

INFORME DE LA COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.

BOLETÍN N° 5.172-09

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Obras Públicas tiene el honor de informaros el proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, enunciado en el rubro, originado en un Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con urgencia calificada de “simple”, el 10 de julio de 2007.

- - - - -

NORMAS DE RANGO ORGANICO CONSTITUCIONAL O DE QUORUM CALIFICADO

El N° 4), del artículo 3°, de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política de la República, es norma de ley orgánica constitucional ya que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en cuanto a la autonomía que tienen para administrar sus finanzas.

El artículo 4°, es norma de ley orgánica constitucional, ya que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en cuanto modifica la referencia del número 6 del inciso segundo del artículo 14 de esta ley y en cuanto al destino de las multas, incidiendo en la Ley de Municipalidades.

El artículo 5°, es norma de ley orgánica constitucional, ya que modifica el artículo 14 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dice relación con la autonomía que tienen las Municipalidades para la administración de sus finanzas.

Por lo tanto, para los efectos constitucionales y reglamentarios pertinentes al quórum, estos preceptos deben ser votados, de

acuerdo con el artículo 66 de nuestra Carta Fundamental, con quórum de ley orgánica constitucional, es decir, requerirán para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los Senadores en ejercicio.

ARTÍCULOS QUE DEBAN SER CONOCIDOS POR LA COMISIÓN DE HACIENDA

Los que digan relación con materias de su competencia, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 17 de la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional y en conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 27 y quinto del artículo 36 del Reglamento del Senado.

- - - - -

A una de las sesiones en que se consideró esta iniciativa legal asistieron, además de los miembros titulares de vuestra Comisión, los Honorables Senadores señora Alvear y señores Horvath, Naranjo y Sabag.

A la sesión en que vuestra Comisión analizó este proyecto de ley asistieron el Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán; el Subsecretario de Obras Públicas, señor Juan Eduardo Saldivia; el Jefe de Gabinete del Ministro, señor Reinaldo Nuñez; la Asesora del Ministro, señora Cristina Holuigue; el Asesor del Subsecretario, señor Javier Osorio; el Asesor del Subsecretario, señor Michael Hantke; la Asesora del Subsecretario, señora Paula Navarro y el Asesor Legislativo del Ministro, señor Domingo Sánchez.

Además, fueron especialmente invitados, el Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Luis Nario; el Presidente del Comité de Concesiones de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Leonardo Daneri; el Director del Comité de Concesiones de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Robert Sommerhoff; el Presidente de la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G. (COPSA), señor Herman Chadwick; el Vicepresidente de la Asociación de Concesionarios de Obras de Infraestructura Pública A.G. (COPSA), señor Mauricio Gatica; la Abogada de dicha Asociación, señora Loreto Silva; la Investigadora del Programa Económico del Instituto Libertad y Desarrollo, señora María de la Luz Domper; el Abogado del Instituto Libertad y Desarrollo, señor Rodrigo Delaveau; el Abogado del Instituto Libertad, señor Rodrigo Yañez; el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, señor Carlos Jorquiera; la Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, señora Karin Helmlinger; el Economista y Profesor Investigador del

Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, señor Ronald Fischer; el Economista y Profesor de la Facultad de Ingeniería Comercial de la Universidad de Los Andes, señor Alexander Galetovic; el Abogado, señor Raúl Tavolari Oliveros; la Abogado, señora Nicole Nehme; el Economista e Ingeniero Civil, señor Eduardo Ángel y el Profesor Decano de la Escuela de Arquitectura de Cambridge, señor Marcial Echenique.

- - - - -

OBJETIVOS DEL PROYECTO

El proyecto de ley en estudio se orienta a alcanzar y garantizar, mediante las modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, como objetivo de política pública, el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos en dichas obras; aumentar la transparencia de los contratos de concesión, velando simultáneamente por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las sociedades concesionarias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal.

Para la obtención de estos fines, el Ministerio de Obras Públicas ha considerado necesario:

a) Proponer la creación de un Consejo de Concesiones cuya principal función será la de orientar las políticas de concesiones de obras públicas consistentes con el crecimiento del país;

b) Consagrar la posibilidad de efectuar procesos de precalificación de los postulantes a un proyecto, en base a requisitos objetivos y razonables establecidos en las bases de licitación. También se establece la posibilidad de que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien los estudios de ingeniería.

c) Señalar, con mayor claridad y precisión, las hipótesis en las cuales el concesionario tendrá derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas en el contrato original, como asimismo, el establecimiento de criterios económicos para la determinación del monto de dichas compensaciones.

d) Establecer que si durante la etapa de explotación el valor de las inversiones adicionales requeridas excede del 5% del presupuesto oficial de la obra y es igual o superior a una suma equivalente a 100.000 unidades de fomento, su realización debe ser licitada por el concesionario bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas.

e) Introducir modificaciones que tienen por finalidad garantizar la continuidad en la operación o prestación del servicio en el caso de transferencia de la concesión a un acreedor prendario.

f) Requerir que los contratos de los contratistas y subcontratistas se encuentren firmados como requisito para iniciar las obras y que éstos deban estar inscritos en el registro de contratistas del Ministerio de Obras Públicas. Adicionalmente se propone que las controversias entre el concesionario y los contratistas sean materia de arbitraje obligatorio.

g) Eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que éstas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora.

h) Introducir, respecto al mecanismo de resolución de controversias, por una parte, modificaciones a la composición de la Comisión Conciliadora y, por otra, se propone que la Comisión Arbitral actúe de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho y apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica, con la obligación de fundar la sentencia.

Finalmente, el proyecto de ley modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y la Ley de Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el sentido de establecer que de los montos recaudados por concepto de multas impuestas por infracción a la prohibición de circular en las vías concesionadas donde opera el sistema de cobro electrónico de tarifas sin contar con el dispositivo o sistema complementario que permitan dicho cobro, sólo el 50% del mismo ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el 50% restante a beneficio de la Municipalidad donde tenga asiento el Juzgado de Policía Local que aplicó la infracción.

ANTECEDENTES

- De hecho.

El Mensaje de S.E. la Presidenta de la República destaca que el aumento significativo de la infraestructura pública y las nuevas demandas por mejorar tanto la calidad de vida como el fomento al desarrollo productivo, imponen al Estado la obligación de introducir innovaciones y mejoras sustantivas en los procesos, instrumentos y sistemas de gestión de la obra pública.

La continuación de los esfuerzos del Estado por satisfacer las demandas de infraestructura que requiere el país -condición indispensable para nuestro desarrollo económico y social-, hace necesario comprometer niveles de servicio que, a la vez, sean eficiente y efectivamente fiscalizados.

Progresivamente, tanto los usuarios de las obras públicas como la ciudadanía en general, exigen una adecuada calidad del servicio que reciben, razón por la cual es indispensable contar con una institucionalidad que facilite o canalice dicha demanda y les asegure su exigibilidad y, por consiguiente, la calidad del servicio de la obra pública.

Indica, el Mensaje del Ejecutivo, que el objetivo de política pública que se pretende alcanzar se orienta a garantizar el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos; aumentar la transparencia de los contratos velando, simultáneamente, por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal.

Agrega, el Mensaje, que para la obtención de aquellos fines, el Ministerio de Obras Públicas ha considerado necesario proponer mejoras a la Ley de Concesiones y, en forma complementaria, plantear en un proyecto de ley distinto, la creación de una Superintendencia de Obras Públicas que coadyuve a la obtención del objetivo de política pública ya declarado.

Contenido del proyecto

El Mensaje de S.E. la Presidenta de la República señala que la presente iniciativa legal se construye a partir de las siguientes ideas:

1. Niveles de servicio y estándares técnicos

En primer lugar, siguiendo las tendencias mundiales, el proyecto propone establecer explícitamente, como principio rector de todo el sistema de concesiones de obras públicas, la obligación que asume el concesionario de mantener, durante toda la duración de la concesión, los niveles de servicio y estándares técnicos determinados en las bases de licitación y en el respectivo contrato.

Con lo anterior se pretende asegurar el efectivo cumplimiento de los fines públicos que fundamentan la inversión en infraestructura, más allá de la ejecución de especificaciones técnicas que, por sí solas, no dan cuenta suficiente de las necesidades ciudadanas que el sistema de concesiones de obras públicas está llamado a satisfacer.

2. Consejo de concesiones

Enseguida, el Mensaje del Ejecutivo propone la creación de un Consejo de Concesiones, integrado por el Ministro de Obras

Públicas, quien lo presidirá, y por los Ministros de Hacienda; Economía, Fomento y Reconstrucción; y Planificación. Su principal función será la de orientar las políticas de concesiones de obras públicas tanto a nivel territorial como sectorial. En el ejercicio de sus funciones, este Consejo podrá oír a otros Ministros de Estado o jefes de servicio, dependiendo de la naturaleza del proyecto que se trate, de manera de producir sinergia entre los diferentes organismos del Estado y desarrollar una política de concesiones de infraestructura consistente con el crecimiento del país.

Adicionalmente, este Consejo estará integrado por tres expertos independientes, especialistas en evaluación social e ingeniería de proyectos, quienes serán designados por el Presidente de la República.

3. Precalificación de postulantes y financiamiento conjunto de estudios

A continuación, el Ejecutivo propone en su Mensaje consagrar la posibilidad de efectuar procesos de precalificación de los postulantes a un proyecto, en base a requisitos objetivos y razonables establecidos en las bases de licitación, tales como su experiencia, capacidad financiera y técnica, de manera de llevar a cabo los procesos de adjudicación con los consorcios más adecuados para el tipo de proyecto de que se trate.

En el caso de proyectos particularmente complejos, el proceso de postulación a una licitación resulta muy costoso para los interesados. Por ello, y en consideración a razones de eficiencia económica, en determinados casos se podrá limitar la cantidad de proponentes que pasarán a la licitación propiamente tal.

Adicionalmente, con la finalidad de evitar que proyectos de gran interés y necesidad se vean retardados por no contar el Ministerio de Obras Públicas con los fondos requeridos para los estudios de ingeniería, se establece la posibilidad que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien tales estudios, los que serán encargados por la autoridad a una institución independiente con competencia en la materia de que se trate.

Este mecanismo se hace especialmente relevante para proyectos de iniciativa privada, dado que el procedimiento de presentación de estas iniciativas ha sido utilizado en algunas ocasiones principalmente para financiar los estudios de ingeniería, siendo el proponente quien debe llevarlos a cabo. Por otra parte, este mecanismo permite que empresas más pequeñas, que no tienen la capacidad financiera para desarrollar los estudios, también puedan presentar propuestas.

4. Modificación de obras y servicios y régimen de compensaciones

En concordancia con la exigencia del cumplimiento de niveles de servicio y estándares técnicos, y a fin de prevenir la generación de litigios con la consecuente afectación del normal desarrollo de las concesiones, el proyecto propone establecer, con la mayor claridad y precisión posible, las hipótesis en las cuales el concesionario tendrá derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas; como asimismo, el establecimiento de criterios económicos para la determinación del monto de dichas compensaciones, cuando haya lugar a ellas. Con ello, indica el Mensaje, también se pretende regular las modificaciones de los contratos de concesión, lo que permitirá evitar un eventual perjuicio del interés fiscal.

En efecto, en primer término, se establece como regla general, que las inversiones efectuadas por el concesionario con el objeto de mantener los niveles de servicio y estándares técnicos comprometidos en las bases y en el respectivo contrato, no darán derecho a compensación alguna, por constituir ésta una obligación asumida por el concesionario.

Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas podrá disponer modificaciones a 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 y en el contrato de concesión, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. En tales casos, se establece su obligación de compensar al concesionario por los costos extraordinarios en que éste incurra por tal motivo.

En todo caso, si durante la etapa de explotación el valor de las inversiones requeridas excede del 5% del presupuesto oficial de la obra definido en las bases de licitación, y es igual o superior a una suma equivalente a 100.000 unidades de fomento, su realización debe ser licitada por el concesionario bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, contemplándose la posibilidad de excepciones a esta norma si así estuviese considerado en las bases de licitación. Adicionalmente se otorga al Ministerio de Obras Públicas un plazo de 60 días para pronunciarse sobre las bases respectivas.

En aquellos casos en que, de conformidad a lo señalado precedentemente, el concesionario tenga derecho a una compensación, ésta deberá ser tal que el proyecto adicional obtenga un valor presente neto igual a cero, considerando como proyecto adicional el originado en las obras complementarias.

En el caso de inversiones adicionales que sean resultado de un acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, para incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos, éstas estarán sujetas al mecanismo descrito en los párrafos precedentes.

5. Continuidad del servicio

En esta materia se introducen modificaciones que tienen por finalidad garantizar la continuidad en la operación del servicio. En el caso de transferencias a un acreedor prendario, si éste no cumple las exigencias y requisitos establecidos en las bases para el concesionario original, deberá contar con un operador calificado.

6. Contratistas y subcontratistas

La ley establece que en lo que se refiere a los derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado. Sin perjuicio de lo anterior, se propone requerir que los contratos de los contratistas y sus subcontratistas se encuentren firmados como requisito para iniciar las obras. Además, se propone consagrar en la ley que los contratistas de la concesionaria deban estar inscritos en el registro de contratistas del Ministerio.

Adicionalmente, se propone que las controversias derivadas de la interpretación de los contratos relacionados con la ejecución de la obra entre el concesionario y los contratistas o entre éstos y sus subcontratistas sean materia de arbitraje obligatorio, con un árbitro designado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio.

7. Incumplimiento grave

Actualmente, en caso de declaración de incumplimiento grave del concesionario, el Ministerio de Obras Públicas tiene la obligación de licitar nuevamente el contrato de concesión por el plazo que le reste. El proyecto propone modificar esa regla, estableciendo que lo anterior sea facultativo para la autoridad. En caso de una nueva licitación del contrato de concesión, se propone abreviar dicho procedimiento, estableciendo un segundo llamado a licitación sin mínimo. Adicionalmente, se establece que los gastos de la nueva licitación serán de cargo del concesionario incumplidor.

8. Potestades sancionadoras, inspección y vigilancia de la administración

El Mensaje señala que en la práctica, para el Ministerio de Obras Públicas resulta muy difícil hacer cumplir las condiciones

establecidas en los contratos, toda vez que en caso de incumplimientos la autoridad no puede imponer multas superiores a 500 Unidades Tributarias Mensuales, las cuales deben ser impuestas directamente por la Comisión Conciliadora. En relación con ello, se propone eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que estas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora.

Además, el Mensaje propone consagrar en la ley la obligación del concesionario de entregar información cierta con respecto a sus subcontratistas, contabilidad, gestión empresarial y atención de usuarios, a fin de que la autoridad pueda verificar la buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario; informaciones que pueden ser sometidas a auditorías a requerimiento del Ministerio de Obras Públicas. A su vez, se establece el deber del concesionario de informar a dicho Ministerio de inmediato de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar la correcta prestación del servicio concesionado.

9. Mecanismo de solución de controversias

En esta materia, el proyecto propone ciertas reformas al sistema actual, tanto desde el punto de vista orgánico como del procedimiento aplicable.

En cuanto a la composición de la Comisión Conciliadora, se propone que esté integrada por tres profesionales universitarios nombrados de común acuerdo por las partes, de los cuales al menos dos deberán ser abogados, y uno de éstos la presidirá. Se establece que a falta de acuerdo de las partes en uno o más de los integrantes, su nombramiento deberá ser realizado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago de entre los candidatos incluidos en la lista. En el proyecto, además, se establecen los requisitos que se deben cumplir para ser presentado como candidato.

