

INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL PROCESO DE CONCESIONES CARCELARIAS.

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión Especial Investigadora sobre el proceso de concesiones carcelarias, cumple con emitir su informe -según la competencia que le fuera asignada en el acuerdo contenido en el oficio N° 7345, de 19 de marzo de 2008, referido al proceso de concesiones carcelarias.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 301 del reglamento de la Corporación, corresponde consignar lo siguiente:

I. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN.

La Cámara de Diputados, en sesión 8ª de fecha 19 de marzo de 2008, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 52, N° 1, letra c) de la Constitución Política de la República, ha prestado su aprobación a la siguiente solicitud de cuarenta y ocho señores Diputados:

“La creación de una comisión especial investigadora con el objeto de que, en un plazo no superior a 120 días, estudie el proceso de concesiones carcelarias impulsado por la anterior Administración, determinando las responsabilidades públicas involucradas, el perjuicio económico para las pequeñas y medianas empresas que participaron en estas obras, además del impacto negativo generado en materia de seguridad ciudadana a raíz del incumplimiento de los plazos y metas trazadas bajo el objetivo de elaborar propuestas tendientes a mejorar el mencionado proceso y de informar a la ciudadanía respecto de la realidad carcelaria de Chile.”

II. LABOR DESARROLLADA POR LA COMISIÓN

A. Sesiones realizadas.

Se integró la Comisión con los diputados señores Araya Guerrero, don Pedro; Ceroni Fuentes, don Guillermo; Díaz Díaz, don Marcelo; Egaña Respaldiza don Andrés; Hernández Hernández, don Javier; Jarpa Webar, don Carlos Abel; Latorre Carmona, don Juan Carlos; Rojas Molina, don Manuel, Sepúlveda Hermosillas, don Roberto; Quintana Leal, don Jaime; Vargas Lyng, don Alfonso; Venegas Cárdenas, don Mario y Ward Edwards, don Felipe.

Se constituyó el día 30 de abril del 2008, eligiendo como su Presidente al Diputado don JAVIER HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

La Secretaría de la Comisión estuvo integrada por el Secretario titular, señor Eugenio Foster Moreno y, como Abogado Ayudante, el señor Luis Rojas Gallardo.

Posteriormente, con fecha 15 de mayo del 2008, por razones de orden administrativo de la Corporación, la Secretaría la asumió la Secretaria de Comisiones, doña María Teresa Calderón Rojas, junto al Abogado Ayudante, don Víctor Hellwig Tolosa.

Por último, la Secretaría de la Comisión fue asumida, con fecha 21 de agosto del 2008, por el Secretario de Comisiones, don Miguel Castillo Jerez, junto a la Abogada Ayudante, doña Sylvia Iglesias Campos.

Asimismo, la Comisión contó con la cooperación de la señorita Ximena Guzmán, abogada de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia y de don Guillermo Fernández, Investigador Área Gobierno y Economía, Asesoría Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Por acuerdo de la Sala, la Comisión se constituyó el 30 de abril de 2008, con un plazo para emitir su informe de 120 días, plazo que venció el 23 de octubre de 2008; posteriormente la Sala acordó una prórroga por el plazo de 30 días, venciendo éste el 4 de diciembre de 2008.

Cabe precisar que la Comisión desarrolló su labor en 17 sesiones y dos reuniones en Comité. Además, realizó 3 visitas inspectivas: al Complejo Penitenciario Santiago 1, el 12 de mayo de 2008; al Recinto Carcelario de Antofagasta, los días 5 y 6 de junio de 2008; y al Complejo Carcelario Manzano 2, ubicado en la ciudad de Concepción, el 21 de julio de 2008.

B. Personas escuchadas.

1º Ex Ministro de Obras Públicas, don Jaime Estévez.

2º Ex Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán

3º Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra.

4º Ex Director General de Obras Públicas, señor Carlos Rubilar

5º Directora Nacional de la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas, señora Verónica Serrano.

6º Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, señor Gonzalo Cordua.

7º Ex Director General de Obras del Ministerio de Obras Públicas, señor Patricio Aguilera.

8º Fiscal de Obras Concesionadas, señor Jorge Maureira.

9º Ex coordinadora de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, señora Francisca Castro.

10º Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado.

11º Jefa de la Oficina de Planes y Estudios del Ministerio de Justicia, señora Beatriz Barrera

12º Director Nacional de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Jiménez.

13º Jefe de la Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, señor Marcos Lizana.

14º Presidente Nacional de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP), señor Pedro Hernández.

15º Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza.

17º Subjefa de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes de la Contraloría General de la República, señora María Isabel Carril.

18º Constituyente de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1", señor Manuel Díaz de Valdés Olavarrieta,

19º Abogado de las Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, Valdivia, Antofagasta y Santiago, señor Braulio Sanhueza.

20º Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor Alejandro Aravena.

21º Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor César Larenas.

22º Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Ricardo Chehade.

23º, Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Jorge Mazú.

24º Reverendo Luis Egaña, Capellán de la cárcel de Rancagua.

C. Personas invitadas que no asistieron a la Comisión

1º Ex Ministro de Obras Públicas, señor Javier Etcheverry

Mediante fax de fecha 12 de agosto de 2008, el señor Etcheverry informó las razones por las que no asistiría a la sesión, expresando: "Yo renuncié al Ministerio de Obras Públicas en el mes de diciembre de 2004, quedando todos los antecedentes relacionados con mi actuación como Ministro en poder de ese Ministerio. Al no disponer de ningún antecedente de la materia que incumbe a esa Honorable Comisión Investigadora y no recordar en forma precisa detalles de estos temas, por el tiempo transcurrido. Ruego me excuse por no aceptar la invitación de concurrir a la Comisión.". Se tomó conocimiento.

2º Constituyente de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1", señor Alfonso Raymond Larraín.

A través de fax de fecha 18 de agosto de 2008, el señor Raymond expone los motivos de su inasistencia a la sesión, señalando: "Teniendo en consideración que estoy actualmente conociendo de causas en tramitación ante la Comisión Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, no corresponde que emita pronunciamientos de cualquier clase sobre tales materias. Respecto a la causa ya fallada por sentencia definitiva de 25 de mayo de 2007, hago presente a usted que esa sentencia contiene el pronunciamiento formal de la Comisión Arbitral, por la vía legal apropiada, respecto de los hechos sometidos a su consentimiento y resolución, por lo que me atengo a lo allí expresado y resuelto por decisión unánime de los tres miembros de la Comisión Arbitral. En consecuencia, no me resulta posible acceder a la invitación que se me formula.". Se tomó conocimiento.

3º Juez árbitro y Presidente de la Comisión Conciliadora y Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, señor Antonio Bascuñán Valdés

Se excusó de asistir a la Comisión mediante fax de fecha 18 de agosto de 2008, donde expresó lo siguiente:

"En mi calidad de juez árbitro y Presidente de la Comisión Conciliadora y Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, me encuentro abocado al conocimiento de varios requerimientos planteados por las partes que se encuentran pendientes de resolución, respecto a los cuales estoy impedido de dar opinión, conforme a lo regulado en varias disposiciones contenidas en los artículos 194 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. En relación a las causas acumuladas ya resueltas por esta Comisión, roles Nos. 2120-J, 2129-J, y 2134-J, caratuladas "Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas", los antecedentes se encuentran en el respectivo expediente, actualmente en poder de la Excm. Corte Suprema y la opinión unánime de los miembros de esta Comisión acerca de las materias controvertidas en las mismas consta en la sentencia definitiva dictada por este tribunal arbitral con fecha 25 de mayo de 2007, contenida en el aludido proceso. Por las razones expuestas, agradeceré excusarme de concurrir a la sesión a la que fui invitado.". Se tomó conocimiento.

D. Antecedentes requeridos por la comisión y documentos recibidos en respuesta

Durante el ejercicio de su cometido vuestra Comisión despachó los siguientes oficios, formulando las consultas o requiriendo la información que a continuación se detalla:

Oficio N° 3

Fecha : 8 de mayo de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de antecedentes relativos al proceso de licitación de construcción de cárceles concesionadas y documentación atinente a ese proceso.

Respuesta : Oficio N° 1576, de fecha 5 de junio de 2008, remite antecedentes sobre programa de concesiones de infraestructura penitenciaria, adjuntando además, ORD. N° 1702, del 2 de junio de 2008, del Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, con información referida al proceso de licitación de los contratos de concesión denominados Programas de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupos 1,2 y 3.

Oficio N° 8

Fecha : 13 de mayo de 2008

Destinatario : Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado Curti

Materia : Solicitud de antecedentes entregados, por Gendarmería de Chile, a los organismos sectoriales para los procesos de licitación de cárceles

Respuesta : Oficio N° 3885 del 13 de junio de 2008, en que se solicita aclaración de la información solicitada mediante Oficio N° 8 de esta Comisión, se requiere de US. remitir los antecedentes sobre las Pautas Mínimas de Diseño y Construcción, realizados por la Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, como parte del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria.

