFC), el Subsidio Fijo a la Operación (SFO), y el Índice de Subsidio Variable (ISV). En el caso de este tipo de

Concesión sólo se cuenta con dos: el Subsidio Fijo a la Operación y el Subsidio Fijo a la Habilitación de la Infraestructura. El límite máximo para el SFO será de UF111.000 (ciento once mil unidades de fomento) semestrales, y el máximo para el SF a la Habilitación de la Infraestructura será una cuota semestral de UF400.000 (cuatrocientas mil unidades de fomento).

Como también vimos anteriormente, hay ciertos pagos que se le deben al MOP por concepto de Inspección y Control del Contrato de Concesión, este se encuentra en el artículo 1.11.1.1 de las Bases, y asciende a la suma de UF9.600 (nueve mil seiscientos unidades de fomento) anuales por cada uno de los recintos penitenciarios.

c) La multa por sobrepoblación penal

Además de los pagos recién vistos, que se deben entre el Fisco y la Sociedad Concesionaria, las Bases de Licitación de estos proyectos contienen un último pago que nos llama particularmente la atención.

Se trata de un pago que le debe hacer semestralmente el Ministerio de Justicia al concesionario a modo de compensación por haber recibido, en el recinto penitenciario que se encuentra bajo su administración, un número mayor de internos que los que le correspondían según el diseño del mismo establecimiento.

Los tres grupos de proyectos tienen en común el considerar que existe una situación de sobrepoblación cuando la cantidad de internos supera el 120% del límite establecido, existiendo de esta forma un margen de sobrepoblación que se estima

tolerable. Es importante que el Estado tenga cierto margen cuando se trata de la utilización de recursos públicos, ya que de otro modo estaría obligado a utilizarlos siempre por debajo de su capacidad, cuestión que no resulta eficiente y, por lo tanto, no es ideal para la Administración del país.

Sin embargo, esta multa por sobrepoblación se encuentra establecida de distinta forma en cada una de las bases de licitación. Así, en el grupo 1 esta no toma el nombre de multa, si no que de Ajuste del Índice de Precio Variable. Como vimos, el IPV es el pago que realiza el Estado a la Sociedad Concesionaria por cada una de las personas que se encuentra privada de libertad en el recinto administrado por el concesionario, esto incluye a aquellas personas que exceden al 120% de la capacidad máxima del diseño. Para estos casos de sobrepoblación se establece una fórmula que obliga al Ministerio de Justicia a pagar más por los reos que generan la situación de sobrepoblación. Dicha fórmula se establece en el punto 1.12.9 de las correspondientes bases de licitación, que indica lo siguiente: "Si el Numero Promedio Semestral de Internos (NPI) es mayor a un 120% de la capacidad de diseño, IPV será el solicitado por el Concesionario en su Oferta Económica para el número de internos equivalentes al 120% de la capacidad del diseño del respectivo Establecimiento Penitenciario. Para el restante número de internos, IPV será multiplicado por el factor resultante de elevar a 1,2 el cuociente entre NPI y el 120% de la capacidad de diseño del respectivo Establecimiento Penitenciario."⁵⁹

⁵⁹ Bases de Licitación Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria. Ministerio de Obras Públicas. Ministerio de Justicia. Punto 1.12.9. p. 81.

Respecto al grupo 2, en su segunda licitación también podemos encontrar la multa por sobrepoblación, cuestión que no deja de llamar la atención, ya que al momento de redactarse esta segunda concesión ya habían comenzado las críticas y polémicas respecto a estas cláusulas en los grupos 1 y 3. En las bases de licitación de este grupo podemos encontrar la multa a la cual nos referimos en el punto 1.11.3.4, bajo el nombre de “Compensación por Sobrepoblación de Internos”. Aquí ya se deja de lado la manipulación del IPV, y se pasa a un pago extra que se le debe a la concesionaria por concepto de compensación -no sabemos realmente qué se compensa, ya que los gastos de las personas que pernoctan en el recinto penitenciario se encuentran cubiertos por el IPV-. El monto que se debe asciende a la suma de 100 Unidades Tributarias Mensuales por cada día en que existió una situación de sobrepoblación del recinto, lo cual, como ya vimos, acontece al superarse el 120% de la capacidad máxima establecida en el diseño de cada uno de los establecimientos.

En las bases de licitación del grupo 3, el mecanismo para definir el pago que se debe a la Sociedad Concesionaria como multa de sobrepoblación, así como también el monto, es el mismo que el recién visto en el grupo 2. Pero en estas bases se encuentra directamente bajo el nombre de “Compensación por Sobrepoblación”, y puede hallarse en el punto 1.12.10.

