

La nueva Dirección General de Concesiones de Obras Públicas

The new General Directorate of Public Works Concessions

Claudio MORAGA KLENNER*

RESUMEN: El artículo analiza la evolución de la institucionalidad pública chilena, que tiene a su cargo la administración del sistema de concesiones de obras públicas y la fiscalización de los concesionarios. Se verifica un deficiente desarrollo de los organismos administrativos involucrados, así como en la manera en que se establecen y reparten las funciones y atribuciones públicas. Se concluye que la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas es un organismo con un diseño inconcluso: parece encontrarse en tránsito hacia una institución fiscalizadora o agencia reguladora.

PALABRAS CLAVE: Dirección General de Concesiones de Obras Públicas; Servicio Público; Institución Fiscalizadora; agencia reguladora; sistema de concesiones.

ABSTRACT: The article analyses the evolution of the Chilean public institutions, managing the public works concession system and the supervision of the concessionaires. There is a deficient development of the administrative bodies involved, as well as in the way in which public functions and rights are established and distributed. It is concluded that the General Directorate of Public Works Concessions is an organism with an unfinished design: it seems to be in transit towards a supervisory institution or regulatory agency.

KEYWORDS: General Directorate of Public Works Concessions; public service; supervisory institution; regulatory agency; concession system.

* Facultad de Derecho-Universidad de Chile. Contacto: <cmoragak@derecho.uchile.cl>. Fecha de recepción: 21/06/20 Fecha de aprobación: 20/09/20

I. INTRODUCCIÓN

El lanzamiento de una política de Estado en materia de desarrollo de infraestructura pública usando para ello las concesiones de obras públicas se remonta hasta 1992 y, desde entonces y de forma constante, la participación privada ha sido muy activa. A la fecha se han otorgado más de ochenta contratos de concesión de esta clase sobre una diversidad de obras, tales como carreteras, recintos penitenciarios, puertos terrestres, embalses, hospitales, estadios deportivos, aeropuertos, etc. Sorprende, sin embargo, que por parte del Estado de Chile, este haya actuado por largos años sin una institucionalidad apropiada o, peor aún, sin ninguna organización formal concentrada en dirigir y administrar el sistema de concesiones de obras públicas. En efecto, a mediados de la última década del siglo pasado, la legislación recargó a la antigua Dirección General de Obras Públicas (DGOP) -dependiente del Ministerio de Obras Públicas (MOP)- con las funciones de dirigir y representar formalmente al Estado de Chile frente a las empresas concesionarias de cara a los respectivos contratos de concesión que se estaban comenzando a formalizar.

Con el objetivo de poder cumplir con estas nuevas tareas, la DGOP creó en su seno el “Departamento de Concesiones”, como una unidad a cargo de administrar y fiscalizar el correcto funcionamiento del sistema de concesiones. Esta nueva unidad fue fruto del mero ejercicio de una potestad organizatoria del Director General, de momento que no se dictó ley ni decreto que le otorgara certificado de nacimiento a aquél departamento. De una manera muy similar, y en corto tiempo, el Departamento de Concesiones pasó a ser la “Coordinación General de Concesiones” (1995), unidad funcional dependiente de la DGOP, que prestó servicios hasta el año 2017 con la misma precariedad organizacional de su antecesora: el Coordinador no representaba al Estado ni al Gobierno frente a los inversionistas, ni tenía atribución para firmar acto público alguno en materia de concesiones; el personal que trabajaba

en ella no era de funcionarios públicos, sino que en la gran mayoría de los casos se trataba de profesionales a quienes se les contrataba sus servicios a través de contratos civiles, y se les renovaba cada 12 meses¹, sin que ninguno de ellos, por razones legales, pudiese ejercer de alguna forma potestad o atribución pública.

La informalidad antes mencionada, así como algunos casos reñidos con las leyes, sucedidos al alero de la Coordinación de Concesiones, llevó a una situación cuya gravedad exigiría una reacción de parte del Estado.

II. LAS REFORMAS LEGALES DE LOS AÑOS 2010 Y 2017 QUE DIERON ORIGEN AL CONSEJO DE CONCESIONES Y A LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

A) EL CONSEJO DE CONCESIONES

En el año 2010 se dictó la Ley 20.410 que, en lo que interesa, creo el Consejo de Concesiones, como un órgano centralizado, de asesoría a la persona del Ministro, cuyos integrantes fueron en su origen designados y removidos libremente por aquél. Debe hacerse notar que el Consejo de Concesiones no se estableció para colaborar con la Coordinación General de Concesiones, quizá debido a su falta de legitimación y reconocimiento formal. La integración del Consejo fue más

¹ Hasta el año 2017, la proporción del personal sujeto a contratación civil ascendía a 81% del total de la dotación de la antigua Coordinación General de Concesiones. Con la dictación de la Ley 21.044 el 95% de esa dotación pasó a tener la calidad de funcionario público, en ejercicio de cargos de planta o a contrata. En HdL 21.044 en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7116/>>, (07/08/2020).