Oficio N° 9

Fecha : 13 de mayo de 2008

Destinatario : Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza Zúñiga

Materia : Solicitud de antecedentes sobre sumarios realizados con motivo de licitaciones de cárceles concesionadas.

Respuesta : Oficio N° 34935 de fecha 28 de julio de 2008, mediante el cual se señala que, la unidad de control no ha efectuado sumarios administrativos con motivo de licitaciones de cárceles concesionadas. No obstante, informa que ha elaborado un informe sobre ejecución del programa de infraestructura penitenciaria para el senador Navarro, en el cual se indica que el órgano contralor estima que podría configurarse "la falta de probidad aludida en el artículo 52 de la ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, respecto de los inspectores fiscales involucrados, para lo cual el ministerio de Obras Públicas debe practicar la investigación correspondiente, de cuyo resultado deberá darse cuenta a esta unidad de control".

Oficio N° 21

Fecha : 12 de junio de 2008

Destinatario : Superintendente de Valores y Seguros, señor Hernán Lopez

Materia : Informar en relación a la Constructora “Las Acacias S.A.”, quiénes son los accionistas que la componen y en qué porcentaje, desde su constitución a su fecha de término, capital inicial y sus modificaciones, su fecha de constitución y de término y garantías que se hubieren constituido en su favor por otras sociedades anónimas.

Respuesta : ORD. N° 17887, de la Superintendencia de Valores y Seguros, en relación con la empresa “Las Acacias S. A.”, informando que dicha sociedad no se encuentra sometida a la fiscalización de esa superintendencia. Sin perjuicio de ello, se informa que, de conformidad a lo señalado en la memoria correspondiente al ejercicio del año 2005 por “Sociedad Concesionaria BAS Dos S. A.”, sociedad cuyo objeto único era la construcción, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2. Esta sociedad firmó un contrato de diseño de Ingeniería, suministro y construcción con la Empresa Constructora Las Acacias S. A., la cual estaba formada por Besalco S. A. y Torno Chile Concesiones y Construcciones Limitada. Por último, informa que la Sociedad Concesionaria Bas Dos S. A. no se encuentra actualmente bajo fiscalización de la Superintendencia.

Oficio N° 23

Fecha : 19 de junio de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de copia de las bases generales de licitación para la construcción de cárceles mediante el sistema de concesiones para la construcción del grupo 2 que comprende las cárceles de Concepción y Antofagasta, circulares aclaratorias complementarias a este proceso y copia del convenio mandato celebrado entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Obras Públicas para la ejecución del programa de concesiones de infraestructura penitenciaria.

Respuesta : Oficio N° 2033, de fecha 17 de julio de 2008, mediante el cual remite los siguientes documentos:

- a) ORD. N° 2202 del 9 de julio de 2008, del Coordinador de Concesiones de Obras Públicas al Jefe de Gabinete del Ministro de Obras Públicas, adjuntando el Convenio de mandato entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Obras Públicas.
- b) Decreto exento N° 572, de 30 de noviembre de 2000, por el cual se aprueba el referido convenio.
- c) Bases de licitación del Programa de Concesiones de infraestructura penitenciaria del grupo II correspondientes a Concepción y Valdivia.
- d) Circulares aclaratorias de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal del grupo II.

Oficio N° 24

Fecha : 19 de junio de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de copia de los dictámenes o resoluciones de la Comisión Arbitral, pronunciados en las controversias suscitadas a raíz de la construcción del grupo 2 de concesiones carcelarias, en especial, el referido al que puso término a la concesión de este grupo, si existiere.

Respuesta : ORD. N° 2895 de fecha 2 de octubre mediante el cual remite antecedentes solicitados sobre el Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 2, que incluye:

-ORD. N° 3212 de fecha 15 de septiembre de 2008, del Coordinador de Concesiones de Obras Públicas.

-Copia de las resoluciones de la Comisión Arbitral.

-Copia del Convenio de Extinción de la concesión de la obra pública denominada Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 2.

Oficio N° 30

Fecha : 15 de julio de 2008

Destinatario : Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza Zúñiga

Materia : Reiteración de oficio para que disponga informar sobre la ejecución de sumarios administrativos realizados con motivo de licitaciones de cárceles concesionadas y, en caso afirmativo, se sirva acompañar a esta Comisión los antecedentes respectivos.

Respuesta : Oficio N° 038824, del 19 de agosto de 2008, por el que hace saber que "Por el documento de la referencia se reitera a este organismo la solicitud de informar sobre la ejecución de sumarios administrativos con motivo de las licitaciones de cárceles concesionadas. Al respecto, cumple señalar que mediante Oficio N° 34935, de 2008, de este Organismo Contralor se dio respuesta a lo solicitado por esa Comisión".

Oficio N° 31

Fecha : 15 de julio de 2008

Destinatario : Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza Zúñiga

Materia : Solicitud de antecedentes que obren en su poder, relativos al proceso de licitación para la construcción y operación de cárceles mediante el sistema de concesión de obras públicas.

Respuesta : ORD. N° 41251 de fecha 1 de septiembre de 2008, adjuntando listado individualizado que a continuación se detalla:

"Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria"

Resolución N° 9 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Precalificación del Registro Especial Internacional para el "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria".

Resolución N° 131 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°1 de las bases de precalificación.

Resolución N° 168 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de precalificación.

Grupo I

"Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1"

Contrato de Ejecución de Obra Pública.

Resolución N° 158 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Licitación de la obra pública fiscal "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1", a ejecutar por el sistema de concesiones. Cursada con alcance N° 27.592, de fecha 25 de julio de 2001.

Resolución N° 208 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°1 de las bases de licitación.

Resolución N° 249 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de licitación.

Resolución N° 272 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°3 de las bases de licitación.

Resolución N° 288 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°4 de las bases de licitación.

Resolución N° 291 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°5, de las bases de licitación.

Resolución N° 305 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°6 de las bases de licitación.

Decreto N° 618 de 2002, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudica el contrato de concesión para la Ejecución, Conservación y Explotación de la obra "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo I".

Asesoría a la Inspección Fiscal Programa de Concesiones Infraestructura Penitenciaria Grupo I.

Resolución N° 261 de 2002, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases, Circulares Aclaratorias N° 1, 2, 3 y 4 y adjudica propuesta pública para la "Asesoría a la Inspección Fiscal Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo I". Cursada con alcance por oficio N°10.321, de fecha 14 de marzo de 2003.

Resolución N° 228 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 7 de julio del mismo año, para la reprogramación y disminución de recursos. Devuelta mediante oficio N°39.316, de fecha 10 de septiembre de 2003.

Resolución N° 8 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que deja sin efecto la Resolución N°228, precitada, y aprueba Convenio Ad Referéndum de 27 de noviembre del mismo año, para la reprogramación y disminución de recursos.

Resolución N° 261 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 15 de octubre del mismo año, para la reprogramación y aumento de recursos.

Resolución N° 32 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 11 de febrero del mismo año, para la reprogramación y aumento de recursos.

Resolución N° 108 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 11 de marzo del mismo año, para la reprogramación y aumento de recursos.

Resolución N° 135 de 2005, Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 3 de junio del mismo año, para el aumento de recursos y plazo.

Resolución N° 185 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 1 de agosto del citado año, para el aumento de recursos.

Resolución N° 162 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba liquidación final, disminución de contrato, mayor valor por reajustes, devolución de retenciones y garantías del contrato.

Asesoría de Inspección Técnica a la Explotación de Obras Concesionadas: Programa de Infraestructura Penitenciaria Grupo I

Resolución N° 247 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba las Bases de Licitación para la ejecución de la consultoría denominada "Asesoría de Inspección Técnica a la Explotación de Obras Concesionadas: Programa de Infraestructura Penitenciaria - Grupo 1".

Resolución N° 339 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 352 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de licitación.

Resolución N° 356 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°3 de las bases de licitación.

Resolución N° 67 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que acepta la oferta presentada por la empresa "Ingelog Consultores de Ingeniería y Sistemas S.A."

Resolución N° 374 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 30 de octubre del mismo año, para la reprogramación y aumento de recursos. Devuelta mediante oficio N°7.324, de fecha 13 de febrero de 2007.

Resolución N° 396 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 20 de noviembre del mismo año, para el aumento de recursos y plazo.

Resolución N° 227 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Licitación para la ejecución de la "Asesoría de Inspección Técnica a la Explotación de Obras Concesionadas: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1".

Resolución N° 305 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circulares Aclaratorias N°s1 y 2 de las bases de licitación.

Resolución N° 322 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°3 de las bases de licitación.

Resolución N° 343 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°4 de las bases de licitación.

Resolución N° 400 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que acepta la oferta presentada por el "Consortio Axioma - Cipsa".

Grupo II

"Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2"

Decreto exento N° 786 de 2007, del Ministerio de Justicia, que aprueba convenio de mandato celebrado entre los Ministerios de Justicia y Obras Públicas.