Este mecanismo es análogo a lo que se conoce en otras concesiones como multa por sobreexplotación o sobreutilización. Es muy claro su empleo, por ejemplo, en el caso de las autopistas urbanas, donde se establece una tarifa de peaje mayor en aquellos horarios donde tiende a haber un atochamiento de vehículos. En este caso la

multa, que se refleja en el alza de precio del peaje, recae sobre los usuarios que deciden utilizar la autopista en aquel horario donde se produce la sobreutilización. Se busca de esta forma modificar la conducta del usuario, para lograr distribuir de mejor manera en el tiempo el flujo de vehículos. De esta forma se puede entregar un mejor servicio y, desde el punto de vista del concesionario, la infraestructura sufre menor deterioro.

Ahora bien, en el caso de las cárceles la sobreutilización se ve reflejada en la sobrepoblación de los penales. Pero este mecanismo no funciona de la misma manera, ya que existen diferencias fundamentales entre ambos tipos de infraestructura. En primer lugar, los usuarios de los recintos penitenciarios, que son los internos, no pagan una tarifa, por lo que la multa no recae en ellos si no que en el Estado. Además, estos usuarios tampoco no pueden modificar su conducta respecto a utilizar o no la infraestructura. De esta forma el mecanismo no solamente pierde su eficacia, pierde también su objetivo.

Hemos revisado, de forma introductoria, cuáles son los derechos y obligaciones que forman la relación entre el Estado y las Sociedades Concesionarias, y, en especial, la cláusula que establece una multa al Fisco en caso de sobrepoblar los recintos penitenciarios concesionados. En el próximo capítulo, y último de este trabajo, estudiaremos las consecuencias que esta cláusula ha tenido en la práctica, y porqué resulta absurda, o, al menos, contraria al interés público.

CAPÍTULO IV: Disfuncionalidades de la multa por sobrepoblación.

Es momento de entrar de lleno en el tema de fondo que hemos estudiado, este es, cómo la multa por sobrepoblación ha tenido resultados altamente perjudiciales al interés público. Siendo una cláusula que solamente beneficia a la parte privada, sin lograr como contrapartida un mejor servicio para las personas privadas de libertad.

En este sentido los profesores Engel, Fischer y Galetovic lo explican muy claramente en el siguiente párrafo: “Hasta cierto punto, la situación actual no debe sorprender. A medida que las APP se difundieron por el mundo en las últimas dos décadas, la práctica se adelantó a una comprensión clara de los principios económicos y de economía política que subyacen en las APP, y los gobiernos y las empresas privadas aprovecharon este vacío para promover sus propios intereses.”⁶⁰

Para comprender este planteamiento, y la importancia de las consecuencias que estudiaremos a continuación, en cuanto son ejemplo de la desviación que sufre la finalidad del proyecto de concesiones para la infraestructura penitenciaria, debemos tener presente que el foco de este se encontraba en el ahorro fiscal y, especialmente, en la preocupación por las condiciones de vida de los internos, basado en el convencimiento de que estas mejoras llevan a la resocialización y rehabilitación de los reos.

⁶⁰ ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Op. Cit. p.214.

A continuación, revisaremos algunas de las consecuencias prácticas que han surgido de esta cláusula. Tales son, en primer lugar, las inmensas cantidades de dinero que ha tenido que pagar el fisco, y que no se encontraban calculadas dentro del presupuesto inicial; la sobrepoblación de las cárceles públicas, como la cárcel de San Miguel; y la desviación de la finalidad rehabilitadora de ciertos beneficios penitenciarios al desincentivar la excarcelación de reos.

a. Exorbitantes sumas pagadas a Sociedades Concesionarias:

En el año 2009, la Contraloría General de la República, encabezada en aquel entonces por don Ramiro Mendoza, realizó una auditoría al programa de concesiones de infraestructura penitenciaria. Dicha auditoría tuvo como universo de estudio todos los recintos carcelarios de los grupos 1 y 3, y, respecto a estos, los pagos realizados durante el año 2008. Recordemos que los establecimientos penitenciarios que conforman el grupo 1 son: Iquique, La Serena, y Rancagua. Y el grupo 3 está formado por: Santiago 1, Valdivia, y Puerto Montt.

Los resultados de esta auditoría se dan a conocer a través del informe final número 126 del año 2009, que incluye tanto las observaciones hechas por la Contraloría, como las respuestas entregadas por los Ministerios involucrados, es decir, el de Obras Públicas y el de Justicia.

En dicho informe podemos encontrar, primeramente, los montos pagados por el Fisco a las Sociedades Concesionarias por cada uno de los ítems que estudiamos

en el capítulo III, para recordar, nos referimos al Subsidio Fijo a la Construcción, Subsidio Fijo a la Operación e Índice de Precio Variable.

Así nos enteramos de que por concepto de Subsidio Fijo a la Construcción (SFC), el Estado debió desembolsar un total de \$26.441.413.563 por el grupo 1, y de \$23.443.328.618 por el grupo 3, ambos montos en pesos chilenos. Esto significa que solamente por la construcción, y únicamente en el año 2008, se pagó a las Sociedades Concesionarias casi cincuenta mil millones de pesos.