En caso de no lograrse la conciliación, tal como ocurre en la actualidad, el concesionario puede requerirle que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Con todo, el proyecto propone que, en el primer caso, la Comisión Arbitral actúe de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho y apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica, con la obligación de fundar la sentencia.

Por otra parte, se consagra un plazo fatal de dos años para la formulación de solicitudes o reclamaciones, contado desde la ocurrencia del hecho o ejecución del acto que las motiva, vencido el cual prescribe la acción. Este plazo se reduce a treinta días en el caso de reclamaciones contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas.

En seguida, se introduce un conjunto de modificaciones a los términos y plazos aplicables, a objeto de abreviar el procedimiento de las reclamaciones evitando dilaciones innecesarias que afectan directa y gravemente a los usuarios. A estos efectos se fijan plazos para la búsqueda de una conciliación, la aceptación de ésta, el requerimiento para que la Comisión Conciliadora se constituya en Comisión Arbitral, y para la dictación de la sentencia definitiva.

Como una forma de generar mayor transparencia ante la opinión pública, se propone que una vez dictada la sentencia definitiva, tanto ésta como los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se hubiesen presentado o verificado en el procedimiento sean puestos a disposición del público sin demora, en la forma que al efecto determine el Reglamento.

Finalmente, se limita la posibilidad de la Comisión para decretar medidas que en definitiva deriven en la suspensión temporal de las obras por más de 30 días.

10. Abandono de las obras e interrupción injustificada del servicio

Cuando se produce el abandono de las obras o la interrupción injustificada del servicio, de acuerdo con la ley actual, luego de designado un interventor, el concesionario tiene un plazo de noventa días para retomar las obras o el servicio, sin ningún tipo de sanción y con tan solo expresar su voluntad de hacerlo. Dado lo nocivo que puede resultar esta posibilidad tanto para el Estado como para los usuarios, se propone que una vez designado un interventor con arreglo a las normas legales, se entienda existir –de pleno derecho- un incumplimiento grave del contrato, con los efectos jurídicos consecuentes.

11. Sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas

Por último, el proyecto contempla algunas modificaciones al sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas, a objeto de fortalecer el funcionamiento práctico de este sistema por medio del establecimiento de procedimientos eficaces y sanciones proporcionales a los hechos infraccionales.

De esta manera se introducen mejoras al sistema, manteniendo el espíritu original de la ley en orden a asegurar la sustentabilidad y consistencia del sistema de obras públicas concesionadas, desincentivando el no pago de las tarifas.

En el caso de usuarios morosos del sistema TAG, se propone modificar la indemnización compensatoria a favor de la concesionaria –ascendente actualmente a cuarenta veces el monto adeudado-, reemplazándola por una compensación gradual de acuerdo a la cantidad de documentos de crédito impagos acumulados, que en ningún caso superará las veinticinco veces el monto de lo adeudado.

En este sentido, el Mensaje del Ejecutivo señala que el proyecto coincide con la idea de introducir modificaciones que perfeccionan el sistema, de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Jaime Naranjo Ortiz; y que actualmente se discute como moción refundida ante el Honorable Senado.

Adicionalmente, el proyecto recoge una moción de los Honorables Senadores señores José Antonio Gómez Urrutia y Antonio Horvath Kiss, que establece el término del procedimiento de cobro seguido ante Juzgados de Policía Local mediante pago de lo efectivamente adeudado más intereses y costas.

Tratándose de usuarios infractores, se ha advertido que los Juzgados de Policía Local que conocen de las infracciones al sistema electrónico de cobro de tarifas por el uso de vías concesionadas, se encuentran recargados por la gran cantidad de casos denunciados. Con el objeto de solucionar el problema de ineficiencia del actual procedimiento de aplicación de multas infraccionales, el proyecto propone modificaciones procedimentales de acuerdo a las reglas que en cada caso se detallan.

Finalmente, el proyecto de ley modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (DFL N° 1 de 2002) y la Ley de Procedimiento ante Juzgados de Policía Local (Ley N° 18.287), en el sentido de establecer que de los montos recaudados por concepto de multas impuestas por infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, sólo el cincuenta por ciento del mismo ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restante a beneficio de la Municipalidad donde tenga asiento el Juzgado de Policía Local que aplicó la infracción.

12. Régimen transitorio

Sin perjuicio de la aplicación inmediata de la futura Ley, ésta no será aplicable respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la futura Ley, salvo para los concesionarios que se acojan al nuevo régimen, mediante la respectiva modificación de contrato que incorpore niveles de servicios explícitos asociados a la explotación de la respectiva obra pública.

Con todo, el proyecto prevé la aplicación inmediata de algunas normas a los contratos de concesión vigentes, tales como: las relacionadas con el régimen de solución de controversias de los artículos 36 inciso séptimo y 36 bis de la Ley de Concesiones; el artículo 42 de la Ley de Concesiones y las normas relacionadas con la infracción al artículo 118 bis de la ley N° 18.290, de Tránsito. Además, respecto de los contratos de concesión actualmente vigentes, en el caso de suscribirse convenios complementarios que impliquen un incremento de los niveles de servicio, estos convenios deberán contener explícitamente los nuevos niveles de servicio y las sanciones correspondientes en caso de no cumplimiento.

- Antecedentes Jurídicos

La iniciativa de ley en estudio se relaciona con las siguientes normas legales:

- **Ley de Concesiones de Obras Públicas.** Decreto N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL. MOP N° 164, de 1991.

- **Ley de Tránsito, N° 18.290.**

- **Ley sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local N° 18.287.**

- **Ley sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.** Decreto N° 307, de 1078, del Ministerio de Justicia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.231.

- **Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.** Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695.

ESTRUCTURA DEL PROYECTO

La iniciativa legal en estudio se encuentra estructurada en 5 artículos permanentes y un artículo transitorio.

El **artículo 1º**, a través de 18 numerales, introduce diversas modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

El numeral 1, modifica el artículo 1º; el numeral 2, introduce un artículo 1º bis, nuevo; el numeral 3, modifica el artículo 2º; el numeral 4, deroga el artículo 5º; el numeral 5, introduce un artículo 6º bis,

nuevo; el numeral 6, sustituye los artículos 19 y 20; el numeral 7, modifica el inciso quinto del artículo 21; el numeral 8, enmienda el artículo 22; el numeral 9, sustituye el artículo 28; el numeral 10, reemplaza el artículo 29; el numeral 11, elimina el N° 1, del artículo 30; el numeral 12, agrega un artículo 30 bis, nuevo; el numeral 13, modifica el encabezado del Capítulo X; el numeral 14, sustituye el artículo 36; el numeral 15, introduce un artículo 36 bis, nuevo; el numeral 16, modifica el artículo 37; el numeral 17, modifica el inciso segundo del artículo 38 y el numeral 18, modifica el artículo 39.

El **artículo 2º**, modifica el artículo 118 bis de la ley N° 18.290, de Tránsito.

El **artículo 3º**, por medio de 5 numerales, introduce las enmiendas que indica, a la ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

El numeral 1, modifica el artículo 3º; el numeral 2, introduce un artículo 16 ter, nuevo; el numeral 3, agrega un inciso quinto, nuevo, al artículo 22; el numeral 4, modifica el inciso cuarto del artículo 24 y el numeral 5, introduce un artículo 43 bis, nuevo.

El **artículo 4º**, introduce, a través de dos numerales, enmiendas en el inciso primero del artículo 55, de la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.

El **artículo 5º**, modifica el artículo 14 de Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Finalmente, el **artículo transitorio**, establece la inaplicabilidad de las normas de esta ley a los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, salvo a aquellas sociedades concesionarias, que dentro del plazo de los tres meses siguientes a esa fecha, opten por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Agrega que para esos efectos, las sociedades concesionarias y el Ministerio de Obras Públicas deberán suscribir un convenio complementario que fije niveles de servicio explícitos y las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento.

Respecto de las concesiones de aquellas sociedades que no ejercieren la opción señalada anteriormente, seguirán regidas por las normas legales vigentes a la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión, salvo las excepciones que indica.

DISCUSIÓN EN GENERAL

Antes de iniciarse la discusión en general de este proyecto de ley el Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán hizo presente que, mediante oficio N° 466-345, de fecha 13 de julio de 2007, S.E. la Presidenta de la República, retiró el numeral 19 del artículo 1° que modifica el artículo 42 de la Ley de Concesiones, incorporándolo como indicación en los Boletines N°s 4.838-09 y 4.840-09, que recaen en la Moción de los Honorables Senadores señores Frei y Naranjo, que modifican la sanción por no pago de tarifa o peaje en obras concesionadas y de la Honorable Senadora señora Alvear, sobre cobro de indemnizaciones compensatoria a los infractores de tarifas o peajes de obras concesionadas, respectivamente.

La mencionada indicación recogió los planteamientos formulados por los Honorables Senadores señores autores de las citadas Mociones y de la Moción de los Honorables Senadores señores Horvath y Gómez, sobre término de procedimiento de cobro de deudas ante los Juzgados de Policía Local, en los casos que señala (Boletín N° 4.826-07).

I.- Exposición del Ministro de Obras Públicas

El Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán, reiteró los planteamientos contenidos en el Mensaje haciendo presente que este proyecto de ley obedece a la necesidad de perfeccionar la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En seguida, explicó que la Ley de Concesiones de Obras Públicas tiene su origen en un acuerdo unánime del Congreso Nacional que en el año 1991 consideró la necesidad de modificar el sistema de concesiones como consecuencia de un estudio económico relativo a los impactos, en términos de pérdidas, que generaba la insuficiencia de infraestructura en el país. Durante la década de 1980, por restricciones fiscales, hubo un subinversión en infraestructura, principalmente en el área vial, con lo cual existían grandes obstáculos para el crecimiento en el sector de recursos naturales que requerían un desarrollo de infraestructura acorde con las necesidades de los sectores exportadores.

En el año 1995 se estimó necesario invertir US\$ 1.500 millones (mil quinientos millones de dólares) por año, de tal manera que una economía que crecía alrededor del 7% anual, no tuviera un freno brusco como consecuencia de la falta de infraestructura. Posteriormente, a raíz de la crisis asiática del año 1996-1997, se redujo el ritmo de crecimiento.

El ex Ministro de Obras Públicas, don Ricardo Lagos, planteó, en su oportunidad, que el país necesitaba invertir en 10 años

US\$ 11.000 millones de dólares, en infraestructura, para atender el crecimiento de la economía del país.

El promedio histórico de inversión en los 4 años anteriores era del orden de US\$ 500 millones y se trataba de triplicar la inversión y como no se podía hacer, dentro del marco del Presupuesto de la Nación, porque excedía las posibilidades de crecimiento del gasto público y el fortalecimiento del sistema de concesiones permitía resolver esta necesidad y reducir el déficit de infraestructura en el corto plazo, se optó por este sistema. De no mediar un mecanismo de participación privada que permitiera captar recursos para la inversión, no habría sido posible realizar estas obras, sin perjuicio de las modernizaciones que introdujo el sistema, como los estándares técnicos de conservación, a los cuales se comprometieron los concesionarios, la modernización tecnológica en el ámbito de las obras públicas, por la participación de empresas extranjeras con nuevas tecnologías, que generó un cambio de las técnicas constructivas y significó un importante avance en materia de productividad.

El sistema diseñado generaba disciplina de mercado, en el sentido de que en la mayoría de los proyectos los inversionistas tenían que aportar capital y enfrentar el riesgo de completación de obra, lo que se asimila a un contrato de suma alzada, a diferencia de los conceptos de obras por administración o a precios unitarios, lo cual implicó una transferencia de riesgo hacia los concesionarios.

Como consecuencia de la crisis asiática se establecieron los "MDI," que son mecanismos de seguro del ingreso mínimo garantizado, para amortiguar los efectos cíclicos de la economía sobre esta industria.

Al año 2005, el programa de concesiones logró una inversión total comprometida de US\$ 8.000 millones, de las cuales US\$ 6.000 (seis mil millones de dólares) corresponden a inversión privada y US\$ 2.000 (dos mil millones de dólares) a inversión pública, subsidios en aquellos casos en que las tarifas no eran suficientes para financiar las obras, como es la situación de diversos segmentos de la Ruta 5, que se financió con cobro de tarifas y subsidios puesto que se determinó fijar las mismas tarifas en todo el país, independientemente del nivel de tráfico. Las que tenían menos tráfico, tanto al sur como al norte del país, requerían un complemento de subsidio público para hacer viables esos proyectos.

Con la evolución de la Ley de Concesiones se superó el objetivo de lograr una inversión de US\$ 1.500 millones anuales, este mecanismo atrajo inversión importante y permitió resolver la falta de infraestructura.

Las distintas facetas de concesiones son las siguientes:

1991 – 1994 **Primeras concesiones:** Durante esta etapa se ejecutan proyectos aislados, el Túnel El Melón, Ruta de la Madera, no había una concepción de programa, sino que se atendían situaciones específicas mediante iniciativas de concesiones.

La inversión total fue inferior a USD 400 millones.

1995 – 2001 **Primeros programas:** El programa más importante fue el de dobles vías de la Ruta 5, entre La Serena y Puerto Montt, en que se construyeron 1.500 Km de doble calzada con una inversión total USD 2.700 millones. En esta etapa se incorporaron todas las rutas de acceso a los puertos dado que Chile es un país orientado a la exportación y además se estaba realizando un proceso de modernización del sistema portuario con la introducción de concesiones y autoridades de puerto regionales, luego era complementaria a esta modernización la integración vial de los puertos.

Asimismo, se ejecutaron 8 rutas transversales de alto estándar con una inversión total de USD 1.100 millones.

Chile tiene un estándar de servicio aeroportuario de país desarrollado, que se debe en parte al programa de concesiones que permitió al Estado concentrar el rol del Estado en los temas de seguridad y mejorar los servicios aeroportuarios.

Se construyeron 10 aeropuertos, incluyendo el Aeropuerto Internacional de Santiago, con una inversión total USD 390 millones.

La Ley de Concesiones de 1996 fue concebida, principalmente para este tipo de proyectos que son estándares a nivel mundial.

2001 – 2004 **Programa de carreteras urbanas**

En esta etapa se incursiona en áreas de mayor complejidad, son los llamados “programas de segunda generación”, de servicios públicos, cárceles, infraestructura de transporte urbano.

El conjunto de bienes que producen este tipo de concesiones son más complejas, más diversos, trabajar en una ciudad implica diversos impactos, se debe considerar el desarrollo urbano, la integración, la segmentación. Cuando se construyen cárceles resultan más

importantes los servicios que la inversión inicial en infraestructura, en términos de los montos de recursos y de la calidad de los servicios, con lo cual se presentan mayores desafíos y se hace necesario el perfeccionamiento de la legislación.

En este período se construyeron 4 autopistas urbanas en Santiago con una inversión total de US\$ 2.500 millones (dos mil quinientos millones de dólares) y se estableció el primer sistema de cobro de peajes electrónico, integrado y de flujo libre para carreteras urbanas.

En el ámbito tradicional de las obras públicas y del transporte, estas obras tuvieron grandes impactos y beneficios, se catalizaron inversiones en las concesiones de segunda generación, pero empiezan a surgir nuevas variantes que se deben considerar como es el tema ambiental que se debe incorporar adecuadamente en los esquemas de concesiones. En muchas oportunidades, los concesionarios fueron los responsables de realizar los estudios de impacto ambiental, se incorporan valores diversos que la sociedad exige, como el urbanismo, los espacios públicos y servicios múltiples.

2004- Programa de segunda generación

5 Cárceles (inversión USD 240 millones).

Edificios públicos (inversión USD 270 millones).