Resolución N° 35 de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Precalificación del Registro Especial Internacional del "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2".

Resolución N° 128 de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°1 de las bases de precalificación.

Resolución N°211 de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de precalificación.

Contrato de Ejecución de Obra Pública

Resolución N°327 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba las Bases de Licitación para la ejecución de la obra "Programa de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 2", a ejecutar por el sistema de concesiones.

Resolución N° 385 de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 12 de 2002, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de licitación.

Resolución N° 89 de 2002, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°3 de las bases de licitación.

Resolución N° 109 de 2002, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°4 de las bases de licitación.

Resolución N° 110 de 2002, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°5 de las bases de licitación.

Decreto N° 2.191 de 2002, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudica contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2", a las empresas "Besalco S.A., Torno Internazionale S.P.A, y Sodexho Chile S.A, que componen el grupo licitante denominado "Consortio B.A.S".

Decreto exento N° 198, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la composición de la Comisión Conciliadora del contrato señalado precedentemente.

Decreto exento N°184, de 2005, del Ministerio de Obras Públicas, que reemplaza miembros titular y suplente, designados por el Ministro de Obras Públicas y establece nueva composición de la Comisión Conciliadora del precitado contrato.

Decreto N° 868 de 2006, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba Convenio de extinción de la concesión de la obra precitada, de fecha 29 de septiembre del mismo año.

Resolución N° 20 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Precalificación del Registro Especial Internacional del "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2".

Resolución N° 138 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de precalificación, cursada con alcance N°35.625, de fecha 7 de agosto de 2007.

Resolución N° 161 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N°2 de las bases de precalificación.

Resolución N° 278 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que revoca las Resoluciones N°S 20, 138, 161, todas de 2007, de ese Servicio.

Asesoría a Inspección Fiscal Concesiones Infraestructura Penitenciaria Grupo II

Resolución N° 28 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que deja sin efecto la Resolución N° 254 de 2003, de esa Dirección, acepta la oferta presentada por la empresa "Cruz y Dávila Ingenieros Consultores LTDA.", aprueba bases, Circulares Aclaratorias N°s 1 y 2, y Convenio Ad Referéndum de 22 de diciembre de 2003.

Resolución N° 108 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 26 de abril del mismo año, para la reprogramación y disminución de recursos.

Resolución N° 157 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 13 de julio del mismo año, para el aumento de recursos y plazo.

Resolución N° 314 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba liquidación final, disminución de contrato, mayor valor por reajustes y devolución de garantías del contrato.

Asesoría Financiera para la Licitación del Programa de Concesiones de infraestructura Penitenciaria Grupo II

Resolución N°330 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases de Licitación privada para la "Asesoría Financiera para la Licitación del Programa de Concesiones de infraestructura Penitenciaria Grupo II". Cursada con alcance mediante oficio N°62.126, de fecha 27 de diciembre de 2006.

Resolución N° 43 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que acepta oferta de la "Consultora IM Trust & Co. Holdings S.A."

Resolución N° 269 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 5 de octubre del mismo año, que modifica el contrato de consultoría ya aludido en este acápite. Retirada mediante oficio N° 1.172 de 2007, del citado Servicio.

Resolución N° 360 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 373 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 2 de las bases de licitación.

Decreto N° 837 de 2007, del Ministerio de Obras Públicas, que declara de emergencia la terminación y ejecución de las obras denominadas "Construcción Centros Penitenciarios de Antofagasta y de Concepción".

Resolución N° 239 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba convenio de contratación mediante trato directo "Proyectos Estructurales de Reparación de Obras Existentes y Obras Complementarias para la Licitación del Término de la Construcción de los Establecimientos Penitenciarios de Antofagasta y Concepción".

Resolución N° 37, de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad-Referéndum de 14 de enero de 2008, que modifica el precitado contrato aprobado por resolución 239, de 2007, de esa Dirección

Grupo III

"Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3.

Resolución N° 9 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, aprueba bases de licitación de la obra "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3". Cursada con alcance por oficio N° 13.398, de fecha 7 de abril de 2003.

Resolución N° 79 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 209 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 2 de las bases de licitación.

Resolución N° 269 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 3 de las bases de licitación.

Resolución N° 307 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 4 de las bases de licitación.

Resolución N° 314 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 5 de las bases de licitación.

Resolución N° 318 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 6 de las bases de licitación.

Resolución N°319 de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 7 de las bases de licitación.

Decreto N° 90 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudica contrato de Concesión para la Ejecución, Conservación y Explotación de la obra "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3", a la empresa "Vinci Construction Grands Projets".

Decreto N° 1.085 de 2006, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba convenio complementario de obra N°1, que modifica el contrato de concesión de la precitada obra concesionada.

Decreto N° 720 de 2007, del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba convenio complementario de obra N°2, que modifica el contrato de concesión de la precitada obra.

Asesoría a Inspección Fiscal Concesiones Infraestructura Penitenciaria Grupo III

Resolución N° 194 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Bases para la ejecución de la "Asesoría a la Inspección Fiscal Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3".

Resolución N° 284 de 2004, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 350 de 2004. de la Dirección General de Obras Públicas, que

Resolución N° 48 de 2005, de la Dirección General de Obras Públicas, que acepta la oferta presentada por la empresa "Cruz y Dávila Ingeniería Consultores Ltda."

Resolución N° 170 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 1 de agosto del mismo año, para el aumento de recursos y plazo.

Resolución N° 33 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 12 de enero del citado año, para el aumento de recursos y plazo.

Resolución N° 65 de 2007, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 5 de marzo del mismo año, para el aumento de recursos y plazo de ejecución.

Asesoría a la Inspección Técnica a la Explotación de Obras Concesionadas: Concesiones Infraestructura Penitenciaria Grupo III

Resolución N° 288 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas aprueba bases a la "Asesoría de Inspección Técnica a la Explotación de Obras Concesionadas: Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3".

Resolución N° 320 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 1 de las bases de licitación.

Resolución N° 344 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 2 de las bases de licitación.

Resolución N° 368 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Circular Aclaratoria N° 3 de las bases de licitación.

Resolución N° 381 de 2006, de la Dirección General de Obras Públicas, que acepta la oferta presentada por la empresa "Ingelog Consultores de Ingeniería y Sistemas S.A."

Resolución N° 201 de 2008, de la Dirección General de Obras Públicas, que aprueba Convenio Ad Referéndum de 20 de mayo del mismo año, para la reprogramación de recursos del contrato.

Oficio N° 41

Fecha : 12 de agosto de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de copias de los siguientes documentos:

a) El fallo de la Comisión Arbitral del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1, con todos sus antecedentes, integrado por Manuel Díaz de Valdés, en representación del MOP; Alfonso Reymond, representando a BAS, y Antonio Bascuñan, elegido por consenso, en mayo de 2007, que condenó al Ministerio a pagar 3,2 millones de UF a la empresa concesionaria.

b) El acta de la primera reunión entre BAS S.A. y el inspector fiscal, Jorge Maureira, el 9 de agosto de 2002, en la cual consta que fue la propia concesionaria la que solicitó cambios en el proyecto y que especifica que "los cambios no significan un aumento en el monto global de la inversión".

Respuesta : ORD. N° 2743 de fecha 15 septiembre de 2008, del Ministro de Obras Públicas (S), por el que remite antecedentes solicitados respecto del programa de concesiones de infraestructura penitenciaria Grupo 1. Adjunta, además, sentencia Comisión Arbitral, Rol 2120-J, Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas.

Oficio N° 42

Fecha : 12 de agosto de 2008

Destinatario : Presidente de la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados, Diputado señor Mario Venegas Cárdenas.

Materia : Solicitud de antecedentes a la Comisión de Obras Públicas de que disponga relativos a esta investigación.

Respuesta : Oficio N° 301/2008 de fecha 9 de septiembre de 2008, del Presidente de la Comisión de Obras Públicas, por el cual informa que “la Sala acordó, mediante el proyecto de acuerdo N° 314-D, de 4 de abril de 2007, mandar a la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, para que, para que, en un plazo de 30 días, estudie las modificaciones a la ley general de concesiones, entre empresas, concesionarios de obras públicas y las respectivas empresas contratistas y subcontratistas. Al respecto, se informa que la Comisión no pudo dedicarse al estudio de dicho proyecto de acuerdo, por encontrarse abocada a la tramitación de los proyectos de ley relativos al Transantiago”.

Oficio N° 46

Fecha : 14 de agosto de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de copia de las Actas del Consejo de Concesiones, creado por el ex Ministro señor Jaime Estevez.

Respuesta : ORD. N° 2741 de fecha 15 de septiembre de 2008, del Ministro de Obras Públicas (S), mediante el cual remite antecedentes solicitados y adjunta archivo magnético que contiene las actas del Comité Comisiones Conciliadoras, Arbitrales y Convenios Complementarios.