En cuanto al Subsidio Fijo a la Operación (SFO), la cifra es igual de considerable, ascendiendo a un total de \$40.064.638.031 pesos. Por último, respecto al Subsidio de Precio Variable, es decir, aquel monto que paga el Estado para la mantención diaria de cada persona privada de libertad, el año 2008 superó los diez mil millones de pesos.⁶¹

Además de estos pagos, los cuales el Estado debe hacer sin importar las circunstancias en que se entregue el servicio (siempre y cuando se cumplan los estándares mínimos), el año 2008 también se tuvo que realizar pagos adicionales en

⁶¹ Todos estos datos se pueden encontrar en el Informe Final N°126 de 2009 sobre auditoría al programa de concesiones de infraestructura penitenciaria. Elaborado por la división de auditoría administrativa. Este informe puede encontrarse en el sitio web de la Contraloría General de la Republica www.contraloria.cl.

Las cifras se encuentran en las siguientes páginas: Respecto a SFC, página 11, respecto a SFO, página 13, respecto a SPV, página 14.

forma de compensación por sobrepoblación, que son los de mayor relevancia para este trabajo.

Se trató de dos pagos -uno cada semestre- y ambos se debieron a situaciones de sobrepoblación de la cárcel llamada Santiago Uno, del grupo 3. El primer semestre hubo solamente un día donde se superó el límite del 120% de la capacidad de diseño del recinto, por lo que la multa correspondió a solamente \$3.658.100 pesos. Sin embargo, el segundo semestre la situación se agravó y dejó de ser excepcional, y pasó de un día de sobrepoblación a noventa y tres, ascendiendo la suma a un total anual de \$346.511.900 pesos.

Monto que se debió pagar con fondos públicos, y que van dirigidos directamente a la cuenta de la Sociedad Concesionaria. Sin que tengan que ser estos invertidos en ningún tipo de mejora a la infraestructura del recinto, programa de reinserción, o cuestión alguna que pueda generar un impacto positivo en la vida de los internos, gendarmes, o cualquiera otra persona o grupo de personas de interés público.

b. Sobrepoblación de cárceles públicas: Tragedia de San Miguel.

Como resultado de la auditoría realizada, la Contraloría General de la República, al final de su informe, establece una serie de conclusiones que son a su vez órdenes o mandatos para las distintas Secretarías Generales de Gobierno que se ven involucradas. Así como también los Servicios que de estas dependen -en este caso GENCHI.

Dentro de la serie de conclusiones existe una que es de suma importancia para este trabajo y dice relación directa con la sobrepoblación de los penales. Es la número 1.5, que establece lo siguiente: “Instruir a Gendarmería de Chile para que disponga el traslado oportuno de los internos a otros establecimientos penitenciarios, evitando de esta forma exceder la capacidad máxima de los establecimientos concesionados y el pago de multa por este concepto.”⁶²

Es importante entender que con la incorporación de las cárceles concesionadas pasamos a tener una dualidad de recintos penitenciarios. Algunos están algunos en manos de privados y otras en manos de la administración del Estado, es decir, empezamos a encontrar en nuestro territorio tanto “cárceles privadas” como cárceles públicas.

Después del informe del año 2009 de la Contraloría General de la República, el Estado se vio obligado a disminuir la cantidad de internos que existían en los recintos penitenciarios que se encontraban concesionados, para así evitar la multa por sobrepoblación. Esto en sí mismo no tiene nada de malo, de hecho, la reducción del hacinamiento siempre fue la finalidad del proyecto de infraestructura penitenciaria. Así lo constata el mismo informe de Contraloría en su primer acápite, que establece como propósito del programa de concesiones de infraestructura penitenciaria la disminución del hacinamiento, para lograr así un incremento de las posibilidades de rehabilitación de los y las privadas de libertad.

⁶² Op. Cit. Página 138.

El informe de Contraloría va aún más allá en cuanto a la ocupación de los recintos concesionados, ya que realiza un estudio respecto al nivel de utilización de cada uno respecto a su capacidad de diseño. Llegando así a la conclusión de que, con excepción de Santiago Uno, estos establecimientos se encuentran subutilizados. Esto significa que el Estado está pagando, a través de los subsidios fijos, por servicios que no se están entregando. Los resultados de este estudio se explican en el “Cuadro n°18” del informe en cuestión, el cual se transcribe a continuación.⁶³

CUADRO 18					
Concesión	Establecimiento Penitenciario	Límite máximo	N ° Promedio de Internos año 2008	Capacidad ociosa promedio	% de ocupación promedio año 2008
Grupo 1	Alto Hospicio	2.015	1.724	291	86%
	La Serena	1.987	1.521	466	77 %
	Rancagua	2.027	1.870	157	92%
Grupo 3	Santiago 1	3.082	3.017	65	98%

⁶³ Op cit. p.21.