adelante cambiada y, actualmente, se encuentra establecida en la Ley 21.044, de 2017. Tiene seis miembros: el Ministro de Obras Públicas; un consejero de designación y remoción conjunta por parte de los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda, quien presidirá el Consejo²; dos consejeros designados por el Ministro de Hacienda³; y dos consejeros designados por el Ministro de Obras Públicas.⁴

Las funciones del consejo son informar el tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP), los proyectos y las modalidades de régimen concesional, teniendo en cuenta, entre otros antecedentes los planes regionales de desarrollo urbano y los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y la evaluación social aprobada por el organismo de momento especial. Desde el sector público, escándalos recientes, principalmente por uso ilegal de recursos monetarios en el seno de la Coordinación de Concesiones, había creado la percepción de que el sistema de concesiones podría estar afectado por malas prácticas administrativas o derechamente corruptas. Desde el sector privado, por su parte, había una molestia transversal en la población de tener que pagar por el uso de bienes públicos esenciales, siendo que históricamente se había hecho uso de ellos de manera gratuita. Y, por último, desde el interior del propio MOP, se tenía la percepción de que el sistema de concesiones ya había

² Se garantiza así que en caso de empate para resolver una cierta cuestión, el voto dirimente no lo tendrá el Ministerio de Obras Públicas, con lo que se mantiene la idea de que en el seno del Consejo tienen que prevalecer consideraciones técnicas antes que políticas.

³ Uno debe ser un académico de una facultad de Economía o de Economía y Administración, y el segundo de una facultad de Ciencias Jurídicas o de Ciencias Jurídicas y/o Sociales. Uno de ellos deberá pertenecer a una universidad con sede principal en una región distinta de la Región Metropolitana.

⁴ El primero será un académico perteneciente a una facultad de Ingeniería Civil, y el segundo pertenecerá a una facultad de Arquitectura. Uno de ellos deberá pertenecer a una universidad con sede principal en una región distinta de la Región Metropolitana.

adquirido tal maduración en cuanto al número de contratos asignados, al nivel de inversiones comprometidas y a los proyectos que estaban siendo preparados para ser licitados, que las máximas autoridades de ese Ministerio habían perdido cierto control. De allí que el Consejo de Concesiones se convertiría en el gran brazo colaborador del Ministro en materias concesionales, especialmente relevantes. En palabras sencillas, la idea era que, de allí en más, cuando el Ministro adoptare formalmente una decisión en concesiones de obras públicas podría invocar en su apoyo la opinión de su consejo asesor, integrado por técnicos y expertos, que no por agentes políticos. En efecto, el Consejo de Concesiones satisface la necesidad cada vez más palpable en el diseño de instituciones públicas, de que actúe con independencia, haciendo primar las consideraciones técnicas sobre las políticas. Esa independencia se asegura, en cierta medida, con reglas de designación sus integrantes que exigen la participación de dos Ministros de Estado, es decir, no es suficiente para esa designación la sola voluntad del Ministro de Obras Públicas, quien es coincidentemente la autoridad que debe ser asesorada o aconsejada por el Consejo.

B) LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Debieron pasar todavía algunos años antes que el Poder Legislativo volviera a preocuparse de la institucionalidad de concesiones de obras públicas. Si bien en el año 2007 el Presidente de la República presentó al Poder Legislativo un proyecto de ley para crear una superintendencia de concesiones⁵ (propriadamente, una institución fiscalizadora o agencia reguladora), lo cierto es que ese proyecto de ley no se tramitó. La idea de una superintendencia tenía por finalidad desacoplar las funciones de diseño, licitación y

⁵ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Obras Públicas, de 9 de agosto de 2007, Mensaje N° 332-355.

adjudicación de concesiones, que quedarían radicadas en el MOP, con los asuntos referidos más propiamente al cumplimiento de los respectivos contratos de concesión y, particularmente, de las obligaciones vinculadas con estándares o niveles de servicio -que se delegarían en un organismo administrativo con personalidad jurídica de derecho público distinta a la del Fisco.

En fin, recién en el año 2015 el Gobierno volvió a presentar al Congreso un nuevo proyecto de ley, esta vez para la creación de un servicio público dependiente del MOP, a saber, la DGC, cuyo estatuto orgánico se contiene en la Ley 21.044, de 2017, que modificó la Ley Orgánica del MOP y Ley de Caminos, ambas contenidas actualmente en el Decreto con Fuerza de Ley 850, de 1997.

La DGC fue creada como un servicio público centralizado, es decir, dependiente del MOP, para que asumiera la integridad de funciones y atribuciones que hasta ese momento habían sido desempeñadas por la DGOP en materia de concesiones (artículo 2 Ley 21.044). Esa nueva Dirección General se introduce en el organigrama del MOP al lado de sus otras dos grandes Divisiones, a saber, la DGOP y la Dirección de Aguas. Su objeto, según la ley, es: (i) la ejecución, reparación, mantención, conservación y explotación de obras públicas fiscales a través de contratos de concesión, (ii) la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados a dichas concesiones, y (iii) la fiscalización del debido cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables a los contratos de concesión, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes (artículo 22 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 850).