Oficio N° 51

Fecha : 2 de septiembre de 2008

Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra

Materia : Solicitud de copia de un informe en derecho, elaborado por la señora Olga Feliú, a petición del ex Ministro Estevez, como, también, el informe de ingeniería, realizado por el señor Jorge Piddo, en relación con el grupo II de establecimientos penitenciarios.

Respuesta : ORD. N° 3415 de fecha 19 de noviembre de 2008, del Ministro de Obras Públicas, por el cual remite antecedentes solicitados respecto de infraestructura penitenciaria Grupo 1 y 2. Asimismo, adjunta ORD. 3846 de fecha 12 de noviembre de 2008 del Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, que incluye:

-Informe en Derecho elaborado por la Sra, Olga Feliú.

-Informe Final Ingeniería, realizado pro Jorge Piddo, relativo al Grupo 2 de Establecimientos Penitenciarios.

Oficio N° 56

Fecha : 9 de septiembre de 2008

Destinatario : Presidente del Consejo de Defensa del Estado, señor Carlos Mackenney Urzúa

Materia : Solicitud de antecedentes de que disponga respecto de los procesos en los que ha tenido participación el Consejo de su dirección.

Respuesta : ORD. N° 5463 de fecha 6 de octubre de 2008, del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, por el cual remite antecedentes sobre las

demandas relativas al proceso de concesiones carcelarias. Asimismo, adjunta, listado y 4 archivadores con antecedentes.

Oficio N° 57

Fecha : 4 de septiembre de 2008
Destinatario : Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, señor Urbano Marin Vallejo
Materia : Solicitud a esa Excma. Corte copia del expediente de las causas acumuladas roles N° 2120-J, 2129-J, 2134-J, caratuladas "Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas".
Respuesta : Oficio N° 406 de fecha 16 de septiembre de 2008, del Presidente de la Corte Suprema, por el cual hace saber, que esos antecedentes fueron devueltos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

PENDIENTES

Oficio N° 5

Fecha : 8 de mayo de 2008
Destinatario : Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado Curti
Materia : Solicitud de todos los antecedentes relacionados a la situación carcelaria en el país.
Respuesta : Pendiente a la fecha

Oficio N° 10

Fecha : 15 de mayo de 2008
Destinatario : Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado Curti
Materia : Solicitud de datos sobre población penal y su evolución en cada cárcel concesionada; capacidad de internos, porcentaje de ampliación de cada una y además sobre el sistema de multas por exceso de internos, montos, cantidad cursada en cada cárcel.
Respuesta : Pendiente a la fecha

Oficio N° 22

Fecha : 17 de junio de 2008
Destinatario : Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado Curti
Materia : En respuesta al Oficio N° 3885, de 13 de junio de 2008, en que se solicita aclaración de la información solicitada mediante Oficio N° 8, de esta Comisión, se requiere de US. remitir los antecedentes sobre las Pautas Mínimas de Diseño y Construcción, realizados por la Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, como parte del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria.
Respuesta : Pendiente a la fecha

Oficio N° 34

Fecha : 31 de julio de 2008
Destinatario : Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra
Materia : Solicitud de remisión de lista de las empresas que efectuaron asesorías a la inspección fiscal, como, también, los nombres de las personas

que desarrollaron las mencionadas asesorías en cada uno de los grupos de las obras del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria.

Respuesta : Pendiente a la fecha

Oficio N° 58

Fecha : 10 de septiembre de 2008

Destinatario : Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, señor Juan Escobar Zepeda.

Materia : Solicitar a esa Ilustrísima Corte, copia del expediente de las causas acumuladas roles N° 2120-J, 2129-J, 2134-J, caratuladas "Sociedad Concesionaria BAS S.A. con Ministerio de Obras Públicas".

Respuesta : Pendiente a la fecha. Se hace presente que similar solicitud se le hizo a la Excm. Corte Suprema de la cual se acusó recibo mediante Oficio N° 57 de esta Comisión.

Oficio N° 63

Fecha : 8 de octubre de 2008

Destinatario : Presidente Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1", señor Antonio Bascuñan Valdés.

Materia : Solicitud de copia con la opinión de los expertos señores Sergio Merino Gómez y José Alberto Bravo Lyon, que sirvieron de base para el informe final de esa Comisión Arbitral.

Respuesta : Sin respuesta.

E. Información remitida a la Cámara de Diputados

Los siguientes oficios fueron despachados por la Oficina de Informaciones de esta Corporación, en virtud del artículo 9 de la ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, en concordancia con el artículo 1º de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, en relación a la construcción de cárceles concesionadas.

Oficio N° 498

Fecha : 22 de mayo de 2008

Destinatario : Director Nacional de Gendarmería de Chile

Materia : Solicita opinión, en base a estándares técnicos de calidad que maneja la institución, sobre las nuevas instalaciones carcelarias de los Grupos 1 (Rancagua, La Serena, Iquique), 2 (Antofagasta y Concepción) y 3 (Santiago, Valdivia y Puerto Montt). Además, se solicita estadísticas sobre suicidios en a las nuevas cárceles.

Respuesta : Oficio Ordinario 14.00.00.1735 de fecha 4 de julio del año 2007, de don Alejandro Mardones, Director Nacional de Gendarmería al Jefe de la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, en que se emite opinión técnica y se adjunta nómina de reclusos que se han suicidado.

Oficio N° 499

Fecha : 22 de mayo de 2007

Destinatario : Subsecretario de Obras Públicas

Materia : Solicita la remisión de antecedentes sobre las nuevas instalaciones carcelarias de los Grupos 1 (Rancagua, La Serena, Iquique), 2 (Antofagasta y Concepción) y 3 (Santiago, Valdivia y Puerto Montt), específicamente:

Individualización de las que las empresas que se adjudicaron cada grupo, sub empresas creadas por BAS S.A. y multas aplicadas a ésta.

Información sobre empresas subcontratadas, montos impagos, fechas de contratos y montos involucrados.

Monto total perdido por el Fisco con motivo del incumplimiento y atraso de las obras de cárceles concesionadas.

Número de empresas y montos pagados por el Fisco por concepto de término anticipado del contrato de concesión

Individualización de funcionarios a los que correspondía la fiscalización de las obras en las cárceles.

Respuesta : Oficio 2367, de fecha 6 de julio del 2007, de don Juan Eduardo Saldivia, Subsecretario de Obras Públicas al Jefe de la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados, en que se remiten los antecedentes requeridos.

III. ANTECEDENTES GENERALES

A) Marco regulatorio en materia de concesiones

El artículo 39 de la Ley General de Concesiones define “Obra pública fiscal” como cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio. El Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, salvo el caso en que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, Municipio o empresa pública u otro organismo integrante de la administración del Estado. En estos casos, dichos entes públicos pueden delegar mediante **convenio de mandato** suscrito con el Ministerio de Obras Públicas¹, la entrega en concesión de tales obras o bienes, bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por la Ley de Concesiones. En estos casos se entiende incluido en dicho convenio la totalidad del estatuto jurídico de concesiones de obras públicas, esto es el procedimiento de licitación y adjudicación, y la ejecución, conservación y explotación, y las facultades, derechos y obligaciones emanados de la Ley de Concesiones.

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

En todo caso, la entidad pública que suscriba el convenio debe aprobar las bases de licitación con anterioridad al llamado a licitación. Si dentro de los 30 días corridos desde el ingreso de las bases en las oficinas de dicho

¹ Artículo 39 de la Ley de Concesiones y artículo 96 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

organismo, no se reciben observaciones en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, se entenderán aprobados los documentos de licitación por parte del organismo respectivo.

A.1. Normas aplicables a las concesiones de obra pública

Las concesiones de obra pública, tienen una normativa legal única y de amplia aplicación. Por una parte, la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales, se rige por el sistema establecido en el Artículo 87° del Decreto Supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas. A su vez, las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, sea de explotación de las obras y servicios, o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se rigen por las normas contenidas en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, y en el Reglamento de dicha Ley, aprobado por medio de D.S. N° 956, de 6 de octubre de 1997, del MOP.

Sin perjuicio de las normas señaladas, cada concesión se rige también por normas contenidas en las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabora al efecto, y sus circulares aclaratorias, la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario y el decreto de adjudicación respectivo.

La Ley de Concesiones establece que la adjudicación de las concesiones debe efectuarse vía licitación pública, nacional o internacional.

A.2 Concesiones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de las áreas de servicios

Las resoluciones que el Ministro de Obras Públicas dicte para otorgar concesiones de uso o goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, cuya administración corresponda al Ministerio o a otras autoridades, a los concesionarios de explotación, para desarrollar las áreas de servicios que se convengan, deben contener, al menos, lo siguiente:

- a) Individualización del concesionario;
- b) Individualización del bien objeto de la concesión, indicando su superficie, deslindes y servicios a que estará afecto, y
- c) Duración de la concesión.