	Valdivia	1.498	988	510	66%
	Puerto Montt	1.494	862	632	58%
Total capacidad ociosa				2.121	

El problema que Contraloría no toma en cuenta es que el Estado Administrador no puede evitar que nuevas personas sean encarceladas cada día por el Estado Juez, ni tampoco puede decidir a qué cárcel serán enviados. De hecho, este es el argumento que se esgrimió por parte del Ministerio de Justicia respecto a la observación del órgano fiscalizador, “Así expresa que con el objeto de cumplir lo establecido en el artículo 1.12.10, Gendarmería llevó a cabo una serie de gestiones ante los tribunales para trasladar internos desde el penal de Santiago 1, que permitió descomprimir dicho centro, sin embargo, los Tribunales de Justicia continuaron derivando internos a Santiago 1 e incluso, ordenaron la devolución de otros. También informan que Gendarmería permanente monitorea el porcentaje de ocupación de los recintos concesionados junto con el Inspector Fiscal y, las acciones que por lógica se pueden exigir a la Institución están por sobre sus facultades legales.”⁶⁴

En este contexto, se empezaron a usar por parte de la Administración, estrategias para disminuir la población penal de Santiago 1. Pero ninguna consistía en llevarlos a algunos de los centros que Contraloría había mencionado como subutilizados, ya que estos se encuentran todos fuera de la Región Metropolitana, y

⁶⁴ *Íbid.*

las personas privadas de libertad tienen derecho a no ser alejadas de sus lugares de residencia ni de sus familiares. Por lo tanto, se utilizó como medida trasladar reos de forma masiva a la cárcel de San Miguel y de Puente Alto, las cuales ya se encontraban fuertemente sobrepobladas, pero no estaban incluida en el programa de concesiones si no que bajo administración estatal, por lo que no eran susceptibles de recibir multas por su sobrepoblación.

Es posible confirmar este actuar por parte de Gendarmería, y motivado por el Ministerio de Justicia, al leer la sentencia penal de la causa RIT n°258-2014 del Sexto Tribunal Oral Penal de Santiago, de fecha 13 de junio de 2014. En ella consta la declaración de un testigo que señala lo siguiente: “se hicieron traslados de internos para evitar pagar una multa, atendido que por las bases, los establecimientos concesionados toleran un 20% de sobrepoblación sin pagar multa”. Agregando que “el Ministerio de Justicia los presionaba para que no se pagara la multa, disminuyendo así la población en ese recinto concesionado a través de traslados a las cárceles públicas de Puente Alto y San Miguel”.⁶⁵

Fue en este escenario de extremo hacinamiento en que ocurrió la mayor tragedia penitenciaria de nuestra historia, el incendio de la cárcel de San Miguel, que terminó con la vida de 81 internos. La sentencia recién citada corresponde al fallo que decretó la absolución de una serie de gendarmes a los cuales se les imputaba

⁶⁵ Testimonio de Jaime Concha Soto. Funcionario de la Dirección Regional de Gendarmería de Chile. Testigo del Ministerio Público en causa RIT 258-2014 del 6° Tribunal Oral Penal de Santiago. Se puede encontrar en sentencia definitiva de dicha causa, página 913.

responsabilidad en esta tragedia. Durante este juicio se reveló información respecto a la sobrepoblación de este recinto penal, así como también sobre las prácticas de la Administración de Estado, las cuales se incorporan en la sentencia. Por ejemplo, gracias a esta podemos saber que, al momento del siniestro, se encontraban pernoctando en el lugar 1956 reclusos, cuando dicho establecimiento está diseñado para albergar un máximo de 800. Es más, en la cruceta cinco -lugar donde se originó el fuego- en los sectores norte y sur los índices de hacinamiento eran de 312% y 295%, respectivamente.⁶⁶

Estos índices por si mismos son suficientemente impactantes, pero si los comparamos con el límite de sobrepoblación de 120% para las cárceles concesionadas, y volvemos a mirar el “cuadro 18” creado por contraloría, e incorporado anteriormente en este trabajo, podemos notar un desequilibrio evidente y grave entre el sistema privado y el sistema público de cárceles, donde es el Estado el que privilegia deliberadamente al primero por sobre el otro.

Producto de esto, las defensas de los distintos procesados imputan directamente la responsabilidad del incendio al Estado. Bien podemos verlo en algunos de los alegatos de apertura del juicio oral: “El 2010 el estado pagó a la sociedad concesionaria que opera en la Región Metropolitana en una sociedad, en Santiago Uno, pagó del orden de los 1.200 millones de pesos, sólo por concepto de sobrepoblación penal. Ese ítem no está representado en ningún gasto para la institución, es una multa, una especie de indemnización que paga el Estado por el

⁶⁶ Página 1091 sentencia.

sobrecupo a estos establecimientos. Es un dinero que entra fresco al establecimiento penal privado. (...) Gendarmería se vio conminada a tratar de rebajar estas tasas y trasladaron 503 internos que estaban en la cárcel de Santiago Uno a la cárcel de San Miguel, incrementando con ello las condiciones de hacinamiento que ya existían. Una cárcel que estaba dispuesta para 700 internos termina con 1900 internos a la fecha de la tragedia. 500 de ellos no debieron haber estado ahí, estaban en el recinto penal de Santiago Uno. Para los efectos de poder disminuir, o evitar esta sanción o sobrepago Gendarmería lo que hace es trasladar 503 internos de la cárcel privada a la pública.”⁶⁷