El jefe superior de la DGC está radicado en un órgano unipersonal -el Director General-, que es cargo público afecto al Sistema de Alta Dirección Pública (Ley 19.882, de 2003). Por su parte, el personal de la DGC deja de ser aquel grupo de profesionales privados contratados al amparo de contratos civiles, precarios y de corto plazo, para pasar a ser funcionarios públicos sujetos a las disposiciones de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Una revisión de la historia de la Ley 21.044 en el Congreso Nacional deja entrever que las principales ideas que subyacen en el mejoramiento de la institucionalidad de concesiones de obras públicas era la necesidad de consolidar una visión política y técnica de largo plazo acerca de esta área o actividad, dar estabilidad al personal público del sector, hacer más eficiente su desempeño y posibilitar la responsabilidad administrativa de las autoridades y personal de la DGC, lo que antes no había sido posible de momento que la gran mayoría de sus recursos humanos no detentaban la calidad de funcionario público.⁶

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

En la perspectiva de la Ley 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCB-GAE), la DGC es un servicio público, es decir, un organismo administrativo creado por ley para colaborar con el Presidente de la República en el cumplimiento de la función administrativa (artículo 1º). Se distingue entre un Ministerio y un servicio público, porque el primero es un órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones; a cuyos efectos deben proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector (artículo 22). Los servicios públicos, a su turno, están encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua (artículo 28) y, como tales, son instrumentos o

⁶ HdL 21.044, en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7116/>>, (07/08/2020).

medios jurídicos que permiten aplicar concretamente prestaciones de bienes y servicios de interés público que benefician a las personas, materializando así en la calle los planes y programas que han sido previamente adoptados por los respectivos Ministerios. Particularmente en el caso de la DGC, se trata de un servicio que está bajo dependencia del Presidente de la República a través del MOP y, como tal, actúa con la personalidad jurídica y los bienes y recursos del Fisco (artículo 29 inciso 2°).

La DGC, por lo mismo, cumple básicamente todas las regulaciones generales aplicables a servicios públicos centralizados: (i) el superior jerárquico es un órgano unipersonal con el nombre de Director (artículo 31 inciso 1°); (ii) a este último le corresponde dirigir, organizar y administrar la DGC; controlarla y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne (artículo 31 inciso 2°); (iii) en la organización interna de la DGC se han establecido los niveles de Dirección Nacional, Departamento (División), Subdepartamento, Sección y Oficina (artículo 32), (iv) su personal tiene la calidad de funcionarios públicos, sujetos al sistema de remuneraciones de la Escala Única de Sueldos (artículo cuarto Ley 21.044, Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo y Decreto Ley 249, de 1974), y (v) las plantas de personal se encuentran fijadas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 7, de 2018, del MOP.

Ahora bien, al analizar detenidamente las atribuciones que el artículo 2° de la Ley 21.044 otorga al Director General, se advierte que una parte de ellas es congruente con el objeto de la DGC, como también con las que el artículo 28 LOCBGAE asigna a cualquier servicio público. Nos referimos, entre ellas a las siguientes que se leen en el artículo 22 ter del Decreto con Fuerza de Ley 850:

A) ATRIBUCIONES DEL DIRECTOR GENERAL DE NATURALEZA PROPOSITIVA E INFORMATIVA

De esta clase de atribuciones son, entre otras, las siguientes:

- Letra a): someter a la aprobación del MOP la propuesta de eje-

cución, reparación, mantención, conservación o explotación de obras públicas fiscales por el sistema concesional. Esta atribución tiene todo sentido ya que los contratos de concesión no son adjudicados por la DGC sino que por el Presidente de la República, a través de un decreto supremo. De allí que a la DGC solamente puede caberle la atribución de hacer propuestas a la máxima autoridad, lo que hace a través del Ministro de Obras Públicas.

- Letra f): fomentar, promover y difundir ante inversionistas públicos o privados, nacionales o extranjeros, la asociación público-privada en materia de infraestructura, en coordinación con las demás instituciones competentes en esta materia. La invocación que se hace a “las demás instituciones competentes” lo es principalmente respecto de la Agencia de Promoción de Inversión Extranjera (Ley 20.848, de 2015), que funciona con la marca “Invest-Chile”, y cuya función legal es precisamente promover y atraer, de forma activa, el ingreso de capitales desde el exterior al país.
- Letra g): presentar al MOP, para su aprobación, el plan de concesiones, con una proyección de cinco años, y que contemplará, entre otros, una visión territorial, para lo cual sus proyectos incluirán infraestructura en diferentes zonas del país, procurando un desarrollo armónico entre ellas.
- Letra h): presentar al MOP, dentro del primer trimestre de cada año, un informe de monitoreo y evaluación de la labor fiscalizadora en las etapas de ejecución, reparación, mantención, conservación o explotación de obras públicas, con su correspondiente plan de fortalecimiento.
- Letra i): estudiar, analizar y proponer al MOP proyectos de iniciativa propia, de otros ministerios u organismos de la administración pública o de iniciativas privadas presentadas ante el MOP.
- Letra j): evaluar, analizar y estructurar financieramente los proyectos en desarrollo, y contratar la asesoría de expertos en estructuración financiera, contractual y de garantías para las obras concesionadas.