Infraestructura de transporte (inversión USD 170 millones).

En base a la experiencia de las concesiones de “segunda generación”, donde se presentan desafíos importantes que surgen de la experiencia, se pretende dar un nuevo paso en la consolidación y fortalecimiento de esta modalidad de inversión.

Hay un conjunto de objetivos que pretenden incrementar la eficiencia económica en el diseño y en la selección de proyectos, tomando en cuenta que se busca un servicio más complejo.

Por ello, se pretende mejorar la competitividad de los procesos de licitación y reducir el riesgo de atraso en las obras.

Asimismo, se aspira a mejorar el mecanismo de resolución de conflictos, generando un mejor balance entre los intereses públicos y privados, reducir el riesgo de captura regulatoria, desarrollar un programa de inversiones ambicioso, avanzar en servicios sociales, tales como hospitales, cárceles y edificios de servicio público y mejorar

mecanismos de desincentivo a la evasión de pago por los usuarios, perfeccionando la normativa.

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROYECTO

Se pretende generar incentivos para la innovación empresarial en el diseño de los proyectos y para la inversión en conservación de las obras públicas, de manera de mejorar la relación costo/calidad del servicio. No se trata de construir sólo lo que manda el Estado, para lo cual se pretende enfocar el rol del Estado en el nivel de servicio que espera la sociedad, con lo cual se transfieren mayores responsabilidades al sector privado en el cumplimiento de estándares de servicios que establece el Ministerio.

Por regla general, hay un mayor énfasis en la inversión inicial, sin embargo, se establece una relación muy débil con los gastos recurrentes que pueden ser más grandes que el monto de inversión inicial. Cuando se genera un mayor grado de flexibilidad y se hace responsable al concesionario por el costo de inversión y de operación del servicio se provoca un incentivo para hacer diseños que permitan bajar los gastos. En este sentido informó que conoció la experiencia inglesa en más de 50 concesiones hospitalarias y se concluyó que existió una rebaja de costos totales del orden de 25%, manteniendo el Estado el monopolio de los servicios médicos.

También, se debe fortalecer la cautela del interés público y del patrimonio fiscal, para ello se pretende establecer una relación de mayor equilibrio, siendo necesario:

- Establecer mayores responsabilidades y flexibilidad para el concesionario en el cumplimiento del nivel de servicio señalado en las bases de licitación;
- Resguardar las condiciones de competencia y equidad en la adjudicación;
- Profundizar mecanismos que garanticen la labor como concedente del MOP, para proteger los intereses públicos.

Adaptar la legislación a proyectos multifuncionales más complejos, diferenciando el tratamiento de la infraestructura de los servicios asociados, permitiendo la armonización de las propuestas en la etapa de precalificación, desde el punto de vista de los estándares de servicios, de tal manera que aunque los proyectos sean diferentes se pueda asegurar que todos, en las especificaciones funcionales, cumplen con el mismo mínimo, pudiendo continuar otorgando una alta ponderación al precio, al costo, como ha sido de la esencia del sistema de concesiones en Chile

que ha permitido mantener un clima de mucha transparencia, puesto que los que licitan saben que los costos es el factor central de adjudicación.

Mejorar los mecanismos de resolución de controversias, en algunos casos los resultados han sido adversos para el Estado, como fue la experiencia reciente de las cárceles, con lo cual se ha considerado necesario regular esta materia, y

Perfeccionar los sistemas de cobro de tarifas
(TAG)

ASEGURAR EL SERVICIO: INCORPORAR NIVELES DE SERVICIO EXPLÍCITOS y VALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO

Incorporar a las obras la variable de niveles de servicio, produciendo cambios en el modelo de gestión de las obras, en el diseño, la construcción y la conservación de las mismas, con lo cual será necesario la mantención de la obra durante un largo período de tiempo y para la etapa de explotación crear una Superintendencia de Obras Públicas que tendrá la facultad, como ente externo del MOP, de fiscalizar el cumplimiento de los niveles de servicios, con lo cual no sólo se establece en forma explícita el nivel de servicio, sino que se crea además un mecanismo para reclamar por el cumplimiento de los compromisos.

Se ha estimado que existe un cierto conflicto de interés cuando el concedente es el único responsable de fiscalizar al concesionario porque aquél tiene cierta responsabilidad en los resultados del servicio.

Esta fiscalización genera incentivos para invertir en la conservación de las obras. El MOP tiene estudios que demuestran que un camino que se diseñó para 20 años, que no se conserva y se tiene que reponer a los 8 años, implica un gasto hasta tres veces mayor para el Estado. El gasto de operación de los camiones en planos aumenta entre 30 y 40% si no hay una conservación adecuada en relación a una conservación óptima y en pendientes los aumentos son el doble, con lo cual se trata de un enorme impacto.

VISION ESTRATEGICA Y COORDINACIÓN: CONSEJO DE CONCESIONES

Se considera que en un país desarrollado, que profundiza sus grados de democratización y de participación, el Ministerio de Obras Públicas no puede ser la única entidad que defina temas fundamentales de las obras, para lo cual se propone la creación de un Consejo de Concesiones, que tendrá el carácter de consultivo del Ministro de Obras Públicas, quien lo presidirá y estará integrado por los Ministros de

Hacienda; de Economía; de Mideplan; Ministros sectoriales, en casos específicos y por tres expertos independientes, nombrados por el Presidente de la República.

La principal función de este Consejo será orientar las políticas de concesiones de obras públicas, en forma consistente con el crecimiento del país. Además, permitirá facilitar la toma de decisiones y generará una mayor coordinación y sinergias entre las distintas instituciones públicas.

En la actualidad, existe una coordinación voluntaria, entre los diferentes Ministros, para la evolución de determinadas obras, sin embargo, se ha estimado que dada la complejidad de las nuevas obras, es necesario contar con más visiones para definir las políticas de concesiones en las ciudades, con lo cual la coordinación no puede quedar entregada a la buena voluntad de los Ministros, sino que debe ser obligatoria.

PERFECCIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA OBRAS COMPLEMENTARIAS

Se pretende reducir situaciones de ambigüedad para disminuir la litigiosidad, estableciendo con claridad las situaciones en que un concesionario tiene derecho a compensación económica por obras adicionales y será sólo por aumento del nivel de servicio o cuando las bases establezcan explícitamente mecanismos para compartir costos. Cualquier obra necesaria para cumplir con los niveles de servicios comprometidos es de responsabilidad del concesionario, sin perjuicio de que las bases establezcan expresamente un mecanismo para compartir costos, como puede ser el caso de un riesgo geológico que se pueda acotar.

La ley actual es ambigua en esta materia y la expresión “los factores sobrevinientes” ha presentado diversas dificultades en que se ha dado una interpretación que ha permitido establecer compensaciones, que en opinión del Ejecutivo, correspondería que las asumiera el concesionario.

Se establecen los mecanismos para una compensación justa; las leyes que regulan los servicios de agua potable y de electricidad, señalan que cada 5 años se deben revisar los precios para los costos y contienen un mecanismo explícito para ello. Sin embargo, en el caso de las concesiones, el mecanismo regulatorio está contenido en cada contrato y hay una tasa de retorno que se hace explícita a través del proceso de licitación y si se pretenden mantener las condiciones de equilibrio económico original, para evitar que por la vía de los convenios complementarios mejorar la situación a los concesionarios, se debe establecer un concepto muy simple que consiste en que cualquier

modificación de obras adicionales, como puede ser para aumentar el nivel de servicio que la ley permite, se debe hacer de tal manera que el valor presente del proyecto específico sea igual a 0 (cero), lo que significa que la rentabilidad sea igual a la rentabilidad con la cual licitó ese proyecto marginal, ajustado por las variaciones de la tasa de interés libre de riesgo.

En caso de que exista la necesidad de realizar obras complementarias durante la etapa de explotación, el concesionario deberá licitarlas cuando éstas excedan el 5% del valor de la obra o representen un valor superior a UF 100.000.

Lo anterior promoverá la certidumbre en la toma de decisiones de los actores.

EQUILIBRIO EN LAS CONDICIONES NEGOCIADORAS: MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En relación a esta materia informó que la Cámara Chilena de la Construcción, en conjunto con COPSA, organizó un Seminario de Abogados para discutir la naturaleza del tribunal arbitral. En dicha oportunidad, se señaló que el único caso en el mundo en que el Fisco está sometido a un sistema de arbitraje de árbitro arbitrador era El Salvador, sin embargo, se modificó dicha ley porque se generaba un alto nivel de discrecionalidad en que la capacidad de accionar del Fisco quedaba en riesgo.

En esta materia el proyecto de ley pretende limitar la discrecionalidad del tribunal arbitral para paralizar una obra, en el caso de las cárceles las obras se paralizaron durante 15 meses con una orden de no innovar, no obstante, el problema técnico se podía resolver en breve tiempo.

Asimismo, se modifica el mecanismo arbitral actual, estableciendo que la Comisión Arbitral estará formada por tres integrantes designados de común acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y la empresa concesionaria. Se fijan inhabilidades, con lo que se asegura la imparcialidad y se establece que las partes contribuirán en partes iguales a la remuneración de los integrantes.

En caso de que la Comisión Arbitral se constituya en tribunal arbitral actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, es decir, la apreciación de la prueba será de acuerdo a la sana crítica, con lo cual se mantiene la flexibilidad, y los fallos se dictarán conforme a derecho, para lo cual el presidente debe ser abogado.

EQUILIBRIO EN LAS CONDICIONES NEGOCIADORAS: INCUMPLIMIENTO GRAVE

Cuando hay declaración de incumplimiento grave incurrido por parte de la concesionaria, se faculta al Ministerio de Obras Públicas para terminarla como obra pública, con una compensación adecuada. En la actualidad, el MOP debe exclusivamente relicitarse la obra en concesión y para proteger a los acreedores podría hacerlo hasta tres veces, lo que puede significar 3 ó 4 años de proceso y si la obra pública es importante al MOP sólo le queda la alternativa de negociar, de común acuerdo con el concesionario, lo que genera en muchos casos la condición de rehén del MOP.

Además, se restablece la potestad sancionatoria del MOP, apelable al tribunal arbitral.

ASEGURAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SERVICIO: MEJORAS AL SISTEMA DE COBRO DE TARIFAS

Como se señaló anteriormente, el Ejecutivo mediante oficio N° 466-345, de fecha 13 de julio de 2007, de S.E. la Presidente de la República, retiró el numeral 19 del artículo 1° que modifica el artículo 42 de la Ley de Concesiones, incorporándolo como indicación en los Boletines N°s 4.838-09 y 4.840-09, Moción de los Honorables Senadores señores Frei y Naranjo, que modifican la sanción por no pago de tarifa o peaje en obras concesionadas y de la Honorable Senadora señora Alvear, sobre cobro de indemnizaciones compensatoria a los infractores de tarifas o peajes de obras concesionadas, respectivamente.

No obstante lo anterior, en este texto legal se mantiene la proposición de que en el caso de infracciones, como sería circular por las vías concesionadas sin un televía, el 50% del monto recaudado se destine entre el Fondo Común Municipal y al Municipio respectivo, con el fin de corregir los efectos de sobrecarga que presentan algunos Juzgados de Policía Local.

OTRAS INNOVACIONES

Se contempla la posibilidad de precalificar a un número máximo de postulantes para un proyecto, en base a requisitos objetivos y razonables establecidos en las bases de licitación, los cuales puedan cofinanciar en forma conjunta estudios de ingeniería.

Se introducen modificaciones que tienen por finalidad garantizar la continuidad en la operación o prestación del servicio en caso de transferencia de la concesión a un acreedor prendario.

Se propone requerir que los contratos de los contratistas y subcontratistas se encuentren firmados como requisito para iniciar las obras y que éstos deban estar inscritos en el Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas. Adicionalmente, se propone que las controversias entre el concesionario y los contratistas sean materia de arbitraje obligatorio.

Se plantea eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que éstas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora.

Exime a los estudios preinversionales del requisito de contar con informe del organismo de planificación nacional.

Finalmente, señaló que para que el sistema de concesiones que ha sido exitoso y se perfeccione un mecanismo que ha permitido solucionar el déficit de infraestructura se presenta este proyecto de ley que se fundamenta en cuatro pilares básicos:

1.- Creación del Consejo de Concesiones, que posibilita al sistema integrar distintas miradas técnicas, facilitar las decisiones de inversión e incorporar más elementos técnicos a esas decisiones; que entre otras iniciativas incluye los proyectos de “concesiones de segunda generación”.

2.- Centrar el objetivo de las obras públicas en el servicio que éstas prestan. De este modo, el proyecto produce un cambio en el eje del objetivo pasando desde el actual enfoque basado en insumos (inputs) hacia uno basado en resultados (nivel de servicio).

3.- La resolución de conflictos entre el Estado y sus concesionarios es reforzada por el proyecto de ley. No solamente perfecciona el mecanismo de la Comisión Conciliadora y Arbitral, sino que también busca precaver conflictos, como por ejemplo, en los casos de la precalificación de postores, la compensación económica por concepto de inversiones no contempladas, la licitación de las inversiones adicionales y la limitación a 30 días para la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio.

4.- Perfeccionar el sistema de desincentivos al no pago de la tarifa (TAG) en autopistas concesionadas, además de incluir varias instancias para el pago de lo adeudado por los usuarios; y permite redistribuir los ingresos que por concepto de multas van hacia el Fondo Común Municipal y al Municipio respectivo.

II.- Audiencias

Durante la discusión en general de esta iniciativa legal, la Comisión escuchó los siguientes planteamientos de las personas indicadas al inicio de este informe, cuyas presentaciones se adjuntan como anexo de este informe.

1.- Presentación de la Cámara Chilena de la Construcción.

El Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Luis Nario, inició su presentación señalando que considera que la ley vigente ha tenido un buen funcionamiento, tiene una serie de atributos que la ha hecho conveniente para el desarrollo de la infraestructura del país y puede aplicarse perfectamente para las nuevas concesiones, no obstante, expresó que se han presentado algunas dificultades en ciertos proyectos, como en la construcción de las cárceles y las razones se deberían a que los diseños no fueron adecuados, con lo cual un problema de diseño anterior generaría una divergencia que no sería motivo suficiente para modificar la ley.

El proyecto de ley en estudio propone condiciones que podrían afectar a las concesiones vigentes que han desarrollado sus negocios con una determinada normativa legal y que se podrían ver afectadas por la inseguridad que se agregaría al contrato vigente.

El Honorable Senador señor Romero señaló que de la exposición anterior se deduce que la modificación a la Ley de Concesiones podría significar riesgos para los derechos de los actuales concesionarios por lo que solicitó ejemplos al respecto.

Se respondió que el artículo 36, relativo a la resolución de controversias, regiría in actum para las concesiones actuales, con lo cual el contrato que se supone vigente por todo el período de la concesión se le estaría cambiando el sistema de resolución de las controversias, a la fecha de publicación de esta nueva ley. Esta situación produce incertidumbre, no sólo para esta industria, sino para todos los contratos de largo plazo que celebre en el futuro el Estado.

El Honorable Senador señor Romero consultó si se puede entender que inversiones extranjeras podrían verse afectadas por el cambio posterior de las reglas del juego.

La respuesta fue afirmativa porque se trata de proyectos que abarcan un desarrollo de 15 a 30 años, por lo tanto, es necesario tener flexibilidad para resolver las nuevas situaciones que se pueden presentar.