Esta misma línea sigue también la defensa de otros dos centinelas imputados, narrando la situación carcelaria que se vivía producto, en parte importante, por estos injustos traslados. “En este contexto de hacinamiento en que tal como lo ha reconocido el persecutor había un superávit de 295% de tasa de ocupación del lugar donde ocurrió el siniestro, naturalmente se produjeron rivalidades, animosidades entre los internos por diferencias personales, y estas circunstancias generó que se produjera una riña por contar con espacios que les proporcionaran más comodidades a los internos.”⁶⁸

Los hechos así relatados muestran cómo una riña territorial, por buscar el mejor espacio dentro de un edificio que albergaba el triple de personas del que le permitía su capacidad, desencadenó una de las escenas más terribles que se han presenciado en nuestro país, y que terminó con 81 nacionales calcinados. Riña que tal

⁶⁷ Sentencia. Defensa de Orrego Gallarce. Juan Pablo Gómez Concha. Página 432.

⁶⁸ Sentencia. Alegato de apertura. Defensa de Francisco Javier Riquelme Lagos y José Francisco Poblete Valdeverde. Defensor Penal Público Eduardo Méndez Marambio. Página 553.

vez podría haberse habitado con una política pública penitenciaria que no tuviese otros intereses comprometidos más que el interés público.

- c. Decisiones respecto a la libertad de internos se dejan en manos de privados.

A modo de introducción en esta temática debemos comprender que uno de los elementos centrales de nuestro sistema carcelario es el régimen de beneficios penitenciarios, los cuales comprenden desde los permisos de salida hasta la libertad condicional. Estos beneficios tienen como objetivos permitir la resocialización de las personas privadas de libertad y preparar el camino para su retorno al medio libre. Así lo confirma tanto el artículo 96 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios⁶⁹, como el hecho de que los permisos de salida se encuentren regulados en dicho cuerpo legal bajo el título quinto, sobre “actividades y acciones para la reinserción social”.

Los permisos de salida se encuentran normados en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP) y dependen del Jefe del Establecimiento, es decir, el alcaide.⁷⁰ Este toma la decisión sobre el otorgamiento de estos permisos luego de escuchar al llamado “Consejo Técnico”. La conformación y funciones de este Consejo se encuentran reguladas por la Resolución exenta n°11523 del año 2012 de

⁶⁹ Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Artículo 96, inciso primero, primera parte. - “Los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad.”

⁷⁰ Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Artículo 117.- “Los Jefes de los Complejos Penitenciarios, Centros Penitenciarios Femeninos, Centros de Cumplimiento Penitenciario, y Centros de Detención Preventiva, serán autoridades unipersonales que se denominarán Alcaldes.”

Gendarmería Nacional, la cual, además, reitera la regulación contenida en el REP sobre los permisos de salida, y establece el procedimiento para solicitar, tramitar y revocar dichos permisos. Cabe mencionar que esta regulación se extiende a todos los recintos penitenciarios del país sin distinguir según su régimen de administración, más allá de contener unas pocas normas, específicas y para nada orgánicas, respecto a las cárceles concesionadas. Por esto, las reglas generales deben interpretarse de forma que puedan ser aplicadas a la realidad que se vive en los centros administrados por las Sociedades Concesionarias.

La mayor gravedad de esta situación es que las personas que solicitan estos beneficios quedan supeditadas al arbitrio de personas que razonablemente pueden estar resguardando intereses distintos a aquellos que la ley manda. Esto no es extraño de pensar, ni resulta demasiado exagerado, sobre todo si consideramos que la Sociedad Concesionaria tiene enormes incentivos económicos para mantener los establecimientos que administra los más poblados posible, cuestión que podría lograr limitando el excarcelamiento.

Resulta intolerable para una sociedad democrática, y para un sistema penitenciario enfocado expresamente en la reinserción, que exista la posibilidad de un conflicto de intereses entre el bienestar de las y los condenados, y de su proceso de resocialización, y la búsqueda de mayores utilidades económicas o beneficios laborales de parte de una empresa privada o sus trabajadores.

CONCLUSIONES

Las asociaciones público-privadas son una forma de colaboración entre el Estado y particulares. A través de ellas el Estado busca dar solución a una necesidad pública. El privado, a su vez, busca su propio interés monetario.

Estas asociaciones se dan en todo el mundo. Son una respuesta frente a la dicotomía entre quién debe entregar ciertos servicios, si el Estado o los privados. Es por esto por lo que se da un rango muy amplio de modelos, desde algunos en que el Estado cede una mínima parte de participación, hasta acercarse a la privatización.