B) ATRIBUCIONES DEL DIRECTOR GENERAL EN MATERIA DE DIRECCIÓN SUPERIOR Y AUTO ORGANIZACIÓN

De este tipo de atribuciones son las siguientes:

- Letra b): dirigir y coordinar la DGC y sus divisiones y la organización interna de ésta. Esta es una atribución esencial de todo jefe superior, a saber, la de dirigir la organización a su cargo, y ejercer un control jerárquico permanente de su funcionamiento y de la actuación de su personal, extendiéndose este control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones (artículo 11 LOCBGAE).
- Letra c): representar para todos los efectos legales a la DGC, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. La representación del Fisco está radicada en el Consejo de Defensa Fiscal. Esto supondría que la DGC, al ser parte del mismo Estado, no puede actuar en sede judicial sino a través de los abogados fiscales. Sin embargo, cuando la Ley 21.044 confiere al Director General la facultad para actuar judicialmente en representación de la DGC, ha de significar ello que lo es para actuar directamente frente a conflictos entre el MOP y los concesionarios, en el marco de sus respectivos contratos de concesión, y que son de conocimiento de un Panel Técnico (no ejerce jurisdicción, emite solo recomendaciones) y de un tribunal arbitral (sentencia vinculante), sin perjuicio de que la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema pueden también conocer de estos conflictos por vía de recursos extraordinarios de queja (artículos 36 y 36 bis de la LCOP).
- Letra d): contratar estudios, proyectos, ejecución de obras y asesorías, y celebrar los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la DGC. Se entiende que la DGC puede captar servicios especializados desde el sector privado que colaboren en el cumplimiento del objeto legal de aquélla.
- Letra l): destinar, comisionar y encomendar cometidos al personal de la DGC, cuando deban llevarse a cabo en servicios distintos de aquel en que se encuentra nombrado el funcionario.

- Letran): delegaren funcionarios de su dependencia, previa aprobación del Ministro de Obras Públicas, atribuciones específicas para una o más regiones o localidades, cuando circunstancias calificadas, tanto de operación como de proyectos en estudio y en etapa de construcción, lo hagan necesario, pudiendo poner término a la delegación en cualquier momento.

C) ATRIBUCIONES DEL DIRECTOR GENERAL DE TIPO FISCALIZADOR Y SANCIONADOR

En este tercer acápite se listan facultades que de algún modo distancian a la DGC de un servicio público cualquiera. Nos referimos a las siguientes atribuciones contempladas en el artículo 22 ter del Decreto con Fuerza de Ley 850: letra e): velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas; y letra m): aplicar las multas que procedan.

IV. SOBRE LAS ATRIBUCIONES FISCALIZADORAS Y SANCIONADORAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Las atribuciones especiales que se verán a continuación se corresponden con las siguientes: velar o fiscalizar el cumplimiento de los contratos de concesión (1.), y la potestad sancionatoria ejercitable contra los concesionarios (2.).

A) VELAR O FISCALIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La ley impone al Director General el deber de velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas. Los parámetros que deben ser utilizados para fiscalizar dicho cumplimiento por parte de los concesionarios son la LCOP, su reglamento, el contrato de concesión, las bases de li-

citación y los actos administrativos que conforman el contrato de concesión, como también en las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables. Una lectura de la LCOP y su reglamento otorgan el contexto general que permite precisar el sentido y alcance de la atribución que se comenta.

La atribución fiscalizadora de la DGC fundada en la Ley de Concesiones

Esta se extiende por todo el iter contractual. Comienza con el control que hace la DGC de haber cumplido el adjudicatario con las exigencias iniciales que permiten perfeccionar el contrato de concesión (artículo 9º); emite informes sobre las modificaciones unilaterales que el MOP desee introducir en obras o servicios de la concesión y sobre las que se convengan de común acuerdo por el MOP y el concesionario (artículos 19 inciso 8º y 20 inciso 4º); puede suspender la concesión (artículo 30 Nº 1); autoriza al concesionario la ejecución de ciertos actos y la celebración de contratos, e.g. enajenación, hipoteca y gravamen sobre bienes y derechos que adquiere el concesionario a cualquier título (artículo 15 inciso 1º), la puesta en servicio de las obras (artículo 17), y la transferencia de la concesión o de los derechos del concesionario (artículo 21 inciso 4º). Puede requerir mensualmente información de pagos realizados a contratistas del concesionario (artículo 21 inciso 3º), sobre sus subcontratistas, su contabilidad, gestión empresarial y sistema de atención de usuarios, además de requerirle que efectúe auditorías para comprobar la veracidad y exactitud de las informaciones que se hayan proporcionado al MOP (artículo 30 bis). Puede designar un interventor de la concesión en caso de abandono injustificado del servicio (artículo 37). Puede regular las velocidades máximas y mínimas que rigen en las concesiones de caminos públicos (artículo 40); y, finalmente, actuando por el MOP, la DGC inspecciona y vigila el cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra (artículo 29 inciso 2º).