El Presidente de COPSA, señor Herman Chadwick, señaló que la ley de efecto retroactivo de las leyes determina que las normas rigen para el futuro, sin embargo, las normas procesales como sería un nuevo sistema de resolución de controversias regirían in actum, con lo cual el artículo transitorio del proyecto de ley debe consignar expresamente que todas las disposiciones que se modifiquen en relación a la Ley de Concesiones, incluidas aquellas de carácter procesal, no regirán in actum, regirán a futuro y, por lo tanto, los contratos vigentes de las empresas concesionarias se regirán en todos sus aspectos por la ley vigente y no por las modificaciones que se proponen. Esta precisión es muy importante para los inversionistas extranjeros.

Agregó que COPSA reúne a inversionistas alemanes y franceses por más de U\$ 6.500 (millones de dólares) y lo que más les preocupa es el cambio de las reglas del juego.

La Abogada, señora Nicole Nehme, señaló que la norma transitoria del proyecto de ley establece que las normas rigen para el futuro y establece algunas excepciones como son las normas procesales en lo que se refiere a la Comisión Conciliadora. Lo anterior, es razonable porque existiendo un consenso, a nivel legislativo, en relación a la necesidad de efectuar cambios procedimentales no parece razonable que si las concesiones duran entre 15 a 40 años no pueda efectuarse ningún cambio en esta materia durante ese período, a pesar de que existe consenso de que el sistema actual presenta debilidades.

Las modificaciones propuestas son precisiones al sistema existente para hacerlo más eficaz y para que los incentivos de las partes sean los adecuados. Estas modificaciones consisten en sustituir los árbitros arbitradores por un árbitro mixto, reemplazar el sistema de remuneraciones de los árbitros y la designación de los mismos.

Si se considera que esos cambios son favorables para que los incentivos de las partes sean los adecuados al momento de resolver los conflictos, no se producirá una afectación a los derechos adquiridos, más aun cuando el principio general es que las normas procesales rigen in actum. En ese sentido precisó, que cuando se han realizado las modificaciones a la Ley del Consumidor y al Código de Procedimiento Civil, no se ha invocado que afectan derechos adquiridos aun cuando están interviniendo en contratos de larga duración y en este caso se estaría aplicando el mismo criterio.

El Presidente de COPSA, señor Herman Chadwick, informó que hubo un buen entendimiento con el Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán, en relación a la modificación de la Ley de Concesiones y se intentó consensuar el mayor número de materias, sin

embargo, cuando se analizó la entrada en vigencia de las nuevas normas, principalmente, las de carácter procesal, que son la forma de resolver las controversias y considerando que existe mucha inversión extranjera se convino con el Ministerio de Hacienda y con la Secretaría General de la Presidencia, que todas las normas del proyecto regirían a futuro y para las nuevas concesiones. Las normas procesales para la resolución de las controversias y los contratos de concesión vigentes se regularían por la normativa actual, en caso de que se modifique la Ley de Concesiones.

El cambio del sistema de resolución de las controversias implica pasar de árbitros arbitradores a árbitros mixtos, lo cual significa una diferencia sustancial. La existencia de árbitros arbitradores implica un procedimiento ágil, que permite que los tribunales se integren por técnicos; en cambio, si se establece el sistema de árbitros mixtos se requiere que al menos 2 de los 3 integrantes del tribunal sean abogados y el fallo de un arbitraje mixto está sujeto al recurso de casación de fondo y forma, con lo cual la solución de las controversias podría extenderse por 6 ó 7 años, en lugar de 2 años como sucede en la actualidad.

El cambio de las reglas de juego para los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, es muy complicado. Los inversionistas realizaron sus negocios con normas distintas y podría suceder que con estas nuevas disposiciones decidan no continuar en el negocio.

En seguida, recordó que en la Ley de Concesiones se estableció un sistema de árbitros arbitradores porque se debía buscar una debida compensación o equilibrio, entre el poder del Estado, que entregaba la concesión y el particular, que colocaba los recursos. El sistema de concesiones, en lo que se ha llamado “la alianza público-privado” busca equilibrios entre ambos para que no se produzcan abusos en las relaciones que se mantendrán durante un largo período de tiempo. En la historia de la ley consta que el sistema de solución de las controversias fue uno de los factores que influyó para lograr que los árbitros tuvieran más libertad, en lugar de depender de la facultad de imperio de la ley.

De este modo, para el establecimiento del sistema de árbitros arbitradores se consideraron no sólo razones económicas y jurídicas, sino que existe una razón de la esencia del sistema de concesiones en que la alianza público-privada se hace cargo de una infraestructura pública que tiene que devolver y si se produce un conflicto durante su construcción y explotación deben estar en igualdad de posiciones o en la forma más equilibrada posible con el Estado.

El Abogado señor Raúl Tavorari, señaló que si el proyecto no considera una disposición expresa las normas procesales regirán in actum. En consecuencia, el legislador puede establecer

expresamente que se difiere en el tiempo la entrada en vigencia de las normas procesales.

Se ha señalado que el cambio del sistema de resolución de las controversias sería para otorgar mayores garantías y habiendo acuerdo se pueden establecer ciertas normas, como por ejemplo, eliminar la impugnación por la vía del Recurso de Casación. Las resoluciones del árbitro arbitrador, por norma expresa del Código Orgánico de Tribunales, son impugnables a través del Recurso de Queja, con lo cual se puede recurrir hasta la Corte Suprema.

El Director Nacional del Comité de Concesiones de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Robert Sommerhoff, precisó que en este ámbito no sólo existe inversión extranjera, sino que además se han emitido bonos por \$ 5.000 (cinco mil millones) que están colocados en el mercado financiero y son evaluados todos los años por Clasificadoras de Riesgo, eventualmente estas nuevas normas podrían cambiar la percepción del riesgo de esos bonos y afectar seriamente el valor financiero de esos bonos, que corresponden a numerosos inversionistas que han confiado en el mercado, como es el caso de las AFP. La modificación de las reglas, al poco tiempo de realizadas las inversiones, es una preocupación para los inversionistas porque podría volver a suceder que dentro de un plazo de 5 años, nuevamente se modifiquen, con lo cual el contrato suscrito no regirá por todo el período de la concesión.

A continuación, manifestó su preocupación por la eliminación de dos artículos de la Ley de Concesiones que protegen la relación de equilibrio entre las partes y que mediante esta modificación se proponen eliminar como son la aplicación del hecho sobreveniente y el sistema de arbitraje.

La Abogada señora Nicole Nehme expresó en relación a la preocupación de COPSA relativa a la rapidez del nuevo procedimiento arbitral, que se establecen plazos destinados a asegurarlo y que no existen en la ley vigente. Los Recursos de Casación se pueden renunciar y el procedimiento vigente autoriza la presentación de recursos que se ejercen, con lo cual no existiría un cambio de plazo por los recursos. Esta discusión, sería comprensible si se cambiaran árbitros de derecho por árbitros arbitradores, que podrían generar mayor incertidumbre al desconocerse la forma en que resolverán. Con la norma propuesta se pretende establecer árbitros de derecho con lo cual debe existir mayor certidumbre porque estarán limitados a fallar de acuerdo a lo que establece el derecho, es decir, las bases de licitación, el contrato y la ley; actualmente, por razones de justicia se han modificado las bases de licitación porque se han considerado injustas y con ello se afecta la certidumbre, el Estado de Derecho y la igualdad de los litigantes.

La existencia de árbitros arbitradores representa un incentivo a litigar más allá de los casos en que se tiene certeza de tener la razón. La modificación persigue eliminar los incentivos perversos a litigar “per se”.

En consecuencia, la certidumbre de la industria debería mejorar y, por lo tanto, los bonos y los instrumentos financieros deberían quedar en mejor situación que la actual.

Finalmente, informó que los demás mercados regulados que consideran un tribunal especial o un mecanismo arbitral, siempre están integrados por árbitros de derecho, por lo tanto, no hay razón para mantener una excepción para una sola industria que más bien parece una discriminación.

El Asesor del Ministro de Obras Públicas, señor Carlos Estévez, precisó que el artículo 36 del proyecto de ley en debate está relacionado con la disposición transitoria y que faculta a las concesiones existentes para optar por regirse por la nueva ley, o mantener la aplicación de la Ley de Concesiones.

2.- Presentación de la Asociación de Concesionarios de Infraestructura Pública A.G. (COPSA).

El Presidente de COPSA, señor Herman Chadwick, inició su presentación recordando que los pilares fundamentales del modelo de concesiones son el liderazgo político que mantiene las reglas claras y permanentes, una adecuada distribución del riesgo entre el Estado y los concesionarios, la existencia de un marco jurídico estable para promover la inversión en esta industria, un adecuado sistema de solución de controversias, un mercado financiero ágil y profundo y la satisfacción del usuario.

En relación al marco jurídico expresó que debe ser garante del sistema, de modo de equiparar la situación jurídica de los inversionistas frente al Estado, limitando las facultades de imperio, estableciendo la Teoría de la Imprevisión y un adecuado mecanismo de solución de las controversias y la prenda del contrato de concesión al mercado financiero para obtener los recursos y ejecutar los proyectos.

En seguida, expresó su preocupación en relación a las modificaciones legales propuestas por el proyecto de ley en estudio, principalmente, en lo relativo a la eliminación de la Teoría de la Imprevisión. El inciso tercero del artículo 19 de la Ley de Concesiones, establece la posibilidad de solicitar la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión por causa sobreveniente que los antecedentes lo justifiquen. La larga vigencia de los contratos de concesión

considera que durante su desarrollo pueden producirse circunstancias que afecten el equilibrio económico financiero de los contratos y que no pudieron preverse al momento de su celebración, por ejemplo, el caso de los aeropuertos el 11 de septiembre de 2001, que bajó en forma sustancial el tráfico aéreo, causa sobreveniente que no es atribuible al concesionario como tampoco al Estado, pero puede motivar un cambio de contrato. Asimismo, ejemplificó el caso de una concesionaria de la carretera de Santiago a Talca; si el Estado autorizará, a un particular, a invertir en un tren de alta velocidad que reemplazará el tráfico de los automóviles, con lo cual el contrato podría ser revisado y modificado en cuanto a otorgar un mayor plazo.

La Teoría de la Imprevisión es fundamental y la eliminación de esta norma no sólo implica desconocer las características especiales de los contratos de concesión sino que aumenta el riesgo de los inversionistas. La ley puede imponer un mayor riesgo al mercado de las concesiones, sin embargo, los precios aumentarán porque se intentará cubrir los riesgos contenidos en la Teoría de la Imprevisión con lo cual el costo del servicio para los usuarios y para el Estado será mayor.

En Chile, el riesgo de renegociación de los contratos durante la ejecución o en la explotación exhibe la tasa más baja de América Latina, es decir, los contratos se mantienen más firme en relación a lo que suscribió, en comparación al resto del Continente. En cuanto a la participación de la inversión en concesiones en el Producto Interno Bruto (PIB) exhibió una información, que se acompaña como anexo a este informe, y que da cuenta de un lapsus del mundo concesional de postergar las obras y no ejecutarlas, con lo cual el PIB se ve afectado en 0,7 a 0,8 porque el mercado de concesiones se ha visto postergado por diversas razones.

Desde la vigencia de la Ley de Concesiones en el año 1996, a la fecha, se han ejecutado 51 proyectos con una inversión de US\$ 8.000 millones (ocho mil millones de dólares).

En relación a la obligación de licitar la concesión caducada por incumplimiento grave, señaló que la facultad que se otorga al MOP de optar por no licitar públicamente una concesión caducada pudiendo pagar al concesionario el valor de las inversiones efectivamente realizadas más un 10%, introduce un mayor grado de discrecionalidad e incertidumbre respecto de la determinación del valor de la concesión, lo que incidirá negativamente en la apreciación que efectúen los financistas del riesgo del negocio. En su opinión, debería reducirse el plazo para que el MOP determine su opción y establecer que dicho pago no podrá, al menos, ser inferior a las acreencias de la sociedad con los financistas de la obra o de la emisión de títulos de deuda.

Detrás de cada concesión hay una ingeniería financiera y en un país como Chile, dada su estabilidad política y sus normas claras en materia económica, se ha logrado construir con esfuerzo un modelo que se copia en países como Estados Unidos, por lo tanto, es importante para el financista que compró los títulos de deuda y que se caduca la concesión, que se le responda al menos por las acreencias que tenía comprometidas, que en la mayoría de las veces son las AFP que tienen los recursos de todos los trabajadores del país.

Respecto del sistema de solución de controversias reiteró los argumentos expuestos al inicio de la sesión, agregando que en la actualidad resulta extremadamente difícil nombrar de común acuerdo al Presidente de la Comisión Arbitral, por lo que no se considera adecuado establecer que los tres miembros sean nombrados de común acuerdo, sino que sería preferible establecer el mismo sistema de nominación que existe actualmente o solicitar al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago su nombramiento.

En relación al establecimiento del plazo de dos años que tendrán las concesionarias para efectuar sus reclamaciones contra las resoluciones del MOP ante las Comisiones Conciliadoras, expresó que implica derogar tácitamente la facultad de interponer un recurso de reposición o jerárquico, toda vez que si se interponen tales recursos, prescribirá el plazo para interponer la acción ante la Comisión y obligaría a reclamar por cada resolución que le cause perjuicios dentro del plazo de 30 días o de lo contrario prescribirá la acción. Estas normas deben modificarse para evitar que un plazo pueda determinar la caducidad de otro plazo.

En cuanto a los efectos de la suspensión de las resoluciones del MOP en caso que el concesionario rinda fianza suficiente por los perjuicios que se puedan originar como consecuencia de la solicitud de suspensión, señaló que dicha norma importa la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de defensa de las concesionarias y a la actuación de los árbitros.

La norma anterior se originó en la suspensión decretada en virtud de una orden de no innovar de la Comisión Conciliadora, que duró alrededor de 12 meses y que paralizó las obras de la Cárcel de Antofagasta. Esta situación causó un perjuicio social a los reos que esperaban en condiciones infrahumanas su traslado a dicho centro carcelario, sin embargo, esa suspensión se habría decretado de común acuerdo entre los tres árbitros porque lo solicitó el MOP y la Concesionaria para solucionar un conflicto mayor.

Para la historia de la ley debería dejarse constancia que este tema se debatió y se consideró que no es prudente dictar medidas que puedan suspender una obra que tiene efectos sociales,

como es la construcción de una cárcel, con lo cual se causan grandes perjuicios a los eventuales usuarios, como fue el caso de los reos de la Cárcel de Antofagasta.

En relación al incumplimiento en el pago de la tarifa de una obra dada en concesión, propuso sustituir la expresión “indemnización compensatoria” por “pena civil”, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en esta materia.

Respecto de la aplicación retroactiva de la ley reiteró que el espíritu del proyecto de ley es que estas normas no sean aplicables a los contratos de concesión vigentes, para ello se debe perfeccionar la norma del artículo 5° transitorio, literal b) del proyecto de ley, en el sentido de establecer expresamente, que las modificaciones introducidas al artículo 36 de la Ley de Concesiones, no serán aplicables a las controversias que se susciten con ocasión de la aplicación e interpretación de los contratos de concesión celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley modificatoria.

Finalmente, propuso como sugerencia considerar la posibilidad de introducir otras modificaciones, como sería establecer que el Coordinador de Obras Públicas sea elegido por el Sistema de Alta Dirección Pública y regular los efectos de la declaración de incumplimiento grave respecto de los subsidios fijos a la construcción, cuando se haya obtenido la puesta en servicio definitiva.

3.- Presentación del Arquitecto señor Marcial Echenique.