Esas resoluciones deben dictarse a petición de los concesionarios de explotación, en uno o más actos, y respecto de la totalidad o parte de los bienes convenidos. Si se trata de bienes de uso público o fiscales cuya administración está entregada a otras autoridades, o respecto de las cuales la legislación vigente requiera la intervención de otros organismos, se necesita informe previo de dicha autoridad u organismo, el que debe ser recabado y emitido antes de la dictación del decreto supremo de adjudicación del contrato. (Convenio mandato, Ordinario 2033 del MOP al p de la Cámara, 17 de julio del 2008)

Estas concesiones son accesorias a la explotación de la obra respectiva, en consecuencia, se extinguen por el solo ministerio de la ley, cuando ésta expire por cualquier causa. La resolución que las otorgue habilita al concesionario para usar y gozar del bien respectivo, sirviéndole de título suficiente para hacer valer su derecho frente a terceros.

El concesionario está facultado para explotar el o los bienes objeto de la concesión, por cuenta propia o por terceros, quedando, en todo caso, como único responsable ante el Ministerio de Obras Públicas.

A.3 Etapas de la licitación

I. Etapa precontractual o “actuaciones preparatorias” de la licitación:

Se constituye por la **precalificación de licitantes**²;, que es un proceso facultativo para el MOP y previo a la licitación pública nacional o internacional de los proyectos concesión de obra pública o de un conjunto de ellos, cuando a su juicio la obra u obras revistan especiales características de complejidad, magnitud o costo. En este caso, el Ministerio de Obras Públicas debe enviar las bases de precalificación al Ministerio de Hacienda, el que puede pronunciarse en el plazo de 30 días. Pero no se exige su aprobación. A la Contraloría General de la República no le corresponde pronunciarse acerca de la conveniencia de llamar a precalificación, sino solamente controlar la legalidad de dicho llamado y la posterior licitación.

El llamado a precalificación debe contener, a lo menos, el plazo y lugar para el retiro de las bases de precalificación, la materia u objeto del proyecto de concesión y el plazo para presentar los antecedentes. Los llamados a precalificación deben publicar al menos, por una vez en el Diario Oficial y otra en un diario de circulación nacional. Una vez realizada la precalificación el MOP puede desistirse de la licitación del proyecto sin indemnización alguna para los precalificados.

II. La licitación

Comienza con un Prospecto de Inversión, que es un documento elaborado por el MOP que resume las características técnicas de la obra que se desea entregar en concesión, las condiciones del servicio que se prestará y los montos aproximados de inversión.³

a) Bases de Licitación⁴:

Se trata de un conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con que se hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión

Las Bases de Licitación comprenden las bases administrativas, las bases técnicas y las bases económicas, y deben contemplar, al menos, las siguientes materias⁵:

- a) Descripción de la obra pública fiscal que se licita.
- b) Determinación de la normativa que rige el contrato.

² Artículo 13 del Reglamento de Ley de Concesiones

³ Artículo 3º N° 23 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

⁴ Artículo 3º N° 4 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

⁵ Artículo 17 del Reglamento de Concesiones.

- c) Forma, fecha, hora y lugar de la presentación de las ofertas, requisitos a cumplir por los licitantes, y antecedentes que se deben entregar en las ofertas técnica y económica.
- d) Presupuesto oficial de la obra.
- e) Régimen de garantías, su naturaleza y cuantía, indicando los plazos en que deben constituirse. Deben considerarse, entre otras, garantías de seriedad de la oferta, de construcción y de explotación de la obra.
- f) Plazos para consultas y aclaraciones sobre las bases de licitación.
- g) Sistemas de evaluación de las ofertas y procedimiento de adjudicación.
- h) Condiciones económicas de la concesión.
- i) Multas y sanciones por incumplimiento del contrato de concesión.
- j) Si se trata de un proyecto de iniciativa privada, la identidad del postulante y premio al que tiene derecho en la evaluación de la oferta y reembolso de los costos de los estudios, si procede.
- k) Especificación de la obra que se entrega en concesión y de las obras adicionales incluidas en las bases de licitación, para su operatividad y requerimientos técnicos mínimos para su diseño, ejecución y conservación y para la explotación del servicio, si corresponde, y las exigencias ambientales que afectan al proyecto.
- l) Pagos que el concesionario deberá realizar al Fisco, si los hubiere.
- m) Pagos que el Fisco deberá realizar al concesionario, si los hubiere.
- n) Si la inversión y la construcción se realizará en una o varias etapas, durante el periodo de vigencia del contrato de concesión, de conformidad al cumplimiento de los niveles de servicio previamente establecidos. Si nada se establece en las bases, se entiende que debe realizarse en una sola etapa.
- o) Toda otra estipulación que sea necesario o conveniente incluir en virtud de lo establecido en la Ley de Concesiones y su Reglamento.

Las bases deben ser aprobadas por la Dirección General de Obras Públicas, y en forma previa al llamado a licitación deben ser aprobadas por el Ministerio de Hacienda. Para ello el MOP debe remitir⁶:

- a) Al Ministerio de Hacienda las Bases de Licitación y el Prospecto de Inversión, a fin de que aprueben formalmente sus términos. Si dentro de los 30 días desde el ingreso de las mismas en la oficina de partes del Ministerio de Hacienda no se reciben observaciones en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, se entienden aprobados dichos documentos. El plazo se suspende cada vez que el Ministerio de Hacienda efectúe observaciones o solicite información al MOP. El MOP debe acompañar los estudios y documentos que respaldan o fundamentan el contenido de las bases de licitación.

⁶ Artículo 14 N° 3

b) Al Presidente de la República, un resumen de las características generales de la concesión y un plano indicando su ubicación geográfica, para su aprobación. Si la obra se realiza en zonas fronterizas, el Presidente de la República debe remitir los antecedentes al Consejo de Seguridad Nacional.

Las Bases de Licitación también requieren de toma de razón por la Contraloría General de la República en el mismo acto de la adjudicación o en un acto administrativo especial con dicho objeto, pues se encuentran sujetas al control preventivo de juridicidad.⁷

b) Llamado a Licitación⁸:

Es el acto por el cual el Director General de Obras Públicas, por sí o mediante delegación en el Director del Servicio o en los Secretarios Regionales Ministeriales de las regiones donde se realice el proyecto, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases de licitación, formulen ofertas. Debe contener, a lo menos, la materia u objeto de la concesión, el plazo y lugar para el retiro de las bases y la fecha, hora y lugar de entrega de las ofertas técnica y económica. Deben publicarse al menos por una vez en el Diario Oficial y otra en un diario de circulación nacional. No obstante, si hubo precalificación del proyecto y solamente puedan presentar ofertas los licitantes precalificados, se entenderá ya efectuado el llamado público.

Una vez realizado el llamado, el MOP tiene la obligación de continuar el proceso licitatorio hasta la adjudicación del contrato o la desestimación de las ofertas, debiendo fundamentar esta última decisión.

Las licitaciones pueden ser nacionales o internacionales, y a ellas pueden presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, consideradas individualmente o dentro de un grupo licitante, que cumplan los requisitos y exigencias que establezca el Reglamento⁹:

a) Que no les afecten impedimentos legales o las inhabilidades para celebrar contratos de esta naturaleza:

1.- Personas condenadas o sometidas a proceso por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, o ser fallidos no rehabilitados. Estas causales no son aplicables transcurridos 2 años desde el término del cumplimiento de la pena o de la rehabilitación, según corresponda.

2.- En el caso de las personas jurídicas la inhabilidad se produce si esas hipótesis afectan a uno o más de sus directores o socios con facultades de administración.

3.- Personas naturales o jurídicas que hayan formado parte, en el momento de la respectiva declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, del grupo controlador de una sociedad concesionaria a la que se le haya

⁷ Dictamen N° 009537, de 21 de abril de 1992 de Contraloría General de la República.

⁸ Artículo 14 del Reglamento de Concesiones.

⁹ Artículo 4^a de la Ley de Concesiones en relación con el artículo 15 de su Reglamento.

declarado la extinción de la concesión por dicha razón. Esta causal no será aplicable transcurrido el plazo de 5 años desde la extinción del contrato.

b) Que cumplan con los requisitos y exigencias generales vigentes sobre la materia contenidos en el D.F.L. MOP N° 850, de 1997, en la Ley de Concesiones, en su Reglamento y en las bases de licitación.

La ley contempla un procedimiento¹⁰ para formular consultas y aclaraciones sobre las Bases de Licitación que puede sintetizarse en lo siguiente:

1.- Deben ser formuladas al Director General de Obras Públicas o a quién hubiera realizado el llamado, por medio de un documento que debe ser ingresado a la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas, Servicio o Secretarías Regionales Ministeriales competentes en el plazo señalado en las bases de licitación.

2.- Las respuestas a las consultas de los licitantes y las aclaraciones, rectificaciones, enmiendas o adiciones que el MOP haga a las bases de licitación, deben ser incluidas en comunicaciones denominadas circulares aclaratorias, dirigidas a todos los licitantes, con una antelación mínima de 10 días a la fecha de apertura de la oferta técnica. Si el MOP efectúa modificaciones en un plazo menor a 10 días, debe cambiar la fecha de recepción y apertura de la oferta técnica a una fecha posterior en, a lo menos, 10 días a la última modificación. Las circulares aclaratorias deben ser puestas a disposición de los licitantes en el lugar indicado en las bases de licitación.