La atribución fiscalizadora de la DGC fundada en el reglamento de la Ley de Concesiones

En su esencia, la actividad fiscalizadora de la DGC sobre el contrato y la actividad del concesionario se lleva a cabo con la colaboración de un Inspector Fiscal⁷, funcionario público que se designa específicamente para controlar el correcto cumplimiento de un contrato de concesión en específico. Su función se realiza con la colaboración de una asesoría especializada, que se contrata a firmas privadas de ingeniería o consultoría.

Sobresalen las siguientes atribuciones fiscalizadoras puestas en sus manos:

- Durante toda la vigencia de la concesión: requerir los registros de información contable del concesionario (artículo 30 N° 4); dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión (artículos 39 letra l) y 40 letra m); y autorizar modificaciones en los estatutos del concesionario.
- Durante la Etapa de Construcción: inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto; fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras; fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por el concesionario; fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad, y de las normas de calidad; revisar la Información estadística entregada por el concesionario; fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato; dictar órdenes e instrucciones necesarios para fiscalizar el contrato de concesión (artículo 39).

⁷ En los contratos públicos de larga duración, es habitual encontrar la figura de un inspector fiscal. Por ejemplo, en los contratos de obras públicas de los Servicios de la Vivienda y Urbanización se denomina *Director de Obras*; en los contratos municipales toma a veces el nombre de *Supervisor Municipal* o *Inspector Municipal*, y en los contratos de suministro y prestación de servicios el de “Coordinador”.

- Durante la Etapa de Explotación: fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras; fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo; fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la operación de las obras, y el cumplimiento del reglamento de servicio de la obra; fiscalizar el cumplimiento del cobro de tarifas y el cumplimiento de las condiciones económicas de la licitación; fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables, administrativos y, en general, de cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato; todas las que corresponden al inspector fiscal de la etapa de construcción relacionadas con la ingeniería de los proyectos y la construcción cuando se realicen obras durante la fase de explotación; y fiscalizar el cumplimiento de las exigencias ambientales del proyecto.

B) POTESTAD SANCIONATORIA EJERCITABLE CONTRA LOS CONCESIONARIOS

La letra m) del artículo 22 ter de la Ley 21.044 dispone que el Director General tiene la atribución de aplicar las multas que sean procedentes en conformidad a la LCOP y su reglamento, al contrato de concesión, y a las demás leyes y reglamentos que le fueren aplicables. Más en detalle, esta facultad está contenida en el artículo 18 de la LCOP y en los artículos 47 y 48 de su reglamento.

Interesa mostrar la deficiente reglamentación del ejercicio de la potestad sancionadora contractual en manos de la DGC.

Por un lado, el artículo 47 consagra dos principios generales. El primero señala que el concesionario puede ser sancionado por infringir cualquier obligación del contrato; si bien el reglamento no lo expresa, se debe entender que la infracción de la obligación contractual debe estar, sin embargo, descrita o tipificada en los pliegos de posiciones. No entenderlo de esta manera constituiría una infracción al principio de legalidad y transformaría la actuación de la Administración en pura arbitrariedad. El segundo

principio establece que el concesionario no puede excusarse de responder por sus obligaciones de cara al MOP, aduciendo incumplimiento de los contratos que tiene celebrados con terceros subcontratistas, proveedores de servicios, constructores u otros.

De su parte, el artículo 48 es de corte adjetivo. Consagra un procedimiento de carece de mínimas garantías para el concesionario durante el procedimiento que precede a la dictación de la multa, por lo que cualquier defensa formal que este quiera realizar es siempre *ex post*, esto es, el conflicto que se lleva al conocimiento de las instancias de solución de controversias es siempre un reclamo sobre la procedencia del acto administrativo que determina la infracción, fija la responsabilidad del concesionario y precisa el monto de la multa. El procedimiento de aplicación de sanciones comienza con la denuncia que hace el Inspector Fiscal al DGC, esto es, a su superior jerárquico, acerca del supuesto incumplimiento del concesionario (se especifica el tipo de infracción, sus características y número de días de incumplimiento) y propone una multa final. Si la multa es aprobada por el DGC, el Inspector Fiscal notifica al concesionario el acto administrativo que la contiene y, desde ese momento, comienza a correr un plazo de 30 días para pagar. No hay más reglas en la ley o en reglamento sobre esta materia. En complemento, cabe señalar que una vez que el Inspector Fiscal propone la multa al DGC, este último usualmente no confiere traslado al concesionario ni ofrece la posibilidad de presentar pruebas y alegaciones; tampoco lleva a cabo una investigación independiente, ya que da por válido lo que el Inspector Fiscal le informe al momento de proponer la multa. En otras palabras, las multas no son resultado de un debido procedimiento administrativo.

V. COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

La DGC es técnicamente un servicio público integrante de la administración centralizada; misma que es dirigida por el Presidente de la República a través de sus ministros de Estado, directos colaboradores de aquél en las funciones de gobierno y administrativas. Extrañamente, sin embargo, su ley orgánica muestra unos caracteres en la DGC que la hacen parecer de cierta forma como una institución fiscalizadora o, si se quiere, una agencia reguladora.

En el caso chileno, el Legislador ha dado a las instituciones fiscalizadoras distintas denominaciones. La más frecuente es la de “superintendencia”, pero otras toman el nombre de “dirección”, “consejo” o “servicio”. De otro lado, no es un elemento esencial que la institución goce de un cierto grado de autonomía de cara al Presidente, si bien este criterio es constitutivo de la regla general. En efecto, el Decreto Ley N° 3.551, de 1980, que categorizó las instituciones fiscalizadoras en Chile y definió sus características principales, agrupó dentro de la categoría de institución fiscalizadora a organismos públicos de distinta naturaleza y con objetos legales diferentes: e.g. la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y las Superintendencias de Seguridad Social, de Bancos e Instituciones Financieras y de Valores y Seguros y, por último, al Servicio de Impuestos Internos (artículos 2° y 19 inciso 1°). Precisamente el último de los mencionados es un organismo centralizado, que opera con la personalidad jurídica del Estado de Chile, igual a como sucede con la DGC.

Luego, el Decreto Ley N° 3.551 no estableció como característica esencial que la dirección de las instituciones fiscalizadoras estuviera en manos de una comisión o directorio, sino que en la época de su dictación, la regla general era precisamente la de un órgano superior unipersonal, con el nombre de di-

rector, superintendente o, simplemente, jefe de servicio (artículo 3º). Como se advierte, el caso de la DGC es, entonces, idéntico al de cualquiera de las instituciones fiscalizadoras listadas en el referido cuerpo legal, lo que se ha mantenido hasta la fecha.

Complementariamente, el Decreto Ley N° 3.551 estableció que el cago del jefe de servicio sería de exclusiva confianza del Presidente de la República, es decir, que su nombramiento y remoción dependía de que se mantuviera dicha confianza. A la fecha, todas las instituciones fiscalizadoras listadas en el señalado decreto ley siguen contando con un órgano superior cuyo titular permanece en el cargo mientras el Presidente de la República así lo determine. Hace excepción de lo dicho solamente el caso de la Fiscalía Nacional Económica, de momento que a través de la Ley 20.361, de 2009, el Fiscal pasó a ser un cargo inamovible, de una duración de 4 años y que se puede renovar por una sola vez. Entonces, también desde la dimensión del tipo de cargo que ejerce el jefe de la DGC, hay una similitud con casi todas las instituciones fiscalizadoras nombradas en el Decreto Ley N° 3.551.

Luego, las instituciones fiscalizadoras del Decreto Ley N° 3.551 actuaban en ciertos campos o áreas bien delimitadas, y todas ellas con una evidente connotación de ordenación económica o fiscal: la aplicación y determinación de ingresos públicos en la forma de tributos y aranceles, actividades económicas sensibles (mercados de capitales, financiero y laboral), la seguridad social y la protección de la libre competencia. Sin embargo, aquel cuerpo legal no consagró un listado de funciones y, o atribuciones como propias de las instituciones fiscalizadoras. De allí que de la sola revisión del Decreto Ley N° 3.551 no es posible verificar si entre todas las instituciones fiscalizadoras habría existido una función común o si hubieren detentado unas atribuciones iguales entre todas ellas. Por lo anterior, esta cuestión debe ser observada a partir de las respectivas leyes orgánicas, y que de manera sintética se muestra en la siguiente tabla.

	Función
Fiscalía Nacional Económica	Resguardar la libre competencia en los mercados
Servicio de Aduanas	Vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes, y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes.
Dirección del Trabajo	Supervigilar la aplicación de las leyes sociales y del funcionamiento de las organizaciones gremiales
Superintendencia de Seguridad Social	Supervigilar y fiscalizar los regímenes de seguridad social y de protección social, como asimismo de las instituciones que los administren, dentro de la esfera de su competencia y en conformidad a la ley
Servicio de Impuestos Internos	Aplicar y fiscalizar todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco
Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras	Fiscalizar al Banco del Estado, empresas bancarias y entidades financieras, las empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito o de cualquier otro sistema similar; velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios.
Superintendencia de Valores y Seguros	Fiscalizar permanentemente a los sujetos que realicen operaciones de emisión e intermediación de valores de oferta pública; las bolsas de valores y las operaciones bursátiles; los fondos mutuos y las sociedades que los administren; las sociedades anónimas y las en comanda por acciones que la ley sujeta a su vigilancia; las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar cualquiera sea su naturaleza y los negocios de éstas.