El señor Marcial Echenique manifestó que la modernización de la infraestructura del país ha sido consecuencia de la aplicación de la Ley de Concesiones que, por una parte, separa la planificación y la fiscalización del bien común, que es una labor del Estado, de la ejecución, financiamiento, construcción y operación por parte del sector privado.

Este sistema ha otorgado enormes ventajas aportando grandes innovaciones al sector de infraestructura y a la eficiencia económica. Toda planificación del Estado requiere de una continua adaptación, siempre van cambiando las circunstancias por lo que debe existir un mecanismo explícito y eficiente para ajustar los cambios.

Los concesionarios cuando tratan de conseguir una concesión tienden a presentar en montos bajos su oferta y después de obtenida la concesión solicitan los ajustes, por lo que debe resolverse este problema de fondo para que no exista captura del Estado por parte del concesionario.

La modificación legal propuesta para evitar la captura del Estado implica la reducción del poder del concesionario, pero se reduce de acuerdo al Derecho. El problema en la actualidad es asimétrico, el Estado no tiene el mismo poder que las concesionarias por lo que es necesario equilibrarlo, no puede suceder que un concesionario obtenga una obra aportando US\$ 100 (cien millones de dólares) y luego, consigue US\$ 300 (trescientos millones de dólares) mediante acuerdos con el Estado.

El Presidente de la Cámara Chilena de la Construcción, señor Luis Nario, precisó que las concesionarias también consideran que están capturadas por el Estado, puesto que muchas de las gestiones las debe realizar el Fisco, como es el caso de las expropiaciones, definir el lugar de las salidas de las autopistas, que cambian de acuerdo a decisiones políticas, y el concesionario no tiene ninguna posibilidad de actuar y lo afectan en su negocio.

El cambio legal implicará costos para la industria porque se producirá una redistribución de riesgo que considera inadecuada.

4.- Presentación de la Cámara de Comercio de Santiago.

El Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, señor Carlos Jorquiera, se refirió en su presentación a la modificación de los artículo 22 y 36 de la Ley de Concesiones.

Artículo 22

En relación al artículo 22 que propone que los conflictos que se produzcan entre concesionarios, contratistas, subcontratistas sean resueltos por un arbitraje de carácter mixto, expresó que un arbitraje mixto termina, necesariamente, en la dictación por parte de un abogado de una sentencia de derecho sujeta a la presentación de diversos recursos judiciales, aun cuando se pueda renunciar a algunos de ellos, sin embargo, el recurso de casación se mantiene.

Con un arbitraje mixto los plazos se extienden entre 3 y 5 años por el excesivo número de causas que se encuentran pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y la relación entre empresarios de la construcción con contratistas y subcontratistas, debe realizarse en períodos más breves y menos costosos.

En el derecho comparado de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, impera, incluso en los arbitrajes de derecho, la aplicación de una norma constituida por usos y costumbres del ámbito empresarial, del comercio y de la industria, para la resolución de los conflictos.

En consecuencia, en su opinión, debería mantenerse el sistema de árbitros arbitradores.

Artículo 36

Señaló que la modificación al inciso segundo del nuevo artículo 36, que propone a falta de acuerdo de las partes para la integración del tribunal arbitral, el nombramiento será efectuado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago de entre los candidatos incluidos en la lista, dicho nombramiento debería recaer, según corresponda, en cualquiera de los profesionales que integran aquella lista propuesta por la parte, en cuya designación no se hubiere producido acuerdo.

En relación al inciso cuarto del nuevo artículo 36, expresó que la solicitud de cualquiera de las partes para reemplazar a un integrante de la Comisión Conciliadora, debería ser fundada y de prosperar ello, el reemplazante se debería escoger de acuerdo al sistema establecido en la norma anterior.

En cuanto al inciso sexto del nuevo artículo 36 propuso extender el plazo de 30 días, en el caso de reclamaciones, contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas, a un período superior no inferior a 90 días.

Por último, en relación al inciso décimo del nuevo artículo 36, relacionado con la calidad jurídica que debería tener la Comisión Conciliadora para su tramitación y fallo de la causa sometida a su consideración, insistió en la conveniencia de que la Comisión Arbitral pueda actuar con la calidad de árbitro arbitrador, sugiriendo la constitución de un tribunal arbitral de segunda instancia compuesto por árbitros arbitradores, como ocurre en los Centros Internacionales de Arbitraje de mayor prestigio en el mundo. En subsidio de lo anterior, propuso que ante la existencia de un tribunal de primer instancia compuesto por árbitros mixtos, se constituya un tribunal de segunda instancia integrado por árbitros de derecho, renunciándose a todo tipo de recursos contra las resoluciones de este último tribunal, excepto los de Queja y de Casación en la Forma, por las causales de ultrapetita y de incompetencia.

5.- Exposición del Economista y Profesor de la Facultad de Ingeniería Comercial de la Universidad de Los Andes, señor Alexander Galetovic.

El Profesor señor Alexander Galetovic inició su presentación señalando que, la Ley de Concesiones ha significado un gran desarrollo en materia de infraestructura la que no correspondía de acuerdo al nivel del ingreso per capita de la época en que se dictó dicha normativa. Los

proyectos que se han concesionado han tenido retornos sociales importantes. Sin perjuicio de lo anterior, la ley presenta diversos defectos que deben ser mejorados, que no han causado grandes problemas porque los proyectos que se realizaron no daban mayor margen para equivocaciones, sin embargo, próximamente se planifican otro tipo de concesiones, por lo que resulta necesario abordar las modificaciones.

En ese sentido señaló que la ley vigente presenta los siguientes defectos:

- 1.- El MOP planifica, ejecuta y fiscaliza, con lo cual puede renegociar sus errores;
- 2.- Las renegociaciones son mucho más que lo razonable y se realizan entre cuatro paredes, la ley estimula las renegociaciones a favor del concesionario;
- 3.- El contrato de concesión no sirve porque los árbitros fallan conforme a equidad y no a derecho;
- 4.- Los convenios complementarios no son licitados sino que negociados en forma bilateral, y
- 5.- La ley actual permite al concesionario abandonar obras para renegociar, el abandono de las obras tiene un costo muy bajo y este es un factor muy importante y apreciado.

En un sistema ideal, el MOP debería planificar y ejecutar, pero no decidir ni fiscalizar, a su vez, el contrato de concesión debería establecer las reglas para las renegociaciones y los estándares de servicio.

El Gobierno debería fiscalizar los contratos con una institución distinta del MOP, porque si éste cometió errores en el proceso no los informará.

Para la resolución de las controversias propuso que sean resueltas por un Panel de Expertos Independientes, como sucede en el sector eléctrico en que se ha bajado la conflictividad de esa industria.

La modificación legal que se propone presenta diversos avances al establecer la creación del Consejo de Concesiones, que coordinará a los ministerios e introduce tres expertos independientes, que podrán aportar perspectivas distintas.

Respecto de las obras adicionales manifestó la conveniencia de que las obras adicionales que cuesten más que el 5% del

proyecto o 100.000 unidades de fomento (UF), sean licitadas y que las compensaciones que se le otorguen al concesionario tengan un valor presente neto igual a \$ 0, es decir, le den una rentabilidad apropiada a lo que tuvo que invertir, que es el principio básico que se debe aplicar en las obras licitadas en competencia, para que las obras las obtengan los contribuyentes y a los concesionarios se les asegure una rentabilidad normal.

El hecho de eliminar el límite de 500 unidades tributarias mensuales (UTM) permite que las multas puedan ser proporcionales al daño.

La iniciativa legal adapta en forma adecuada las licitaciones a proyectos complejos al perfeccionar la etapa de precalificación, hay cierto tipo de proyectos que son muy complejos y requieren un tratamiento especial. Hay un equilibrio difícil entre manejar esa complejidad y mantener condiciones de competencia entre potenciales concesionarios, pero es un problema que debe ser resuelto y la norma que se propone, en el proyecto de ley, es similar a la que se aplica en Inglaterra.

Se debe entender que es positivo el establecimiento de “niveles de servicio” en los contratos de concesión los cuales serán exigibles al concesionario y estará obligado a entregarlos y si resulta más caro de lo que el concesionario estimó inicialmente deberá hacerlo con cargo a sus utilidades y no renegociar. En general, en las licitaciones cuando se tiene la expectativa de que se renegociará, los proponentes bajan los precios para ganar la concesión, con lo cual la renegociación no se realiza en condiciones competitivas, sino que además se produce la consecuencia indeseable de la “selección adversa”, en que el que es más hábil para renegociar, pero no tan bueno para hacer obras, tiende a ganarse las licitaciones.

En relación al sistema de arbitraje señaló que representa un progreso que los árbitros fallen en derecho y respeten el contrato de concesión. Con el sistema de arbitraje actual, podría ocurrir que en el futuro se diera lugar a la discrecionalidad del Estado. La existencia de leyes claras, en esta materia, debe contribuir a mejorar la imagen del país.

La mayoría de las modificaciones que propone esta iniciativa legal deberían aplicarse a las actuales concesiones, tales como mecanismo de resolución de conflictos, fallos en derecho y licitación de obras complementarias.

Asimismo, se deberían consignar normas que permitieran al Estado tener suficiente flexibilidad para terminar anticipadamente una concesión, pagando lucro cesante. Las circunstancias cambian y podría suceder que el Estado requiera ampliar una concesión.

El Menor-valor-presente-de-los-ingresos (MVPI) no debe ser excepcional sino que se debe aplicar cuando sea lo apropiado.

Por último, señaló que en el proyecto de ley en estudio, falta la contabilización de las garantías de ingreso mínimo y de tráfico mínimo; son garantías similares a la deuda pública, con la diferencia que no aparece contabilizada, no existen principios contables generalmente aceptados que señalen la forma de contabilizar las garantías y se prestan para que los gobiernos anticipen gastos, corten cintas y dejen los problemas para el Gobierno siguiente.

6.- Presentación del Economista y Profesor Investigador del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, señor Ronald Fischer.

El Economista de la Universidad de Chile, señor Ronald Fischer, centró su exposición en la conveniencia de establecer en la Ley de Concesiones un Panel de Expertos para la resolución de los conflictos. En ese sentido, explicó que el decreto con fuerza de ley N° 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, define en los artículos 208 a 212 el Panel de Expertos para el sector eléctrico, que está integrado por 7 miembros, de los cuales 5 son ingenieros o economistas y 2 abogados, son elegidos por el Tribunal de la Libre Competencia, por un plazo de 6 años, que asegura la independencia. Además debe considerarse que este Tribunal es elegido por el Banco Central. La experiencia de este Panel ha sido exitosa disminuyendo la conflictividad del sector, reúne la experiencia profesional de distintos ámbitos que provienen del sector público, privado y académico, resuelve conflictos entre privados y entre privados y el sector público dentro de un plazo breve, de 35 días hábiles. Sus resoluciones son públicas y se centran en las posiciones de las partes, con lo cual se asegura que las discrepancias tienden a acercarse.

No se han presentado quejas por falta de independencia ni por fallos mal hechos, lo que se debe a la experiencia y conocimientos de los integrantes del Panel, con lo cual se ha reducido el riesgo para los inversionistas, no hay hechos sobrevenientes y el Estado no compensa a las empresas.

Por otra parte, la modalidad propuesta en la iniciativa legal en estudio, permitirá contar sólo con un experto, como ingeniero o economista, experto en temas de demandas, puesto que los otros dos integrantes serán abogados. La falta de “expertise” de las Comisiones Arbitrales es un tema relevante porque las características de los distintos sectores económicos requieren de conocimientos específicos en esas materias.

Los sistemas de solución de conflictos otorgan seguridad al sistema de concesión, al reducir los riesgos para los inversionistas, pero también se debe tener presente que de favorecerse demasiado al inversionista en el futuro quedará deslegitimado el sistema, con lo cual es positivo para la estabilidad del negocio otorgar condiciones que sean equilibradas para las partes.

El sistema actual de solución de las controversias favorece en demasía a los concesionarios y los cambios propuestos en la modificación legal resolverán algunas de estas situaciones que han generado grandes costos para el Fisco y para los usuarios por el atraso de las obras.

Finalizada esta exposición, **el Presidente de COPSA, señor Herman Chadwick**, aclaró en relación a las afirmaciones vertidas por los señores Echenique y Galetovic, en el sentido de que algunas empresas se caracterizan por presentarse a las concesiones con valores bajos para ganarlas y después negociar con el Estado para buscar el precio adecuado a la rentabilidad del capital proyectado que en la ciudad de Guadalajara, México, se licitaron, recientemente, 4 concesiones urbanas que sumaban 480 kilómetros, y se demostró que existe competencia entre las diversas empresas, que presentaron valores similares. En la actualidad, no existen empresas que pretenden ganar las concesiones para mejorar el precio en una lucha injusta.

En relación al sistema arbitral reiteró su convencimiento de que deben ser árbitros arbitradores, sin perjuicio de modificar la forma de nombramiento.

7.- Exposición Profesor señor Raúl Tavolari.

Inició su presentación señalando que se debe partir de la base que el arbitraje es un tema de equidad de conciencia, de otro modo, es difícil justificar la naturaleza y la razón de ser de los árbitros, porque significaría que se crea un sistema de justicia paralelo al estatal.

Manifestó que para un inversionista extranjero un arbitraje con sujeción a normas de derecho otorga más seguridad que un arbitraje en conciencia y en función de aquello considera que es preferible un arbitraje de derecho.

Un Panel de Expertos no puede ser entendido como un órgano que ejerce jurisdicción, en consecuencia, en contra de sus dictámenes se pueden ejercer varias acciones legales. El Panel de Expertos al resolver sólo en base a dos posiciones no puede ser una decisión jurisdiccional, lo que sería inconstitucional.

Luego, señaló que se debe cambiar la denominación de “Comisión Conciliadora” que cumple dos tareas diversas; inicialmente, es un órgano de conciliación y luego puede devenir en órgano jurisdiccional, lo cual impone la necesidad de reemplazar la denominación para evitar confusiones. Si agotada sin éxito la etapa conciliadora, se requiere que el órgano que antes constituyó la Comisión Conciliadora, asuma funciones de tribunal jurisdiccional, resulta adecuado que se le denomine “Tribunal Arbitral”.

Tampoco parece razonable contar con una “oferta de justicia” resulta más seguro contar con un tribunal arbitral que resuelva la materia; la opción de recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago, tomada de la ley orgánica constitucional del Banco Central, resulta perniciosa e impracticable, la Corte de Apelaciones de Santiago tiene un gran recargo de causas, no está creada para ser tribunal de primera instancia, tiene otro rol. Además, se produce un efecto muy dañino porque se pierde todo el tiempo que se ganó con un sistema arbitral, por lo que propuso eliminar la opción de recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Respecto del inciso octavo del nuevo artículo 36, que se propone, señaló que su redacción es equivocada puesto que los acreedores no constituyen la prenda, sino que los deudores la entregan en garantía de sus créditos. La misma norma señala que los referidos acreedores serán “admitidos en los procedimientos a que diere lugar el funcionamiento de esta Comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes”. Al respecto, es preciso recordar que todo tercero requiere, para intervenir en juicio, un interés actual en sus resultados, interés que el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, entiende concurrir siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa. Así, la referencia en esta iniciativa legal, al interés, no parece necesaria.

El artículo 22 del proyecto de ley alude a los árbitros mixtos, y esta categoría no existe, no está recogida en la ley, aun cuando se haya difundido en el lenguaje de los abogados. El Código Orgánico de Tribunales, que define a los árbitros no emplea esa expresión, y no resultando una denominación con tradición dogmática ni respaldo legal concreto, no parece prudente utilizarla en la Ley de Concesiones, debiendo buscarse el mismo sentido de la disposición con una redacción diferente.