3.- Las circulares aclaratorias que modifiquen las Bases de Licitación deben estar visadas por el Ministerio de Hacienda.

III. La oferta

La oferta es el conjunto de documentos que el licitante presenta, teniendo en cuenta lo solicitado en las Bases de Licitación, estableciendo ciertas condiciones técnicas y económicas con las que estarían dispuestos a adjudicarse la concesión.

A) Oferta Técnica:

Como mínimo deben ser acreditados los siguientes antecedentes generales¹¹:

a) Identificación del oferente (Cédula de Identidad, domicilio, escritura pública de constitución, certificado de vigencia etc.)

b) Declaración Jurada sobre ausencia de impedimentos o inhabilidades y sobre acatamiento de todas las disposiciones inherentes al proceso de licitación y adjudicación de la concesión y a las normas establecidas en la Ley de Concesiones, en su Reglamento y en las Bases de Licitación.

¹⁰ Artículo 18 de la Ley de Concesiones.

¹¹ Artículo 6° de la Ley de Concesiones.

c) Garantía de seriedad de la oferta.

La evaluación de las ofertas está a cargo de la Comisión de Evaluación de las Ofertas que debe estar formada, a lo menos, por un profesional representante del Director General de Obras Públicas, uno del Jefe del Servicio que corresponda a la obra, uno del Ministro de Obras Públicas y uno designado por el Ministro de Hacienda.

Los aspectos técnicos sobre los que debe pronunciarse la Comisión de Evaluación son los indicados en las bases de licitación. Cada uno de sus integrantes debe asignar a cada aspecto a evaluar una nota de 1 a 7, sin decimales, según su propio criterio y fundamentada en un formulario especial elaborado por la DGOP. La nota final obtenida por los oferentes corresponde al promedio ponderado de todas las notas asignadas a cada uno de los aspectos, según las ponderaciones indicadas en las bases de licitación, calculadas con un solo decimal.

B) Oferta Económica:

La oferta económica debe contener la proposición y los antecedentes bajo los cuales el licitante está dispuesto a tomar la concesión de la obra, en función de alguno o algunos de los factores establecidos en el artículo 7º de la Ley de Concesiones., según se señale en las bases de licitación.

Las ofertas deben ser recibidas¹² en un acto público por la Comisión de Apertura que debe estar formada, a lo menos, por el Director General de Obras Públicas o su representante, el Jefe Superior de la Dirección del MOP que corresponda a las obras a ejecutar o su representante y los Secretarios Regionales Ministeriales de la región o regiones en que se desarrollará el proyecto o la persona que él o ellos designen. Las bases de licitación pueden considerar miembros adicionales. En el acto de apertura deben recibirse las ofertas técnicas y económicas, y abrirse solamente el sobre de la Oferta Técnica de cada licitante para verificar si se han incluido todos los antecedentes solicitados.

La Comisión de Evaluación debe verificar si los antecedentes presentados en la oferta económica se ajustan a las bases de licitación y asignar un puntaje a las mismas, considerando uno o más de los siguientes factores, evaluados según el sistema establecido en las bases de licitación¹³:

- a) estructura tarifaria,
- b) plazo de concesión,
- c) subsidio del Estado al oferente,
- d) pagos ofrecidos por el oferente al Estado, si éste entrega bienes o derechos para ser utilizados en la concesión,
- e) ingresos garantizados por el Estado,

¹² Artículo 21 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

¹³ Artículo 7º de la Ley de Concesiones.

- f) grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor,
- g) fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión,
- h) puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica de acuerdo a las bases de licitación,
- i) oferta de reducción de tarifas al usuario, del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. Esta oferta sólo puede realizarse en las licitaciones en las que el Estado garantice ingresos,
- j) calificación de otros servicios adicionales útiles y necesarios,
- k) consideraciones ambientales y ecológicas (ruidos, belleza escénica en el caso del trazado caminero, plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados), evaluadas por expertos y habida consideración de su costo en relación al valor total del proyecto, y
- l) ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. Este factor debe ser usado sólo en forma excepcional, su resolución debe ser fundada, y no puede ser utilizado en conjunto con los factores señalados en las letras a), b) o i) anteriores.

La Comisión de Evaluación debe levantar un Acta de Calificación, que debe ser firmada por todos sus integrantes, estableciendo el orden de los licitantes en función del puntaje final obtenido. El acta debe ser entregada al DGOP dentro del plazo máximo de 30 días, desde la apertura de la oferta económica. El DGOP, con el Visto Bueno del Ministro de Hacienda, puede desestimar fundadamente todas las ofertas presentadas, sin que proceda recurso o reclamación sobre esta decisión y sin indemnización alguna para los licitantes.

IV. Adjudicación¹⁴

Dentro del periodo de validez de la oferta, el Director General de Obras Públicas debe comunicar por escrito al licitante que obtuvo el puntaje mayor, mediante carta certificada, la intención de adjudicarle la concesión.

El adjudicatario debe, en el plazo que indique dicha comunicación, renovar la garantía de seriedad de la oferta por el plazo que se determine y mantenerla vigente hasta la entrega de la garantía de construcción o explotación, según corresponda.

La adjudicación del contrato se resuelve por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que debe llevar, además, la firma del Ministro

¹⁴ Artículo 28 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

de Hacienda. El contrato se perfecciona una vez publicado en el Diario Oficial el decreto supremo de adjudicación¹⁵.

El decreto de adjudicación debe contener, al menos, lo siguiente¹⁶:

- a) Individualización del adjudicatario.
- b) Bases de licitación y la oferta técnica y económica aceptada.
- c) Individualización de la normativa que se entiende incorporada al contrato.
- d) Individualización de anexos que forman parte integrante del contrato.
- e) Descripción del servicio a prestar por el concesionario y su ubicación geográfica.
- f) Plazo de duración de la concesión.
- g) Estructura tarifaria.
- h) Obligaciones y derechos del concesionario.
- i) Garantías y multas que correspondan.
- j) Beneficios que se incluyen como compensación por los servicios ofrecidos.
- k) Compromisos que asume el Estado.
- l) Servicio del MOP que fiscalizará el contrato.
- m) Bienes nacionales de uso público que serán destinados a áreas de servicio.
- n) Cualquier otra cláusula de acuerdo a las bases de licitación.

El adjudicatario queda obligado a¹⁷:

a) Constituir legalmente una sociedad concesionaria, dentro del plazo fatal fijado por las bases de licitación, que no puede ser inferior a 60 días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del decreto supremo de adjudicación del contrato de concesión. Su nombre debe incluir las palabras "sociedad concesionaria", su objeto es determinado en las bases de licitación de acuerdo a las características de las obras licitadas y su duración debe ser, como mínimo, el plazo de la concesión, más 2 años. El capital suscrito y pagado de la sociedad concesionaria, al momento de su constitución debe ser, al menos, equivalente al 20% del presupuesto oficial estimado por el MOP para la obra, salvo que las bases de licitación fijen un monto o porcentaje mínimo diferente.

El adjudicatario de la concesión debe tener como mínimo un 51% de los derechos de la sociedad concesionaria y se obliga a no transferirlos, durante el periodo de construcción, sin autorización del MOP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21° de la Ley de Concesiones.

¹⁵ Artículo 8 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

¹⁶ Artículo 29 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

¹⁷ Artículo 9 de la Ley de Concesiones

b) Suscribir ante notario tres transcripciones del decreto supremo de adjudicación de la concesión, en señal de aceptación de su contenido. Una de las transcripciones debe ser entregada al Departamento de Concesiones de la Dirección General de Obras Públicas, y otra a la Fiscalía del MOP, conjuntamente con una copia autorizada de la protocolización. Las transcripciones así suscritas harán fe respecto de toda persona y tendrán mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo.

V. Contrato de concesión

La sociedad concesionaria debe constituir garantías de construcción - que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario durante la etapa de construcción- y de explotación -debe ser constituida antes de la entrada en servicio de la obra, total o parcialmente, susceptible de explotación independiente. El MOP puede hacer efectivas estas garantías total o parcialmente, en los casos de incumplimiento del contrato y, en particular, en los siguientes:

- a) Celebración, por parte de la sociedad concesionaria, de algún tipo de acto o contrato sin la autorización del MOP cuando ésta sea exigida por la Ley de Concesiones, su Reglamento o las bases de licitación.
- b) Incumplimiento de las sanciones o multas impuestas durante la concesión.
- c) No constitución o no reconstitución de las garantías y pólizas de seguros establecidas en las bases de licitación, en los plazos debidos.
- d) Retrasos en los pagos que la sociedad concesionaria tenga que realizar al Fisco, establecidos en el contrato de concesión.
- e) Incumplimiento de las obligaciones del concesionario con terceros, cuando el MOP sea declarado subsidiariamente responsable.
- f) Cualquier otro incumplimiento del contrato, según lo establecido en las bases de licitación.