El formato más cercano al chileno lo podemos encontrar en Europa Continental. Se utiliza una forma de asociación llamada PFI por sus siglas en inglés (Private Finance Infrastructure), que consiste en construir obras públicas con financiamiento privado. Dentro de esta asociación, los europeos utilizan un modelo de contrato BOT (Build-Operate-Transfer), que consiste en que el privado se encarga de construir cierta infraestructura pública, la opera durante cierto tiempo, y finalizado ese tiempo transfiere la propiedad al Estado. Esta descripción se alinea a lo que entendemos por una concesión de obra pública en Chile.

En Chile fueron los enormes problemas en infraestructura vial los que llevaron al desarrollo de esta técnica de financiamiento. Y hasta el día de hoy, las autopistas y caminos siguen siendo la mejor muestra de participación privada en entrega de servicios públicos.

Al momento del auge de las APP existieron muchas promesas que vaticinaban un futuro brillante para este nuevo modelo. Algunas de estas eran: elevar los estándares de entrega de servicios; liberar fondos públicos; establecer precios acordes al mercado; y filtrar mejor los llamados “elefantes blancos”. Todos estos efectos están basados en el empoderamiento del usuario, el cual se convierte en cliente al pagar la tarifa. Sin embargo, existen ciertos proyectos donde estos efectos se ven muy atenuadas o simplemente no se presentan, ya que los usuarios de los servicios no modifican su relación con quién entrega el servicio, dado que no pagan tarifa.

Este es el caso de los internos de las cárceles, quienes no resultan empoderados frente a la sociedad concesionaria, ya que es el Estado quien solventa el costo. No existe aquí una tarifa que se pueda cobrar al usuario, por lo que la base de la premisa se cae. Este problema también puede ser llevado al caso de otras infraestructuras donde el Estado debe hacerse cargo de los costos, como pasa con los hospitales y escuelas públicas.

Existen diversos conceptos de concesión de obra pública, y de todos ellos puede extraerse una serie de elementos que, en esencia, la configuran. Estos son: un contrato, una parte privada, el Estado, el encargo de construir cierta infraestructura pública, y el beneficio de explotar dicha infraestructura por cierto periodo de tiempo.

La concesión de obra pública se encuentra normada por su propia ley y reglamento. Ambos cuerpos legales le entregan una vital importancia a las bases de licitación de cada proyecto, las cuales son redactadas por el Ministerio de Obras Públicas.

El contrato de concesión de obra pública no es un instrumento escriturado autónomo, si no que se compone de una serie de documentos que dan cuenta de los derechos entre las partes y para con terceros. El más importante de ellos es aquel que contiene las bases de licitación, las cuales establecen toda la información del proyecto, y contiene las cláusulas que lo regulan en lo específico.

Las bases de licitación son redactadas por la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, y tiene ciertos controles internos y externos. Como primer control interno está el mismo MOP, que además de redactar las bases, debe aprobarlas. Luego deben ser aprobadas por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Y en caso de existir un Ministerio mandante, también este debe aprobarlas.

Respecto a los controles externos, existen dos. El primero de ellos corresponde a la Contraloría General de la República. Este control es meramente normativo, en ningún caso busca estudiar la idoneidad de los mecanismos establecidos en las cláusulas de las bases.

El segundo control externo es el único donde puede existir una revisión de los mecanismos y sus posibles efectos futuros. Pero esta facultad está establecida solamente en beneficio de los privados, y no del Estado. Se trata de una etapa previa a la licitación, en la cual los participantes pueden hacer comentarios y preguntas acerca de las bases. Todas las respuestas a estas comunicaciones son incorporadas a las bases de licitación finales.

Pero considerando la trascendencia de las bases, estos controles devienen insuficientes. Están enfocados solamente en la legalidad y no buscan prever posibles resultados negativos del contrato. Tampoco existe un estudio de la idoneidad de las cláusulas que se utilizan para cada proyecto. Esto situándonos en el punto de vista del Estado, que es la visión que debe interesarnos en cuanto importa a la ciudadanía. En cuanto a la parte privada, cabe recordar que sí cuentan con un mecanismo de control establecido en su propio interés, este se da en el momento de la revisión de las bases de precalificación, antes de la licitación.

El proyecto de concesión de infraestructura carcelaria se creó con la finalidad de solucionar el enorme problema de hacinamiento en las cárceles del país. A lo que se sumó la búsqueda de la función rehabilitadora de la condena penal, cuestión que no puede lograrse en un ambiente de total hacinamiento.

Se hicieron tres grupos de proyectos, con dos o tres recintos penitenciarios en cada uno. Cada grupo se licitó en procesos distintos y fue tratado de manera independiente, tanto al momento de la licitación como en la construcción y posterior ejecución. Esto aun cuando en más de una ocasión las empresas se repetían en distintos grupos.