En relación a la mención que el tribunal debe fundar su sentencia propuso eliminarla por innecesaria, crea la impresión de que existirían tribunales que no fundan las sentencias y el único tribunal que se conoce en el mundo que no funda la sentencia es el Jurado. La exigencia de fundar la sentencia conforma la garantía de un debido proceso.

Finalmente, en relación a la proposición de limitar el plazo de suspensión de las obras expresó que es inconstitucional. La suspensión de un acto administrativo constituye una medida cautelar que el Tribunal está autorizado a decretar, no sólo porque un texto expreso lo autoriza, sino porque la potestad cautelar integra la jurisdicción. Limitar la potestad cautelar de un órgano jurisdiccional atentaría contra el artículo 76 de la Constitución Política de la República.

El Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán, informó que uno de los temas que se pretenden resolver con las modificaciones a la Ley de Concesiones es reducir el riesgo que el Estado quede de rehén de un concesionario que quisiera un aprovechamiento oportunista de su posición, lo que dice relación con la inexistencia de mecanismos de salida cuando se ha otorgado una concesión. En los casos de faltas graves se establecen procedimientos que protegen los derechos de los acreedores y ante proyectos de gran importancia pública el poder negociador es ilimitado por parte del concesionario.

Uno de los elementos que se ha considerado que puede reducir la situación anterior es limitar el tiempo de paralización de una obra que puede decretar un árbitro. En ese sentido, explicó que esta proposición de limitación deriva de un caso concreto, en que se paralizó durante 17 meses la construcción de la Cárcel de Antofagasta, sin importar la insistencia del Ejecutivo en relación a los problemas sociales que significaba dicha orden de no innovar.

A continuación, señaló que la mayoría de las concesiones en Chile han sido renegociadas no sólo porque existen elementos imprevistos, sobrevenientes a futuro, o solicitudes por parte del Estado de mejoramiento de obras, sino porque es evidente que al momento que una concesionaria inicia una concesión adquiere un poder enorme y tiene la posibilidad de mejorar las condiciones iniciales, lo que constituye una manifestación de que el sistema presenta problemas y estos aspectos deben ser corregidos con apego a la ley.

8.- Exposición del Economista e Ingeniero Civil, señor Eduardo Engel.

El Economista, señor Eduardo Engel, recordó que la actual Ley de Concesiones fue una buena ley en el momento en que fue dictada, sin embargo, ha transcurrido más de una década en que se ha acumulado experiencia y se ha aprendido de los errores que se cometieron y la necesidad de adecuar la legislación. En varios países que comparten liderazgos en estas materias, como es el caso de Inglaterra y Australia, se han introducido modificaciones para perfeccionarla.

El objetivo social de la Ley de Concesiones consiste en lograr servicios de buena calidad sin que los usuarios y el Fisco paguen más de lo necesario y los mecanismos para lograr estos objetivos son la existencia de concesionarios y que el posterior régimen contractual seleccione a las mejores empresas y les otorgue incentivos para hacer las cosas bien. En ese contexto, cabe tener presente que la existencia de contratos incompletos puede derivar en comportamientos oportunistas de los concesionarios y del Estado, por lo que resulta clave la forma en que la legislación prevee este tipo de situaciones y sus soluciones.

De la experiencia acumulada en esta materia se puede señalar que el problema central de las concesiones han sido las renegociaciones. En Chile se han renegociado todas las concesiones.

Para lograr que las concesiones contribuyan a resolver los problemas de infraestructura del país debe existir una licitación competitiva, limitar cambios contractuales posteriores que restan relevancia a la licitación original, mientras más cambios contractuales se producen después de la licitación, menos relevante es la licitación, con lo cual puede suceder que no ganen la licitación las mejores empresas o sencillamente no se presenten a las licitaciones. Asimismo, el contrato debe contar con una muy buena asignación de riesgos.

Los problemas de la legislación actual en materia de concesiones son: la existencia de demasiados arbitrajes debidos, en su opinión, a que hay un mecanismo de solución de las controversias establecido a favor del concesionario y que hace atractivo solicitar un arbitraje; el exceso de contratos complementarios, que desde el punto de vista social limita la efectividad de la evaluación de los proyectos, con lo cual en ambos casos se resta relevancia a la licitación y a la competencia dentro del mercado.

Respecto de las modificaciones de obras y servicios por exigencia del MOP, señaló que estas modificaciones limitan las circunstancias en que el concesionario tiene derecho a compensación económica por concepto de inversiones no contempladas y, por lo tanto, limitan el comportamiento de obtener utilidades posteriores a la asignación de la concesión cuando no se amerita.

En cuanto a las obras adicionales afirmó que éstas requieren de una nueva licitación, cuando son importantes en cuanto a su monto y porcentaje en relación a la licitación inicial, porque de otra forma se pierde la ventaja de la competencia. Cuando se negocia en forma directa entre el Estado y el concesionario, no hay transparencia y los que pierden son los usuarios.

En el caso de las obras complementarias éstas no pueden importar una ganancia adicional, sino que se debe pagar el precio justo, sería conveniente establecer un límite a las mismas, aun cuando se liciten.

Respecto del mecanismo de resolución de controversias expresó que la mejor solución sería constituir un Panel de Expertos, porque se crea un grupo de personas que se especializan en la materia y adquieren experiencia en el tema y pueden sacar conclusiones más generales, no sólo respecto de comportamientos oportunistas.

En una legislación en que se permiten arreglar los problemas en la medida que se presentan, el hecho de contar con un Panel de Expertos, que conoce la totalidad de las controversias que se presentan, se forma una opinión en relación al origen de la controversia. Si obedece a un problema imprevisto y es parte de un contrato de largo plazo o se trata de falta de cuidado de diseño del contrato por parte del Ministerio o un comportamiento oportunista del concesionario, resulta de gran utilidad contar con la decisión de un Panel técnico, que seguirá brindando la imagen de que Chile es un país serio en estos temas y que es atractivo para los inversionistas.

Sin perjuicio de lo anterior, expresó que la proposición contenida en la modificación legal relativa a contar con tres árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes constituye un avance. El fallo en derecho es clave, de otra forma no tiene sentido la licitación, si un fallo posterior desconoce el contrato de concesión el prestigio del sistema de concesiones en Chile puede verse seriamente afectado.

Finalmente, señaló que la aprobación de este proyecto de ley importa una reforma importante a la Ley de Concesiones y permitirá recuperar el liderazgo del país en materia de asociación público-privada.

9.- Exposición de la Abogada señora Nicole Nehme.

La Abogada señora Nicole Nehme centró su exposición en las siguientes materias:

1.- Nivel de servicio y estándares técnicos.-

Expresó que debe establecerse en las bases de licitación que el concesionario se obliga a entregar a un nivel de servicios más que a determinadas especificaciones técnicas, con lo cual existirá un elemento que permitirá que durante todo el período que dure la concesión el concesionario cumpla con un nivel de servicio y además incentivará la capacidad del concesionario para introducir innovaciones tecnológicas.

2.- En materia de Imprevisión.- Señaló que el sistema actual es deficiente porque contempla conceptos muy vagos, cuando se señala que las obras resultan insuficientes, cuando se estima que las ampliaciones son necesarias o autoriza las causas sobrevenientes, se está abriendo un espacio importante para que con posterioridad a la presentación a una licitación con precios bajos, de buena fe, se invoquen estos elementos ante la Comisión Arbitral para conseguir una modificación del contrato y los demás postulantes que no tuvieron la posibilidad de evaluar esa modificación del contrato al tiempo de postular, queden fuera del negocio.

En la legislación comparada, en todos los contratos de larga duración, o contratos complejos con montos de inversión muy altos, se ha señalado que no cabe la aplicación de la Teoría de la Impresión, con la excepción de dos casos. Lo anterior, en atención a que se ha estimado que los contratantes son profesionales conocedores de su industria.

De aceptarse la aplicación de la Teoría de la Imprevisión el riesgo es mayor y se produce una mayor desigualdad con los otros postulantes.

La solución para estos casos es un arbitraje de derecho en que el procedimiento siempre considera la equidad, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones de las partes. En los contratos complejos y de larga duración, es de la esencia considerar la evolución del contrato a lo largo del tiempo, lo que no significa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, sino que basta con la aplicación del derecho que contempla la buena fe y se evita el exceso de conceptos vagos que pueden facilitar las renegociaciones.

Lo anterior constituye un buen incentivo para que el Estado suscriba contratos lo más completos posibles, puesto que de otra forma se plantea la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión. Es preferible que los precios sean más altos en lugar de aceptar la oferta más baja y después subir los precios sin competencia y sin ninguna fiscalización.

3.- Comisión Arbitral.- Manifestó que este sistema debe ser perfeccionado en cuanto a su designación, nombramiento de sus integrantes y remuneración de los árbitros que constituye un incentivo perverso a presentar demandas. Asimismo, se debe establecer que aun cuando el procedimiento sea arbitral y se fije por las partes, el árbitro debe fallar en derecho, situación que debería otorgar certidumbre a las partes. En ese mismo sentido, agregó que debería existir una continuidad en los árbitros manteniéndose el mismo árbitro durante toda la vigencia de la concesión.

4.- Suspensión del procedimiento.- Expresó que es de la esencia de los procedimientos la fijación de plazos y algunos de esos plazos pueden restringir la potestad de la jurisdicción, como es el caso de los plazos breves de prescripción. Las medidas precautorias son temporales y en este caso se está dando una concreción a la temporalidad otorgando una mayor certidumbre.

La Ley de Concesiones no contiene normas relativas a la prescripción y existía incertidumbre porque no estaba claro si se aplicaban las normas del Código Civil, las del Código de Comercio, por lo tanto, es sano que se consagren.

5.- Garantías constitucionales.- La disposición transitoria respeta las garantías constitucionales al establecer que la ley regirá para el futuro y en casos excepcionales se puede aplicar a las concesiones vigentes.

El Presidente de COPSA, señor Herman Chadwick, expresó que el aumento del precio de las obras que se produce durante la construcción del contrato de concesión, se originan en problemas que se presentan en esa etapa y que se deben, en gran medida, a nuevas obras solicitadas por el Ministerio de Obras Públicas o porque la comunidad las exige. Destacó que jamás se prestaría para representar a un gremio que se concierta para obtener de forma ilegítima, ilegal o inmoral, recursos del Fisco, o para tener como prisionero al Estado.

Muchas concesiones, como la Ruta 60, el acceso sur al Puerto de Valparaíso, han tenido modificaciones y precios diferentes no por capricho de las empresas concesionarias, sino que el deber por parte del Estado de realizar mejor las obras han significado cambios en los proyectos.

El Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán, aclaró que el riesgo de oportunismo, en sentido contractual, existe siempre cuando los contratos son incompletos y hay elementos futuros. Lo anterior no tiene un elemento de juicio de valor ético, sino que se trata que dentro del marco que se ha establecido se generan oportunidades para mejorar las condiciones originales. La responsabilidad no es de las empresas, es del Estado, del Ejecutivo y del Legislativo, que fijan el marco jurídico que se ha establecido para el desarrollo del negocio que puede permitir un comportamiento oportunista, tanto del Estado como del privado.

En esta materia, se debe aprender de la experiencia y limitar el ámbito de acción del oportunismo, tanto del Estado que se traduce en un riesgo expropiatorio, o del privado, que no debería tener la implicancia de un juicio de valor.

Es importante que dependiendo de la naturaleza del sistema contractual o legal, se puede generar un elemento “de selección adversa”, hay empresas que están más capacitadas para trabajar en ambientes con mayor incertidumbre y espacio de renegociación, sea por iniciativa del Estado o de los privados. En cambio, otras empresas están menos capacitadas para intervenir en este medio.

El Estado pretende que predominen en la industria las empresas que son más eficientes en el otorgamiento del servicio y la construcción. Las condiciones actuales no significan que necesariamente ganen las que son las mejores.

La experiencia de 10 años permite dar un paso en el perfeccionamiento de la normativa relativa a las concesiones.

10.- Exposición de la Investigadora del Instituto Libertad y Desarrollo, señora María de la Luz Domper.

La señora María de la Luz Romper manifestó que el proyecto de ley en estudio servirá para reactivar el sistema de concesiones, que en los últimos años se han adjudicado sólo 4.000.000 de unidades de fomento. El plan del MOP considera asignar 18 proyectos por US\$ 2.000 (dos mil millones de dólares) durante los años 2007 a 2008. Ha cambiado el monto de la inversión que se ha adjudicado lo cual revela un problema del sector. Durante los últimos años sólo se han adjudicado el 14% de lo que se ha anunciado, situación que se agrava si se considera que estos proyectos deben pasar por el sistema de evaluación de impacto ambiental y que ese proceso dura 2 años.

El flujo de inversión esperada para los próximos dos años es bajo y el proyecto de ley en estudio puede servir para reactivar la inversión en el sector y debería ser el objetivo final, más que un propósito de disminuir la asimetría de los poderes del MOP con el concesionario.

Los problemas que se han presentado han sido la falta de definición de los proyectos, ha existido oportunismo tanto del Fisco como de las concesionarias, cuando se adjudica un proyecto de cárcel y después otro ministerio solicita obras adicionales al concesionario, se produce un oportunismo de parte del Estado. En consecuencia, se debe tratar de disminuir los riesgos de oportunismo “ex post”, lo cual se logra con contratos más completos, sin perjuicio de considerar la procedencia de las causas sobrevenientes.

Asimismo, debe considerarse que existe un problema de coordinación de los ministerios y de gestión del MOP que se refleja en que han adjudicado pocos proyectos en los últimos años. Para resolver esta situación el proyecto de ley considera la existencia de un

Consejo de Concesiones que puede llevar a una mayor coordinación, pero también existe el riesgo de diluir la responsabilidad.

Para evitar lo anterior propuso la existencia de un Consejo con representantes del Ministerio que no involucre a todo el aparataje interministerial porque se demorará la gestión, o el establecimiento de un Consejo que esté constituido sólo por técnicos que tengan decisiones vinculantes.

Luego, propuso fortalecer la figura de los inspectores fiscales para que se cumplan los contratos, que actualmente son funcionarios públicos y dependen del Director General de Obras Públicas.

Asimismo, se debería avanzar a un trabajo más externalizado de la elaboración de proyectos de ingeniería y el nombramiento del Inspector Fiscal como del Coordinador General debería hacerse a través del Sistema de Alta Dirección Pública.

En relación a la Teoría de la Imprevisión, señaló que en materia económica no existen los contratos 100% completos y, en consecuencia, se debe permitir su aplicación logrando un equilibrio de riesgos.

Concluyó señalando la conveniencia de establecer la licitación pública para las obras adicionales en etapa de explotación lo que ayudará a limitarlas.

Para la resolución de las controversias propuso adoptar el sistema de Panel de Expertos o Tribunal Especializado, porque es un organismo técnico, independiente, permanente y cuenta con financiamiento propio. La forma de resolución de un Panel de Expertos es muy importante, desde el punto de vista económico, porque sólo pueden dirimir la controversia acogiendo una de las posiciones de las partes lo que permite acercar sus posiciones.

Hizo presente que la opinión de los abogados de Libertad y Desarrollo, es que si no se establece un Panel de Expertos debería consignarse una Comisión Arbitral.

Votación en general.

Luego de escuchar las distintas exposiciones sobre este proyecto de ley y de efectuarse distintos planteamientos y observaciones, los Honorables señores Senadores votaron en general la idea de legislar sobre esta materia.