Por otra parte, la sociedad concesionaria debe tomar pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de concesión. Las sumas percibidas producto de los seguros por catástrofes deben ser destinadas a la reconstrucción de la obra, salvo que las partes acuerden destinarlas a otros fines u obras propias del contrato de concesión.

A.4 Desarrollo del contrato de concesión

A.-Etapa de Construcción¹⁸:

Esta etapa se rige por lo dispuesto en el Reglamento y las bases de licitación y comprende:

- a) La realización de los estudios previstos en las bases de licitación.

¹⁸ Artículo 49 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

- b) La construcción de las obras señaladas en las bases de licitación.
- c) El mantenimiento y reparación de las obras preexistentes en el estándar que dispongan las bases de licitación, desde el inicio del contrato.
- d) El uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a:
 - desarrollar la obra entregada en concesión.
 - áreas de servicios.

Ejecución de la Obra¹⁹:

La obra debe ejecutarse conforme a las bases de licitación y a la oferta del adjudicatario. La concesionaria debe presentar, para la aprobación del inspector fiscal, todos los documentos exigidos en aquellas. El concesionario está obligado a concluir las obras y ponerlas en servicio en las fechas y plazos totales o parciales que indiquen las bases de licitación o en su oferta, según corresponda: Las bases de licitación deben indicar sanciones y/o multas a beneficio del MOP por los incumplimientos, según el caso.

Si durante la construcción de la obra se produjeran atrasos debidos a caso fortuito o fuerza mayor, la sociedad concesionaria debe presentar al inspector fiscal su justificación por escrito, dentro de los siguientes 30 días de producidos y, en todo caso, dentro del plazo vigente, cumplido el cual no debe aceptarse justificación alguna. El DGOP, previo informe del inspector fiscal, debe analizar las razones justificatorias invocadas y decidir la aceptación o rechazo de la ampliación solicitada.

Si el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento en el plazo igual al período de entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

Posibilidad de modificación de las características de las obras y servicios contratados:

Las posibilidades de modificación de las características de las obras y servicios contratados contemplados en la ley son las siguientes²⁰:

1º El MOP, a propuesta del DGOP o de la sociedad concesionaria²¹ puede sustituir obras o realizar obras adicionales, durante la etapa de construcción, que no impliquen modificación en las condiciones económicas del contrato, utilizando uno de los siguientes procedimientos:

- a) Sustituir obras incluidas dentro del contrato por otras distintas que tengan valores equivalentes. Las bases de licitación deben determinar un

¹⁹ Artículo 50 del Reglamento de la Ley de Concesiones

²⁰ Artículo 19 de la Ley de Concesiones

²¹ Artículo 68 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

porcentaje máximo del presupuesto oficial de la obra, no superior al 5% de la misma, que podrá ser compensado.

b) Realizar obras adicionales de carácter menor, en beneficio de los usuarios y la comunidad, por un valor máximo determinado en las bases de licitación. En todo caso, dichas obras no pueden afectar al cobro de tarifas por parte de la sociedad concesionaria. El monto de dichas obras debe ser aprobado y pagado directamente por el MOP en la forma que indiquen las bases de licitación.

2º El MOP puede modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados²², mediante decreto supremo fundado, expedido por el MOP, con la firma adicional del Ministro de Hacienda.

En este caso se debe indemnizar al concesionario en caso de perjuicio; las controversias que se susciten acerca de la indemnización deben resolverse de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley (Comisión Conciliadora).

El DGOP, a través del inspector fiscal, debe comunicar al concesionario las obras y servicios a modificar, las que deben ser valoradas conforme al procedimiento indicado en las bases de licitación.

Si las bases de licitación no señalan otra cosa, el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar no puede exceder el 15% del monto total de la inversión inicial.

El Ministerio puede modificar las obras en concesión en el plazo máximo que las bases de licitación señalen. Si no está determinado, el MOP no puede hacerlo en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

3º Modificaciones a las Obras por Acuerdo entre los Contratantes²³:

En este caso debe suscribirse un convenio complementario al contrato de concesión, conteniendo las particulares condiciones de realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión. El Ministerio está facultado para incluir como compensación, uno o varios de esos factores a la vez.

El convenio complementario debe aprobarse, previo informe de la respectiva Dirección, mediante decreto supremo del MOP, con la firma adicional del Ministro de Hacienda.

Revisión y modificación del sistema tarifario²⁴:

Las bases de licitación deben establecer la forma y el plazo en que el concesionario puede solicitar la revisión del sistema tarifario, de su

²² Artículo 69 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

²³ Artículo 70 del Reglamento de la Ley de Concesiones

²⁴ Artículo 19 de la Ley de Concesiones y artículo 71 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. Si las bases no contemplan estas materias, las controversias que se susciten entre las partes deben resolverse conforme al procedimiento contemplado en el artículo 36 de la Ley (Comisión Conciliadora).

Las modificaciones deben hacerse mediante decreto supremo fundado del MOP, que debe llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

B.- Etapa de Explotación :

Autorización de Puesta en Servicio Provisoria²⁵:

El concesionario puede solicitar la puesta en servicio provisoria, total o parcial de la obra, si así lo estipulan las bases de licitación, presentando su solicitud en la oficina de partes de la DGOP, entidad que debe aprobar o rechazar la solicitud en un plazo máximo de 30 días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Si la obra es aprobada, el DGOP, mediante resolución, autorizará la puesta en servicio provisoria del total o parte de la obra, si así lo establecen las bases de licitación, comenzando la etapa de explotación.

Puesta en Servicio Definitiva²⁶:

La concesionaria debe solicitar la recepción de la puesta en servicio definitiva de la obra dentro del plazo establecido en las bases de licitación, el que no puede ser superior a 1 año, a contar de la autorización de la puesta en servicio provisoria de la totalidad de la obra. Las bases pueden establecer requisitos y condiciones para autorizar la puesta en servicio. Presentada la solicitud debe designarse una Comisión integrada por:

- un representante del Director General de Obras Públicas,
- uno del Servicio correspondiente, y
- una persona designada por el Ministro de Obras Públicas.

Si las obras se encontraren incompletas o defectuosas, debe dejarse constancia en el acta, la que debe contener una descripción pormenorizada de las omisiones o defectos observados y deben aplicarse las multas que correspondan²⁷. El concesionario no puede poner en servicio definitivo la obra hasta que las omisiones o defectos sean subsanados a satisfacción de la Comisión, en los plazos establecidos en el acta.

²⁵ Artículo 55 del Reglamento de la Ley de Concesiones

²⁶ Artículo 56 del Reglamento de la Ley de Concesiones

²⁷ Dicho procedimiento está contenido en los artículos 47 y 48 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

La puesta en servicio definitiva debe ser autorizada mediante Resolución del DGOP, debiendo constar en ella el monto total de la inversión realizada por el concesionario.

A.5 Fiscalización del contrato de concesión.

Inspector Fiscal²⁸

El MOP debe nominar un inspector fiscal en el plazo de 15 días desde la publicación del decreto de adjudicación en el Diario Oficial.

Toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas debe canalizarse a través del inspector fiscal, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en la Ley de Concesiones, su Reglamento o en las bases de licitación correspondientes.

El inspector debe fiscalizar el desarrollo del contrato de concesión y tiene las funciones y atribuciones que señalen las bases de licitación, al menos las siguientes:

- a) Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto;
- b) Fiscalizar el cumplimiento de:
 - las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras;
 - el plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria;
 - las normas de seguridad;
 - las normas de calidad;
 - los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato, y velar por su cumplimiento
- c) Entregar a la DGOP los reportes que solicite en relación a la gestión de la concesión;
- d) Revisar la Información estadística entregada por la sociedad concesionaria;
- e) Proponer al Director compensaciones o la realización de obras adicionales;
- f) Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra;
- g) Proponer la aplicación de las multas que correspondan en virtud del contrato;
- h) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.
- i) Revisar y proponer al Director la aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra;
- j) Otras establecidas en las bases de licitación.

Los inspectores fiscales, en las etapas de construcción y de explotación, deben contar con un libro denominado Libro de Obras, en el cual debe

²⁸ Artículo 38 al 40 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

individualizarse la obra concesionada, la concesionaria y al inspector fiscal, con mención de las resoluciones pertinentes.

Recursos:

La concesionaria puede presentar recurso de reposición contra las órdenes o resoluciones escritas que dicte el inspector fiscal, en relación a las obras u otros aspectos del contrato de concesión. La concesionaria, además, puede apelar ante el Director General de Obras Públicas, dentro de un plazo de 3 días hábiles, a contar de la fecha en que hubiera sido recibida la notificación.

La interposición de la reposición o de la apelación no suspenden los efectos de la resolución u orden reclamada, cuando ésta comprometa la seguridad del usuario, la continuidad en la prestación del servicio o la calidad de la obra ofrecida.