Fuente: diseño propio.

Como se aprecia, todas las instituciones fiscalizadoras originarias son de algún modo organismos de vigilancia y control. De esta misma manera se manifiesta la DGC, de momento que tiene como una de sus funciones principales la de fiscalizar el debido cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables a los contratos de concesión, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes (artículo 22 bis inciso 1º Decreto con Fuerza de Ley 850).

Por último, corresponde verificar la coincidencia que puede haber entre las atribuciones propias de las instituciones fiscalizadoras y las de la DGC. De una revisión de las leyes orgánicas de las instituciones fiscalizadoras nombradas en el Decreto Ley 3.551, resulta que las ocho atribuciones que se repiten con mayor frecuencia son las de: fiscalizar a los regulados (se confiere al 100% de las instituciones), requerir información o antecedentes de los sujetos regulados (se confiere al 100% de las instituciones), ejercer alguna potestad normativa sublegal sobre la actividad regulada (se confiere al 85% de las instituciones), sancionar (se confiere al 85% de las instituciones), dictaminar o autorizar (se confiere al 85% de las instituciones), informar o divulgar información relevante en el público, en general (se confiere al 71% de las instituciones), inspeccionar y visitar instalaciones o el lugar en que se desarrolla la actividad regulada (se confiere al 71% de las instituciones) y citar u ordenar a los representantes, apoderados o trabajadores del regulado prestar declaración (se confiere al 71% de las instituciones).

Ahora bien, se advierte que la DGC tiene una parte importante de las mismas atribuciones que la ley confiere a cualquier institución fiscalizadora. Por de pronto, puede fiscalizar con amplios poderes a los concesionarios; los puede sancionar; los concesionarios deben requerir su consentimiento o autorización para poder ejecutar válidamente ciertos actos jurídicos; y a través del Inspector Fiscal, la DGC realiza una inspección y visita permanente en el área en que se asienta la respectiva concesión. Por su parte,

atribuciones de las que carece son las normativas, la de informar o hacer divulgación de información relevante, y la de citar a declarar a representantes, personeros o trabajadores del concesionario.

Contrastado, entonces, la DGC con los parámetros que usualmente se atribuyen a las entidades reguladoras, se concluye que la DGC presenta similitudes que pueden llevar a concluir de que se trata de una institución fiscalizadora, como lo son las demás que fueron en su momento expresamente mencionadas en el Decreto Ley 3.551. No obstante, la DGC presenta otras características que no son propias de una entidad fiscalizadora y que la hacen parecer más bien un mero servicio público. En esta última dimensión, la DGC tiene a su cargo proponer a las altas autoridades del MOP planes de concesiones y proyectos específicos para que sean ejecutados a través del sistema de concesiones; diseña y propone pliegos de posiciones, modelos de negocios y estructuras financieras de proyectos, administra y controla el sistema de licitaciones públicas, desde su convocatoria, pasando por las etapas de recepción y evaluación de ofertas y terminando en la adjudicación de la licitación. Al mismo tiempo, le corresponde fomentar, promover y difundir el sistema de concesiones, tanto en el nivel nacional como internacional.

De otro lado, al analizar las atribuciones regulatorias en poder de la DGC, las dos principales (atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias) presentan deficiencias técnicas que hacen temer que el comportamiento de esa Dirección General no siempre esté estrictamente orientado a servir los intereses públicos con objetividad e imparcialidad, y ello, viene causado por un mal diseño institucional.

Las funciones fiscalizadoras que se ejercen sobre el concesionario usan como parámetro de control no solo la ley y el reglamento de concesiones de obras públicas, sino que también las bases de licitación o pliegos de posiciones, las circulares aclaratorias y los demás antecedentes y proyectos entregados a los licitantes durante la licitación. En buena medida estos documentos oficiales y referenciales son elaborados por la propia DGC o por

terceros por encargo de aquélla. Luego, en la primera etapa de la concesión, la DGC fiscaliza en lo fundamental no más que la construcción de una obra pública que, llegado su momento, se pondrá en servicio, se dará al uso público y deberá cumplir permanentemente con unos niveles y estándares de servicio predefinidos por el contrato y sus especificaciones técnicas. Pues bien, con la transición del contrato desde su etapa de diseño y construcción a la de explotación, las contrapartes técnicas del MOP no cambian necesariamente y, por tanto, los mismos integrantes de la Inspección Fiscal y de su asesoría asumen de un modo indirecto la fiscalización de su actividad previa en la fase de construcción, de momento que el cumplimiento de esos niveles y estándares de servicio no sólo depende de las actividades de mantenimiento que el concesionario debe llevar adelante, sino que también, de lo bien o mal diseñadas y ejecutadas que fueron unas obras que fueron controladas por esos mismos funcionarios públicos. Este problema fue el que se quiso combatir en el año 2007 con el proyecto de ley que creaba una superintendencia de concesiones de obras públicas. En el mensaje presidencial constan al menos ideas matrices que, sin embargo, no fueron recogidas finalmente en la ley que creo la DGC:

- Establecer mecanismos de difusión para el conocimiento de los derechos que les competen a los usuarios y la forma en que ellos pueden ser ejercidos. En la Ley 21.044, como hemos visto, la actividad de difusión de la DGC no es de cara a los usuarios sino que a los inversionistas.
- Dar a la Superintendencia atribuciones para fiscalizar tanto a los concesionarios como al propio MOP, en el cumplimiento de aquellos niveles expresamente comprometidos. En la Ley 21.044 la fiscalización se hace solamente respecto de los concesionarios.
- Separar el rol de control de la construcción y explotación de la obra pública, en manos del MOP, del rol de fiscalización de los niveles de servicio, en la fase de explotación, radicado en dicha Superintendencia. En la Ley 21.044 la fiscalización es la misma

para ambas etapas del contrato de concesión y con respecto al cumplimiento de los niveles de servicio.

Otro problema presenta el ejercicio de la potestad sancionadora en manos de la DGC. Ya hemos señalado que la Ley 21.044 no se preocupó de establecer un procedimiento especial de investigación y sanción, ni de consagrar garantías mínimas para el concesionario. Extrañamente, además, la Ley 21.044 no siguió las directrices que recogen otras leyes orgánicas de instituciones fiscalizadoras (e.g. Ley 20.417, de 2010, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente, Ley 21.000, de 2017, que crea la Comisión para el Mercado Financiero), que separan claramente los roles investigativos y sancionadores, en unidades y funcionarios distintos, si bien teniendo todas ellas un superior común, sea el propio Superintendente o la Comisión, en quien queda radicado el poder de dictar la resolución administrativa que sanciona o absuelve. En el sistema de concesiones, el proceso de fiscalización se confunde con el de investigación de una actuación que puede ser tenida como infractora, quedando en manos del Inspector Fiscal, en consecuencia, los roles de fiscalizar la actividad del concesionario, investigar sus eventuales infracciones y proponer a la DGC una sanción.

VI. CONCLUSIONES

Sorprende que un programa concesional, llevado adelante por sucesivos Gobiernos de distinto color político, haya sido exitoso, en circunstancias que de parte del Estado ha faltado dirigirlo y desarrollarlo con una institucionalidad orgánica y funcional, formal y concreta. Por largos años la cara visible fue una unidad funcional (la Coordinación General de Concesiones) sin reconocimiento legal y, por tanto, sin tener capacidad de actuar válidamente por el Estado.

Recién en el año 2017 se generó el gran cambio con la creación de la DGC, como un servicio público dependiente del MOP.

Los cambios institucionales de los últimos 10 años son un avance objetivo de cara a un sistema de concesiones que rengueaba desde la dimensión organizacional y que requería y demandaba una atención cada vez mayor por parte de las autoridades políticas.

Sin embargo, todavía falta mucho camino que recorrer. Es curioso que el legislador nacional (Presidente de la República y Congreso Nacional) no se hubiere detenido a estudiar la necesidad de formulación de un diseño completo y acabado para el sistema de concesiones, como sí sucedió con la renovación de la institucionalidad ambiental, coincidentemente llevada adelante en la misma época de dictación de la Ley 20.410, de 2010 (que creo el Consejo de Concesiones), y que consistió en separar funciones y asignarlas a distintos organismos públicos: la formulación de las políticas y las normas ambientales en manos del nuevo Ministerio del Medio Ambiente; el sistema de evaluación ambiental en el Servicio de Evaluación Ambiental; y la fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental en manos de la nueva Superintendencia del Medio Ambiente (Ley 20.417, de 2010).

Lo anterior hace que la DGC nos parezca un servicio público mal diseñado dentro de una institucionalidad inacabada. Es que el sistema de concesiones de obras públicas debe aspirar a contar con cuatro organismos imprescindibles: el MOP, asumiendo la formulación de políticas públicas en materia de asociación público-privada y la proposición de nuevas normativas y de rejuvenecimiento de las actualmente vigentes; el Consejo de Concesiones, ejerciendo su función consultiva hacia las más altas autoridades ministeriales; la DGC, restringiendo su función a la de administrar el diseño de las nuevas ideas y modelos de negocio, los procedimientos licitatorios y el cumplimiento de las obligaciones contractuales de los concesionarios; y, por último, un nuevo organismo a cargo de ejercer funciones fiscalizadoras y preocuparse del cumplimiento de los estándares de servicio y de la satisfacción de los usuarios de las obras dadas en concesión. Cedemos la palabra al Legislador.