El Honorable Senador señor Romero fundamentó su voto a favor de esta iniciativa legal reconociendo la importancia del sistema de concesiones en el desarrollo de la infraestructura del país, así como la necesidad de perfeccionar la ley que data de hace 12 años, puesto que la experiencia indica que no es conveniente que el Ministerio de Obras Públicas continúe planificando, ejecutando y fiscalizando las obras.

El establecimiento de nuevas normas debería tender a establecer un procedimiento más claro, objetivo y transparente. Al mismo tiempo, se debe tener en consideración que si estos procedimientos no tienen reglas del juego claras se producirá un desequilibrio.

Instó a considerar la participación del sistema de la Alta Dirección Pública para el nombramiento del Coordinador General de Concesiones, con lo cual se evitará la participación de operadores políticos en este ámbito.

Asimismo, precisó que se debe establecer algún mecanismo para evitar las renegociaciones en forma cerrada, manifestando sus dudas respecto de la conveniencia de aplicar a los contratos de concesión los principios de la Teoría de la Imprevisión.

El Honorable Senador señor Ruiz-Esquide fundamentó su voto a favor de esta iniciativa legal expresando que esta iniciativa legal tiene por finalidad perfeccionar una ley que contribuye a mejorar la infraestructura nacional, permitiendo la alianza entre el sector público y privado y transparentar las operaciones para un mejor destino de los recursos.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Kuschel, votó a favor de esta iniciativa legal haciendo presente que tiene un gran potencial para el desarrollo de las obras de infraestructura del país y manifestando su intención de que este sistema se aplique para la realización de obras en las distintas regiones del país.

- Sometida a votación la idea de legislar, vuestra Comisión procedió a aprobarlo en general, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Kuschel, Letelier, Romero y Ruiz-Esquide.

- - - - -

En consecuencia, vuestra Comisión de Obras Públicas, os recomienda que aprobéis, en general, el proyecto de ley en informe, cuyo tenor es el siguiente:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Decreto Nº 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP Nº 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas:

1) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 1º:

a) Agrégase, en el inciso primero, entre las expresiones “convengan,” y “se regirán” la siguiente oración: “a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados,”.

b) Agrégase, en el artículo 1º, el siguiente inciso segundo, nuevo:

“Las concesiones que se otorguen contemplarán siempre la obligación del concesionario de mantener, durante toda la vigencia de la concesión, los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación.”.

2) Introdúcese el siguiente artículo 1º bis, nuevo:

“Artículo 1º bis.- Habrá un Consejo de Concesiones, de carácter consultivo, integrado por el Ministro de Obras Públicas, quien lo presidirá, y por los Ministros de Hacienda; de Economía, Fomento y Reconstrucción, y de Planificación, encargado de informar acerca de las políticas de concesiones de obras públicas a nivel territorial y sectorial, en particular en lo relativo al tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de esta Ley, los mecanismos de concesión y la coordinación que deberá existir entre las entidades públicas que participan directa o indirectamente en los diferentes tipos de concesiones. En el ejercicio de sus funciones, le corresponderá informar al Ministerio de Obras Públicas, y en su caso al Presidente de la República, respecto de los asuntos establecidos en la presente ley.

Se integrarán al Consejo los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones, cuando se trate de temas específicos de concesiones de infraestructura de transportes, y de Vivienda y Urbanismo,

cuando la concesión tenga efecto en el desarrollo urbano de las ciudades o influya en los planes de vivienda de competencia de ese Ministerio. De igual forma solicitará la participación de cualquier otro Ministerio mandante de obras en concesión cuando se trate de temas atinentes a éstas. Adicionalmente, el Consejo podrá solicitar la opinión de otros Ministros de Estado o jefes de servicio si así lo estimare conveniente de acuerdo con la naturaleza del asunto de que se trate.

Las autoridades referidas en los dos incisos anteriores deberán asistir a las reuniones en que sesione el Consejo personalmente o por medio de un representante permanente nombrado con estos fines, investido de plenos poderes.

El Consejo estará integrado además por tres especialistas en evaluación social e ingeniería de proyectos, con experiencia profesional en áreas en que se desarrolle el programa de concesiones, quienes no podrán ser funcionarios públicos ni personas relacionadas con empresas concesionarias de obras públicas. Su nombramiento corresponderá al Presidente de la República. Serán aplicables a estos consejeros las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades administrativas establecidas en los artículos 54, 55 y 56 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

El Reglamento establecerá las normas relativas a la citación del Consejo, su funcionamiento y la emisión de sus informes, los que deberán ser fundados y públicos.

El Ministerio de Obras Públicas realizará las siguientes actuaciones con informe previo del Consejo de Concesiones:

- a) Definir los proyectos de iniciativa pública que se considerará ejecutar mediante el sistema de concesión regulado en esta ley;
- b) Declarar de interés público los proyectos de iniciativa privada;
- c) Determinar que un proyecto de iniciativa privada sea ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones;
- d) Dictar las bases de licitación;
- e) Dictar el decreto de adjudicación de un contrato;
- f) Disponer o autorizar la modificación las características de las obras para incrementar los niveles de servicio, de acuerdo a los artículos 19 y 20;

g) Dictar decretos a que se refieren los artículos 19 y 20 de la presente ley sobre modificaciones de obras y contratos;

h) Cumplido el plazo de vigencia de una concesión, informar al Presidente de la República, acerca de la procedencia o improcedencia de su nueva licitación; e,

i) Declarado un incumplimiento grave conforme al artículo 28 de esta ley, resolver si llama a nueva licitación por el período que le reste o si continúa como obra pública fiscal.”.

3) Modifícase el artículo 2º de la siguiente forma:

a) Introdúcese en el inciso segundo a continuación del punto (.) final, la siguiente frase: “El reglamento establecerá los criterios para la calificación de estas postulaciones.”.

b) Introdúcese en el inciso tercero a continuación del punto (.) final, la siguiente frase:

“Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Obras Públicas podrá recurrir a la financiación conjunta de los estudios necesarios, de acuerdo a lo señalado en el artículo 6º bis, en el caso que decida utilizar el mecanismo de precalificación.”.

c) Sustitúyese en su inciso final la expresión “Los estudios preinversionales y los proyectos”, por “Los proyectos”.

4) Derógase el artículo 5º.

5) Introdúcese el siguiente artículo 6º bis, nuevo:

“Artículo 6º bis.- El Ministerio de Obras Públicas podrá efectuar un llamado a precalificación de licitantes a fin de seleccionar a los interesados que cumplan con los requisitos uniformes, objetivos y razonables que se establezcan en las respectivas bases de precalificación, los que podrán referirse a aspectos jurídicos, de capacidad financiera o técnica y de experiencia y responsabilidad del interesado o de sus personas relacionadas. Además, tratándose de proyectos de iniciativa pública o privada que sean multifuncionales y que revistan un elevado grado de complejidad, tales como cárceles, hospitales u otros similares, el llamado a precalificación podrá destinarse a seleccionar una cantidad limitada de interesados previamente definida en las bases de precalificación.

En cualquier caso, las bases de precalificación podrán establecer que los interesados precalificados concurren por iguales partes al financiamiento de los estudios que el Ministerio de Obras Públicas considere necesarios para elaborar las bases de licitación, en cuyo caso individualizarán esos estudios y su valor, y su realización deberá ser contratada por el Ministerio de Obras Públicas a entidades independientes con competencia en la materia de que se trate.

En su caso, el adjudicatario de la licitación, o el Ministerio de Obras Públicas, si éste se desistiere de la licitación una vez efectuada la precalificación o declarare desierta la licitación realizada, deberá reembolsar a los licitantes el monto aportado por éstos para el financiamiento de los estudios que se hubieren contratado de conformidad a lo previsto en el inciso primero de este artículo, en la forma, modo y plazo establecidos en las bases de precalificación.”.

6) Sustitúyense los artículos 19 y 20, por los siguientes:

“Artículo 19.- La inversión del concesionario para dar cumplimiento a los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación.

Por su parte, 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, y como consecuencia de ello deberá compensar económicamente al concesionario, cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria.

Sin perjuicio de lo anterior, si el valor de estas inversiones durante la etapa de explotación excede el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra y ello corresponde a una suma superior a cien

mil unidades de fomento, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el Reglamento. El Ministerio tendrá un plazo de 60 días para aprobar o manifestar sus observaciones a las bases respectivas, contados desde la recepción de éstas. Transcurrido ese plazo sin que el Ministerio se haya pronunciado, se entenderán aceptadas. Con todo, por razones fundadas, contenidas en las bases de licitación, podrá establecerse una excepción a la obligatoriedad de la licitación de las obras adicionales en las condiciones anteriormente descritas.

Las compensaciones económicas referidas en el inciso segundo de este artículo deberán expresarse en los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado, pagos efectuados por terceros beneficiados con la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen económico de la concesión pactado, pudiendo utilizarse uno o varios de esos factores a la vez. El cálculo de dichas compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados, deberán siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento relevante, conforme lo establezca el reglamento y las bases de licitación. Para estos efectos, se entiende por proyecto adicional el derivado directamente de las obras y servicios a que se refiere el inciso segundo de este artículo.

Todas las modificaciones al contrato original para incluir obras adicionales, que separada o conjuntamente superen el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra y tal porcentaje corresponda a una suma igual o superior a cien mil unidades de fomento, deberán contar con un informe de la respectiva Dirección del Ministerio de Obras Públicas sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, y en el respeto de la proporcionalidad y equivalencia de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios previstos en el contrato de concesión.

Las controversias que se suscitaren entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas acerca de las referidas compensaciones, se resolverán en conformidad a lo dispuesto en el artículo 36.

Las modificaciones que se incorporen a la concesión en virtud de lo dispuesto en este artículo, se harán por decreto supremo fundado del Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

Artículo 20.- 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.

Con todo, durante la etapa de explotación, cuando el valor de estas inversiones exceda del cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra y ello corresponda a una suma igual o superior a cien mil unidades de fomento, su ejecución se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente. Esta restricción no se aplicará para nuevas inversiones que sean financiadas íntegramente por la concesionaria y que no den lugar a compensaciones.

Las compensaciones que se acordaren en favor del concesionario se regirán íntegramente por lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 19 de esta ley.

La aprobación del respectivo convenio complementario se hará mediante decreto supremo fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, previo informe de la respectiva Dirección sobre el impacto de la modificación en los niveles de servicio originalmente comprometidos, en la valoración de las inversiones a realizar, y en el respeto de la proporcionalidad de las prestaciones económicas mutuas y de las estructuras y niveles tarifarios previstos en el Contrato de Concesión.”.

7) Agrégase, en el inciso quinto del artículo 21, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración: “Si el acreedor prendario no cumpliese con dichos requisitos, deberá contar con un operador calificado en los plazos y términos que se establecen en las bases de licitación”.

8) Agréganse como incisos segundo y tercero del número 2 del artículo 22, los siguientes:

“Sin perjuicio de lo anterior, los contratistas de la concesionaria deberán estar inscritos en los Registros de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas. Tanto los contratistas como sus subcontratistas no podrán iniciar obras sin que sus respectivos contratos se encuentren formalizados, registrándose, por el concesionario, una copia de ellos ante el Ministerio.

Será materia de arbitraje obligatorio las controversias que se susciten entre el concesionario y los contratistas o entre éstos y sus subcontratistas, con motivo de la aplicación, interpretación o

ejecución de los contratos celebrados entre éstos con ocasión de la ejecución de la obra. El árbitro será designado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio y tendrá el carácter de arbitrador en cuanto al procedimiento, pero fallará conforme a la ley.”.

9) Sustitúyese el artículo 28, por el siguiente:

“Artículo 28.- La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato de concesión o en las respectivas bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Conciliadora establecida en el artículo 36 de esta ley. Ella resolverá la solicitud en calidad de Comisión Arbitral, conforme a lo preceptuado en el referido artículo.

Declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Conciliadora, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas de los números 1 al 5 del artículo 207, del Libro IV del Código de Comercio. Este interventor responderá de culpa levísima.

Dentro del plazo de 180 días, contado desde la declaración de incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si se procede a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste.

La licitación, en caso que se optare por ella, deberá efectuarse en el plazo estipulado en el Reglamento, y el monto recaudado producto de ella será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo. Las bases de la licitación deberán establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original. En el primer llamado a licitación el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario. A falta de interesados se efectuará una segunda licitación, sin mínimo.

Si se determinare no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, el Ministerio de Obras Públicas deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio efectivamente realizadas por éste aumentadas en un diez por ciento, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo. El monto del pago será fijado dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la declaración de incumplimiento grave, por acuerdo del Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, previa aprobación del Ministerio de Hacienda. A falta de acuerdo, el monto del pago se fijará por la Comisión

Conciliadora establecida en el artículo 36, actuando en calidad de Comisión Arbitral y en única instancia, siempre que el concesionario requiera por escrito su intervención dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo. En caso contrario, se entenderá aceptado por el concesionario el monto que el Ministerio de Obras Públicas le hubiere ofrecido en la forma contemplada en el Reglamento durante el curso de la negociación, o el más alto si fuere más de uno.

La declaración de incumplimiento grave hará exigibles los créditos que se encuentren garantizados con la prenda establecida en el artículo 43 de esta ley. Dichos créditos se harán efectivos sobre el producto de la licitación o sobre el pago que deba efectuar el Ministerio de Obras Públicas, según el caso, con preferencia a cualquier otro crédito.

En el evento que durante la intervención la sociedad concesionaria hubiere contratado créditos con la aprobación de los acreedores indicados en el inciso anterior, y dichos créditos fueren exigibles, ellos se harán efectivos en el producto de la licitación o en el pago antes referido con preferencia a los garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública. En su caso, y luego de deducir los créditos señalados en este inciso, del producto de la licitación, se descontarán además los gastos acreditados en que el Ministerio de Obras Públicas hubiere incurrido para la realización de la misma.”.

10) Sustitúyese el artículo 29, por el siguiente:

“Artículo 29.- Las bases de licitación deberán indicar explícitamente los niveles de servicio exigidos para la etapa de explotación, sus respectivos indicadores y las sanciones.

Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra.

En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 de esta ley.”.

11) Elimínase el número 1 del artículo 30, pasando los actuales números 2 y 3 a ser números 1 y 2, respectivamente.

12) Introdúcese el siguiente artículo 30 bis, nuevo:

“Artículo 30 bis.- Durante la vigencia del contrato de concesión, el Ministerio de Obras Públicas, a objeto de verificar la buena marcha de la concesión y el debido cumplimiento de las obligaciones del concesionario, podrá requerir de éste la entrega de la información de los subcontratos que haya celebrado para la ejecución de la obra y la prestación del servicio, e información cierta relativa a su contabilidad, gestión empresarial y sistemas de atención a usuarios. Los antecedentes recibidos deberán ser mantenidos bajo reserva. La negativa o demora injustificada en la entrega de los antecedentes requeridos y la entrega de información manifiestamente inexacta o no fidedigna se sancionarán con las multas establecidas en el Reglamento.

Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas, mediante resolución fundada, podrá requerir al concesionario que efectúe, bajo apercibimiento de multas, auditorías para comprobar la veracidad y exactitud de las informaciones que se le hayan proporcionado. El auditor deberá ser aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, y su contratación y financiamiento corresponderá al concesionario requerido.

Tan pronto tenga noticia de su ocurrencia, el concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho o circunstancia relevante que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, en la fase de construcción, o bien la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las respectivas bases de licitación, en la fase de explotación. La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el Reglamento.”.