Sin embargo, los tres grupos tienen ciertos elementos en común. Primero, los pagos que se deben se dividen en tres categorías, Subsidio Fijo a la Construcción (SFC), Subsidio Fijo a la Operación (SFO), e Índice de Precio Variable (IPV). En el caso del grupo 2 actualmente no existe pago por SFC, ya que la licitación original tuvo

que ser terminada. El Estado compró la infraestructura, terminó las obras y volvió a licitar, pero únicamente para la operación.

Otra similitud consiste en la presencia de modificaciones al proyecto una vez ya iniciada la concesión. Estos cambios se pueden encontrar en los tres grupos, y en todos los casos significaron para el Fisco un mayor desembolso de dinero que el estipulado inicialmente.

Además, los tres contratos de concesión incluyen una cláusula de multa por sobreexplotación. Esta multa recae sobre el Estado, y no sobre el usuario, como suele ocurrir cuando se ha utilizado esta fórmula en otras concesiones de obra pública, por ejemplo, en las autopistas urbanas. La sobreexplotación en el caso de los recintos penitenciarios consiste en la sobrepoblación de los mismos.

Esta multa por sobrepoblación surge como imitación -o analogía- al mecanismo que se utiliza en la concesión de otros proyectos de infraestructura para evitar la sobreutilización de las obras. La lógica operante es disuadir al usuario de utilizar el servicio en los momentos de mayor congestión o explotación. Este es el caso, por ejemplo, de los horarios punta en las autopistas urbanas.

Pero en el caso de las cárceles concesionadas la multa pierde sentido, ya que no cumple el propósito para el cual este tipo de mecanismos fue ideado. Esto porque el usuario de un recinto penal no podrá jamás decidir cuándo dejar de utilizar la infraestructura, ya que no depende de su voluntad. Y, además, al no pagar una tarifa por la utilización, es el Estado quien debe hacerse cargo de la carga pecuniaria.

Solamente en el año 2008 el Estado pagó más de 350 millones de pesos únicamente por exceso de población de la cárcel Santiago Uno. Este pago no considera todo lo que se desembolsa anualmente para mantener los recintos penitenciarios concesionados, es decir, aquello que se paga por SFC, SFO, e IPV.

Este dinero no significa ninguna mejora en la calidad de vida de internos o gendarmes por parte de la concesionaria. Tampoco debe ser destinada a los planes de reinserción y rehabilitación. Simplemente es un flujo de dinero que entra directamente en las ganancias de la empresa concesionaria, la cual finalmente se ve beneficiada con la situación de sobrepoblación.

En los recintos penitenciarios concesionados, las decisiones respecto a los permisos de salida -e incluso libertad condicional- se ven fuertemente influenciadas por empleados de la sociedad concesionaria. Es más, en algunas ocasiones la decisión depende totalmente de personas que se encuentra bajo esta relación de dependencia.

Resulta inaceptable que un derecho fundamental de las personas, de tanta importancia como su libertad, quede en manos de personas que pueden razonablemente responder a intereses diversos a los establecidos en la ley. Especialmente tomando en cuenta el incentivo perverso que existe, para las concesionarias, de mantener el encarcelamiento de la mayor cantidad de personas posible.

El informe final 126 del año 2009 de la Contraloría General de la República muestra el resultado final de la investigación que este organismo realizó respecto a los

pagos hechos por el Estado a las sociedades concesionarias de recintos durante el año 2008. Dentro de sus conclusiones incluyó una serie de órdenes para los Ministerios y sus Servicios dependientes. Una de estas órdenes fue impedir la sobrepoblación de las cárceles concesionadas para no tener que pagar más por concepto de sobrepoblación.

Producto de esta orden, se inició como estrategia el traslado masivo de internos desde la cárcel Santiago Uno a las cárceles de Puente Alto y San Miguel. Estas dos últimas cárceles no fueron elegidas por tener espacio vacante para albergar el exceso de internos de Santiago Uno. Fueron escogidas por ser públicas. Al no estar sometidas al régimen de concesión, no existe para el Estado una multa a pagar cuando se encuentran sobrepobladas. Es más, cuando hablamos de sobrepoblación en las cárceles concesionadas estamos hablando del 120% sobre la capacidad de diseño; luego de los traslados masivos, ciertas zonas de la cárcel de San Miguel mostraron una sobrepoblación del 300%.

En este contexto se desató en la cárcel de San Miguel una riña territorial que terminó por desencadenar el incendio que mató a 81 internos el 8 de diciembre del año 2010.

Para cerrar este trabajo podemos establecer como punto fundamental el hecho de que existen ciertas infraestructuras, como las cárceles, cuya operación no podrá obtener beneficios pecuniarios directamente de los usuarios. En estos casos el beneficio que obtiene la sociedad concesionaria, como contrapartida a la operación, no será la tarifa que pueda cobrar, si no que los pagos que pacte con el Estado.

Cuando se da esta dinámica se rompen algunas premisas básicas que existen sobre las concesiones de obra pública. Si no se toman en cuenta estas diferencias, y se adapta a ellas, ocurren serios desajustes con consecuencias muy negativas. Un ejemplo de esto es el caso de la multa por sobrepoblación, el cual estudiamos profundamente, pero no significa que sea el único que presenta disfuncionalidades.