13) Agrégase, en el encabezado del Capítulo X, a continuación de la voz “Indemnizaciones”, la frase siguiente: “y Resolución de Controversias”.

14) Sustitúyese el artículo 36, por el siguiente:

“Artículo 36.- Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se llevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora.

La Comisión Conciliadora estará integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de éstos la presidirá. Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes, a partir de una lista integrada por 20 profesionales, 10 de los cuales serán propuestos por el Ministerio y 10 por el concesionario. A falta de acuerdo de las partes, el nombramiento será efectuado por el

Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago de entre los candidatos incluidos en la lista.

La lista estará conformada por profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía o la construcción y por abogados, con a lo menos diez años de ejercicio profesional. No podrán estar relacionados con empresas concesionarias de obras públicas ni ser dependientes del Ministerio de Obras Públicas u otra institución pública o prestar a éstos o éstas regularmente servicios profesionales remunerados, con excepción de universidades y centros docentes del Estado. El Reglamento establecerá las formalidades para el nombramiento de los árbitros.

Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión y permanecerán en su cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión. Sin perjuicio de lo anterior, los integrantes podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente; o, a solicitud de cualquiera de las partes siempre que hubieren transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento y no estuviesen conociendo de un reclamo en la etapa arbitral.

Los integrantes de la Comisión serán remunerados por el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas, por partes iguales, en la forma y con los límites que establezca el Reglamento, el que contemplará además las normas sobre inhabilidades que les serán aplicables.

La Comisión, en cuanto se designen sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes. Entre estas últimas se encontrarán las que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten.

Salvo disposición en contrario de esta ley, las partes deberán formular sus solicitudes o reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si este ocurriese en etapa de explotación. Sin embargo, este plazo será de 30 días en el caso de reclamaciones contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas. Vencidos estos plazos prescribirá la acción.

Los acreedores que hayan constituido a su favor la prenda establecida en el artículo 43 de esta ley, serán admitidos en los procedimientos a que diere lugar el funcionamiento de esta Comisión, siempre que tuvieren interés y en calidad de terceros independientes.

Sometido un asunto a su conocimiento, la Comisión buscará la conciliación entre las partes y les propondrá bases de arreglo dentro de los 60 días hábiles siguientes a aquél en que se hubiere solicitado su intervención. Si la conciliación no se produjere en el término de 30 días contado desde la proposición de las bases de arreglo por la Comisión, el concesionario podrá requerirle, dentro de los 5 días siguientes, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Si el concesionario no solicitare de la Comisión Conciliadora que se constituya en Comisión Arbitral ni interpusiere el recurso ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quedará a firme la resolución o acto administrativo del Ministerio.

La Comisión Arbitral actuará de acuerdo a las normas legales fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho y apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica, con la obligación de fundar la sentencia, y tendrá el plazo de 60 días hábiles, contado desde que el asunto quede en estado de fallo, para dictar la sentencia definitiva, la que no será susceptible de recurso alguno. Una vez dictada la sentencia definitiva, ésta y todos los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se hubiesen presentado o verificado en el procedimiento, se harán públicos en la forma que establezca el Reglamento.

En caso que se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones, según lo dispuesto en el inciso sexto de este artículo, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional de Banco Central de Chile, y a las siguientes disposiciones:

- 1.- No será exigible boleta de consignación.
- 2.- El traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas.

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.”.

15) Introdúcese el siguiente artículo 36 bis, nuevo:

“Artículo 36 bis.- El concesionario podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado, solo ante la Comisión Arbitral constituida en conformidad al artículo 36.

Dicha solicitud se tramitará con audiencia del Ministerio, y para decretarla deberán existir motivos graves y calificados, y concurrir las siguientes circunstancias:

1.- Que se acompañen comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, y

2.- Que se rinda fianza suficiente para responder de los perjuicios que se originen y multas que se impongan.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a treinta días, sea directamente o mediante la suspensión de los efectos de un acto del Ministerio de Obras Públicas, a menos que existiese acuerdo entre las partes de mantener dicha paralización.”.

16) Modifícase el artículo 37, de la siguiente forma:

a) Sustitúyese el inciso tercero, por el siguiente:

“Autorizada la designación del interventor, se entenderá haber incumplimiento grave del contrato de concesión y se procederá según lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 28 de esta ley.”.

b) Elimínase el inciso quinto.

17) Modifícase el inciso segundo del artículo 38, de la siguiente forma:

a) Elimínase la oración “ni inferior a la mitad de dicho monto en segunda subasta”, y la coma (,) que la precede.

b) Sustitúyese la voz “tercera” por “segunda”.

18) Modifícase el artículo 39, de la siguiente manera:

a) Sustitúyese en el inciso primero del artículo 39, la expresión “a desarrollar áreas de servicio”, por la siguiente oración: “al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”.

b) Agrégase, en el inciso segundo, entre las expresiones “toda obra pública,” y “salvo el caso”, la siguiente expresión: “la provisión de su equipamiento o la prestación de servicios asociados,”.

Artículo 2°.- Intercálase, en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, Ley de Tránsito, las siguientes expresiones:

1) En la primera oración, intercálase entre las expresiones “dispositivo electrónico” y “u otro sistema”, la voz siguiente: “habilitado”.

2) En la segunda, intercálase entre las expresiones “sancionada” y “de conformidad”, la siguiente expresión: “con una multa de una unidad tributaria mensual y para todos los efectos se entenderá como una infracción grave”.

Artículo 3°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local:

1) Modifícase el artículo 3°, de la siguiente forma:

a) Agrégase, en el inciso primero, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), la oración siguiente: “Tratándose de la infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 bis de la presente ley.”.

b) Elimínase, en el inciso tercero, la oración que comienza con “Sin embargo” y concluye con “en un lugar visible de éste”.

2) Introdúcese el siguiente artículo 16 ter, nuevo:

“Art. 16 ter.- Tratándose de cobros judiciales de que conozca un Juez de Policía Local, el deudor podrá ponerle término hasta antes de la notificación de la sentencia definitiva que se dicte en dicha sede, mediante el pago del monto efectivamente adeudado más intereses y costas, el cual deberá consignarse en la cuenta corriente de dicho Tribunal, y el que le deberá ser entregado al acreedor sin más trámite.”.

3) Agrégase, en el artículo 22, el siguiente inciso quinto, nuevo, pasando los actuales incisos quinto, sexto y séptimo a ser incisos sexto, séptimo y octavo, respectivamente:

“Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto precedentes no regirá respecto de la infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la Ley de Tránsito. Respecto de esta infracción se aplicará lo dispuesto en el artículo 43 bis de la presente ley.”.

4) Agrégase, en el inciso cuarto del artículo 24, entre la frase “lo enterará en su totalidad directamente al Fondo Común Municipal” y el punto seguido (.), la siguiente frase: “, a menos que se trate de multas impuestas por infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, en cuyo caso sólo enterará el 50% al Fondo Común Municipal, debiendo remitir el 50% restante a la Municipalidad donde tiene asiento el Juzgado de Policía Local que impuso la multa.”.

5) Introdúcese el siguiente artículo 43 bis, nuevo:

“Artículo 43 bis.- La infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, se someterá a las siguientes reglas:

1.- Los funcionarios autorizados que la sorprendan enviarán una constancia de la misma por medio de archivos digitales al Director de la Unidad de Administración y Finanzas, de la Municipalidad respectiva, para efectos de su comunicación al infractor y su previo cobro en sede administrativa.

2.- El Director de la Unidad de Administración y Finanzas, comunicará la constancia al infractor, mediante carta certificada con su firma electrónica dirigida al domicilio que éste tenga anotado en el Registro de Vehículos Motorizados, o en el Registro Nacional de Servicios de Transporte de Pasajeros o en otro registro que lleve el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Para estos efectos, se aplicará respecto del Director de la Unidad de Administración y Finanzas, lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 3° de esta ley. En esta comunicación deberá constar, a lo menos, la individualización de su destinatario y, si se supiere, el número de su cédula de identidad; la comunicación de la infracción que se le imputa y el lugar, día y hora en que se habría cometido, con indicación de la constancia referida en el numeral anterior; la placa patente y clase del vehículo involucrado; la multa que fuere legalmente procedente por dicha infracción; y, la posibilidad de concurrir a la Tesorería Municipal respectiva a pagar la multa correspondiente, reducido su valor en un 30%, dentro de quinto día de recibida la carta certificada.

3.- Si el infractor efectuare oportunamente el pago referido en el número 2 anterior, se entenderá que acepta la infracción y la imposición de la multa en los términos de los incisos tercero y cuarto del

artículo 22 de esta ley, y la Municipalidad respectiva procederá, en relación con los fondos así recaudados, de conformidad a lo establecido en el N° 6 del inciso tercero del artículo 14 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. En caso contrario, el Director de la Unidad de Administración y Finanzas, pudiendo utilizar su firma electrónica, denunciará la infracción al tribunal competente, acompañando todos los antecedentes que obraren en su poder.

4.- Recibida la denuncia por el tribunal competente, éste citará al infractor en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 3°, pudiendo utilizar tanto el Juez como el Secretario su firma electrónica, entendiéndose practicada esta diligencia cuando la respectiva carta certificada sea dejada en un lugar visible del domicilio del infractor. La denuncia se tramitará conforme a las reglas generales establecidas en esta ley.”.

Artículo 4°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el inciso primero del artículo 55 del Decreto N° 307 de 1978, del Ministerio de Justicia, que Fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local:

1) Sustitúyese la voz “segundo” por “tercero”.

2) Agrégase, a continuación de la expresión “Fondo Común Municipal”, la oración siguiente: “o a éste y a la Municipalidad respectiva, según corresponda”.

Artículo 5°.- Agrégase en el N° 6 del inciso tercero del artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, que Fija el Texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), el siguiente texto: “Con todo, tratándose de las multas impuestas por infracción a la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 118 bis de la ley N° 18.290, sólo el cincuenta por ciento de lo recaudado ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restante a beneficio municipal.”.

Artículo Transitorio.- Las normas de esta ley no serán aplicables respecto de los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, salvo a aquellas sociedades concesionarias, que dentro del plazo de los tres meses siguientes a esa fecha, opten por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos

contratos. Para esos efectos, las sociedades concesionarias y el Ministerio de Obras Públicas deberán suscribir un convenio complementario que fije Niveles de Servicio explícitos y las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento.

Con todo, respecto de las concesiones de aquellas sociedades que no ejercieren la opción señalada en el inciso anterior, seguirán regidas por las normas legales vigentes a la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión, salvo las excepciones establecidas a continuación:

a) Las modificaciones introducidas por esta ley, pero sólo respecto de hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, al artículo 42 del Decreto con Fuerza de Ley N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL. MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas; a la ley N° 18.290, Ley de Tránsito; a la ley N° 18.287, sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local; al Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, que Fija el Texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; y al Decreto N° 307, de 1978, del Ministerio de Justicia, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local;.

b) Las normas contenidas en el inciso séptimo del artículo 36 y en el artículo 36 bis del Decreto con Fuerza de Ley N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su texto introducido por esta ley; en ambos casos, sólo respecto de aquellas solicitudes o reclamaciones sometidas al conocimiento de la Comisión Conciliadora con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

c) En caso de suscribirse convenios complementarios que impliquen un incremento de los niveles de servicio, estos convenios deberán contener explícitamente los nuevos niveles de servicio y las sanciones correspondientes en caso de no cumplimiento.”.

- - - - -

Acordado en sesiones celebradas los días 10 y 30 de julio de 2007, con asistencia de los Honorables Senadores señores Carlos Ignacio Kuschel (Presidente), Juan Pablo Letelier, Víctor Pérez, Sergio Romero y Mariano Ruiz-Esquide.

Sala de la Comisión, a 6 de agosto de 2007.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogado Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica.

BOLETÍN N°: 5.172-09

I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: el proyecto de ley en estudio se orienta a alcanzar y garantizar, mediante las modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, como objetivo de política pública, el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares técnicos en dicha obra; aumentar la transparencia de los contratos de concesión, velando simultáneamente por las condiciones de libre competencia y equidad en la adjudicación de los mismos; perfeccionar el mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las sociedades concesionarias y dotar al Estado de herramientas más eficientes para resguardar el interés fiscal.

Para la obtención de estos fines, el Ministerio de Obras Públicas ha considerado necesario:

- a) Proponer la creación de un Consejo de Concesiones cuya principal función será la de orientar las políticas de concesiones de obras públicas consistente con el crecimiento del país;
- b) Consagrar la posibilidad de efectuar procesos de precalificación de los postulantes a un proyecto, en base a requisitos objetivos y razonables establecidos en las bases de licitación. También se establece la posibilidad de que sean las empresas precalificadas las que en su conjunto financien los estudios de ingeniería.
- c) Señalar, con mayor claridad y precisión, las hipótesis en las cuales el concesionario tendrá derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas en el contrato original, como asimismo, el establecimiento de criterios económicos para la determinación del monto de dichas compensaciones.
- d) Establecer que si durante la etapa de explotación el valor de las inversiones adicionales requeridas excede del 5% del presupuesto oficial de la obra y es igual o superior a una suma equivalente a 100.000 unidades de fomento, su realización debe ser licitada por el concesionario bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas.

e) Introducir modificaciones que tienen por finalidad garantizar la continuidad en la operación o prestación del servicio en el caso de transferencia de la concesión a un acreedor prendario.

f) Requerir que los contratos de los contratistas y subcontratistas se encuentren firmados como requisito para iniciar las obras y que éstos deban estar inscritos en el registro de contratistas del Ministerio de Obras Públicas. Adicionalmente se propone que las controversias entre el concesionario y los contratistas sean materia de arbitraje obligatorio.

g) Eliminar el tope fijado para las multas que puede imponer directamente el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de que éstas puedan ser reclamadas ante la Comisión Conciliadora.

h) Introducir, respecto al mecanismo de resolución de controversias, por una parte, modificaciones a la composición de la Comisión Conciliadora y, por otra, se propone que la Comisión Arbitral actúe de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho y apreciación de la prueba de acuerdo a la sana crítica, con la obligación de fundar la sentencia.

Finalmente, el proyecto de ley modifica la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y la Ley de Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en el sentido de establecer que de los montos recaudados por concepto de multas impuestas por infracción a la prohibición de circular en las vías concesionadas donde opera el sistema de cobro electrónico de tarifas sin contar con el dispositivo o sistema complementario que permitan dicho cobro, sólo el 50% del mismo ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el 50% restante a beneficio de la Municipalidad donde tenga asiento el Juzgado de Policía Local que aplicó la infracción.

II. ACUERDOS: aprobado en general (4 x 0).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: la iniciativa legal en estudio se encuentra estructurada en 5 artículos permanentes y un artículo transitorio.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: El número 4) del artículo 3°; el artículo 4° y el artículo 5°, son normas de ley orgánica constitucional.

V. URGENCIA: simple.

VI. ORIGEN INICIATIVA: Mensaje de S.E. la Presidenta de la República.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primer trámite.

VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS: no hay.

IX. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 4 de julio de 2007, dándose Cuenta en la sesión 30ª, ordinaria, de esa misma fecha.

X. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe.

XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- **Ley de Concesiones de Obras Públicas.** Decreto N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL. MOP N° 164, de 1991.

- **Ley de Tránsito, N° 18.290.**

- **Ley sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local N° 18.287.**

- **Ley sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.** Decreto N° 307, de 1078, del Ministerio de Justicia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.231.

- **Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.** Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695.

Valparaíso, 6 de agosto 2007.

ANA MARÍA JARAMILLO FUENZALIDA
Abogado Secretario