Pero no solamente las bases de licitación deben ser re-estudiadas bajo esta nueva óptica. El sistema de asociaciones público-privadas, tal como vimos, basa sus beneficios en una relación entre el concesionario y un usuario-cliente, que se encuentra en una situación especial debido precisamente al pago de una tarifa. Debemos cuestionar entonces si estas asociaciones, llevadas a cabo a través de concesiones, son el camino correcto para infraestructuras de este tipo.

Creemos que en caso de finalmente optar por insistir en un modelo de APP para servicios en que los usuarios no pagan tarifas, resulta fundamental establecer mecanismos de control externos que busquen identificar posibles desarreglos, para así enmendarlos antes de que el interés público se vea comprometido.

Estamos seguros de que esta discusión debe tenerse en nuestro país, ya que aún existe una serie de infraestructuras que deben ser construidas a lo largo de nuestro territorio. Es más, cada vez es más frecuente la discusión sobre la concesión de hospitales públicos. Es importante entender que, más allá de una postura política o económica, no todos los mecanismos son idóneos para todos los proyectos. O, al menos, que estos deben ser ajustados de la manera correcta para que no tengamos que volver a lamentar consecuencias como las expuestas en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AKINTOYE, Akintola; BECK, Matthias; HARDCASTLE, Cliff. "Public-private partnerships: managing risks and opportunities". Editorial Black Science. School of the Built and Natural Environment, Glasgow Caledonian University.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Segunda Edición. Granada, España. Editorial Comares, 2001
- BARRALES BETANCOURT, César Milton Alejandro; VARGAS GALLEGOS, Christian Andrés. "Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos". Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, -Universidad de Chile.
- CORDERO, Luis. "La Contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias". XXXVI Jornadas de Derecho Público, el 01 de diciembre de 2006.
- ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. "Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica". Fondo de Cultura Económica. 2014.
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. "Contratos Administrativos y Licitación Pública". Trabajo publicado en www.ilustrados.com.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Madrid, España. Instituto de Estudios Políticos, 1975. Colección Estudios de Administración.

- GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. "Public Private Partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance". Editorial Edward Elgar. Cheltenham, Reino Unido. Northhampton, Massachusetts, Estados Unidos. 2004.
- HALL, David; DE LA MOTTE, Robin; DAVIES, Steve. "Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)". Public Services International Research Unit. Greenwich. 2003.
- LINARES CANTILLO, Alejandro. "La participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos en Colombia". Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes de Colombia. n°21. febrero 1998.
- MAYNTZ, Renate. "El Estado y la Sociedad Civil en la Gobernanza Moderna". En: Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo 'Reforma y Democracia'. N°21. octubre 2001.
- MORALES NÚÑEZ, José Miguel y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco Antonio. El Contrato de Concesión de Obra Pública. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.
- RUFÍAN LIZAMA, Dolores María. "Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú". Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES). Proyecto ILPES/CAF "Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado". Santiago de Chile, enero de 2002.
- RUFÍAN LIZAMA, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica, 1999.

OTRAS FUENTES

- Ranking: Santiago es la mejor ciudad latinoamericana en infraestructura, pero está lejos del top 20. Emol.com.
<http://www.emol.com/noticias/Economia/2017/05/15/858394/Chile-tiene-la-mejor-infraestructura-de-latinoamerica.html> .
- Sitio web de la Dirección General de Concesiones. www.concesiones.cl .
- La Tercera. Eduardo Bitrán: “Yo no era partidario de continuar con las cárceles concesionadas”. 12/12/2010. Visto en:
<http://www.latercera.com/noticia/portada/2010/12/653-330180-9-eduardo-bitran-yo-no-era-partidario-de-continuar-con-las-carceles-concesionadas.shtml> . Visto el 16/04/2018.
- Solicitud de transparencia hecha a la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, con fecha 19 de enero de 2018.
- Resolución N°1621 de 2004. Dirección General de Obras Públicas.
- Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 1085 del año 2006
- Bases de Licitación Proyecto de Concesión de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1.
- Bases de Licitación Proyecto de Concesión de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2.
- Bases de Licitación Proyecto de Concesión de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3.

- Informe Final N°126 de 2009 sobre Auditoría al Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria. Elaborado por la división de auditoría administrativa de la Contraloría General de la República. Este informe puede encontrarse en el sitio web www.contraloria.cl.
- Sentencia definitiva de la causa RIT 258-2014 del 6° Tribunal Oral Penal de Santiago.
- Constitución Política de la República.
- Ley de Concesiones de Obra Pública. Decreto con Fuerza de Ley 900. Ministerio de Obras Públicas. 1996.
- Reglamento de la Ley de Concesiones de Obra Pública. Decreto Supremo 956. Ministerio de Obras Públicas. 1997.
- Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Decreto Supremo 518. Ministerio de Justicia. 1998.