Obligaciones de Informar de la concesionaria²⁹:

La concesionaria debe:

- a) Otorgar libre acceso al inspector fiscal a los antecedentes del proyecto, planos, memorias de cálculo, especificaciones, etc., relacionados con el proyecto de ingeniería y a todos los antecedentes necesarios para su labor.
- b) Entregar sus estados financieros trimestrales y anuales en el formato (FECU) exigido por la Superintendencia de Valores y Seguros.
- c) Informar su organización y personal superior cuando se constituya y cada vez que se produzca un cambio.
- d) Informar acerca de las garantías que haya otorgado en relación al contrato de concesión y en particular la prenda especial de concesión de obra pública, indicando el nombre y domicilio de los acreedores y garantes.
- e) Informar acerca de la prenda especial de obra pública que recaiga en los pagos comprometidos por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, indicando el nombre y domicilio de los acreedores y garantes.
- f) Entregar información acerca de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, haciendo entrega, cuando corresponda, de las denuncias producidas.
- g) Proporcionar información mensual de reclamos presentados por los usuarios, identificando al usuario y el reclamo que haya formulado.

Las bases de licitación pueden agregar otros antecedentes que el concesionario esté obligado a entregar al inspector fiscal.

Inspección y Vigilancia de la Administración

Al Ministerio de Obras Públicas, por medio de la Dirección respectiva, le corresponde la inspección y vigilancia del cumplimiento de las

²⁹ Artículo 43 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

obligaciones del concesionario, en la fase de construcción y en la de explotación, pudiendo imponerle en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión las sanciones y multas previstas en las bases de licitación.

A.6 Derechos y obligaciones del concesionario³⁰

A.- El concesionario debe cumplir con arreglo a las normas del derecho público:

- 1.- Las funciones incorporadas en el contrato de concesión
- 2.- Las normas que regulan la actividad dada en concesión.

B.- El concesionario se rige por las normas del derecho privado en sus derechos y obligaciones económicas con terceros:

- 1.- Puede realizar cualquier operación lícita sin autorización previa del MOP, con las expresas excepciones que señalan la Ley de Concesiones y el contrato.
- 2.- Ceder o transferir voluntaria o forzosamente la concesión o los derechos o acciones de la sociedad concesionaria, desde el perfeccionamiento del contrato. Para ello requiere la autorización del MOP, que la cesión sea total (todos los derechos y obligaciones del contrato) y que se efectúe a una persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos para ser licitante..
- 3.- La concesionaria debe solicitar autorización expresa para los siguientes actos a la Dirección General de Obras Públicas:
 - a) Modificación de sus Estatutos.
 - b) Todo acto jurídico y contrato de enajenación, hipoteca o gravamen de los bienes adquiridos por el concesionario a cualquier título y afectos a la concesión, debiendo además requerir el consentimiento del MOP.
 - c) Otros actos que puedan establecer las bases de licitación.

A.7 Duración y extinción de la concesión.

Las concesiones tienen el plazo de duración³¹ que determine el decreto de adjudicación, que no puede ser superior a cincuenta años, que se computa de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación y cuyo inicio no puede ser anterior a la fecha de publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.

Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deben ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras.

Si las obras concesionadas quedaron en desuso o resulta improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas

³⁰ Artículo 21 de la Ley de Concesiones y artículo 65 y 66 del Reglamento de la Ley de Concesiones

³¹ Artículo 25 de la Ley de Concesiones y artículo 73 del Reglamento de la Ley de Concesiones

nuevamente, por razones técnicas, el Presidente de la República puede declararlo así, mediante decreto fundado, y evitar una nueva licitación.

La concesión se extingue³² por las siguientes causales:

- a) Cumplimiento del plazo³³ por el que fue otorgada, y sus modificaciones, si procediere;
- b) Acuerdo entre el MOP y el concesionario³⁴;
- c) Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario³⁵; y
- d) Otras estipuladas³⁶ en las bases de licitación, señalando el procedimiento a seguirse y las eventuales compensaciones al concesionario.

A.8 Comisión Conciliadora ³⁷

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, deben elevarse al conocimiento de una Comisión Conciliadora integrada por tres profesionales universitarios designados:

- Uno por el Ministro de Obras Públicas,
- Uno por el concesionario; y
- Uno de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, debe ser designado por el presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Las bases de licitación pueden establecer el procedimiento de designación de los miembros de la Comisión. Si éstas nada disponen la concesionaria debe entregar una escritura pública en la que conste el nombre, domicilio y profesión del profesional de su designación y del concordado con el MOP, si existe; y sus respectivos suplentes.

El MOP debe dictar un decreto con el nombramiento de la Comisión. Los miembros deben estar designados en el plazo de 3 meses desde el inicio de la concesión. Si dentro de este plazo, el MOP o el concesionario no hubieren designado al miembro nombrado de común acuerdo, debe designarlo el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. La Comisión Conciliadora debe constituirse con todos sus miembros dentro del plazo de 1 mes desde su nombramiento.

En el acto de constitución, o en un plazo no superior a 30 días, la Comisión Conciliadora debe fijar las normas para su funcionamiento

³² Artículo 27 de la Ley de Concesiones.

³³ Artículo 76 del Reglamento de la Ley de Concesiones

³⁴ Artículo 76 del Reglamento de la Ley de Concesiones

³⁵ Artículo 28 de la Ley de Concesiones y artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

³⁶ Artículo 78 del Reglamento de la Ley de Concesiones

³⁷ Artículo 36 de la Ley de Concesiones y artículo 84 al 90 del Reglamento de la Ley de Concesiones

Intervención de la Comisión³⁸:

1.- A petición del MOP, que debe solicitar su intervención cuando:

- a) Proceda la aplicación de una multa igual o superior a 500 UTM;
- b) Se solicite la suspensión de la concesión por guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor; destrucción parcial de las obras, u otra causal establecida en las bases.
- c) Se haya producido una causal de extinción del contrato por incumplimiento grave del concesionario.
- d) El concesionario abandone la obra o interrumpa injustificadamente el servicio.
- e) Se de alguna hipótesis contemplada en el contrato de concesión o en que el MOP estime conveniente su intervención.

2.- En caso de controversia con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o reclamaciones relativas a su ejecución.

3.- Cuando no existe acuerdo entre las partes respecto de la procedencia o monto de alguna indemnización o compensación por causas establecidas en la Ley de Concesiones

Planteada la reclamación ante la Comisión, a solicitud del reclamante, ella puede suspender los efectos de la resolución del Ministerio reclamada. Solicitada su intervención, la Comisión debe buscar la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario, en el plazo de 5 días, puede:

- a) Solicitar a la Comisión que se constituya en Comisión Arbitral, debiendo actuar de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores en el Código de Procedimiento Civil y fallar en el plazo de 30 días, plazo durante el cual se mantiene la suspensión de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión no es susceptible de recurso alguno.
- b) Recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

B) Relación de hechos

A continuación se hace una relación de los principales hitos que se han producido en cada uno de los Grupos de concesión carcelaria, información que ha sido extraída principalmente de las presentaciones efectuadas por el Senador Alejandro Navarro Brain, al Consejo de Defensa del Estado y a la Contraloría General de la República por las supuestas irregularidades cometidas en este proceso.

En cuanto a la Contraloría General de la República, este organismo emitió su opinión mediante el Dictámen N° 30.978, de fecha 4 de julio de 2008, para lo cual requirió información sobre los hechos, materia de la presentación, al Ministerio de Obras Públicas, mediante Ord. N° 3.160 de 2007.

³⁸ Artículo 86 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

1º El Programa de Concesiones carcelarias:

De conformidad al artículo 39 de la Ley de Concesiones, el Ministerio de Justicia suscribió, con fecha 30 de noviembre de 2000, con el Ministerio de Obras Públicas, un convenio mandato, en virtud del cual se facultó a este último para iniciar el proceso de licitación y entregar en concesión las obras comprendidas en el "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria" (Grupos 1, 2 y 3).

En virtud de este acuerdo, el Ministerio de Obras Públicas, a través de su Dirección General, elaboró las bases administrativas para la licitación de cada uno de los tres grupos de obras contenidos en el programa antes referido y luego el MOP procedió a la adjudicación de ellos.

2º Infraestructura penitenciaria

El informe de Contraloría hace un análisis de los grupos de obras de infraestructura penitenciaria y el estado en que se encontraban a la fecha de dicho informe

A) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA GRUPO 1"

Las bases rectoras de la licitación fueron sancionadas por resolución N° 158, de 25 de abril de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas. El contrato de concesión comprendió la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 1", que incluyó la construcción de los establecimientos penitenciarios de Iquique (Alto Hospicio), I Región, La Serena (Huachalalume), IV Región y Rancagua (La Gonzalina), VI Región.

La adjudicación de este contrato se efectuó mediante el decreto N° 618, de 2002, del Ministerio de Obras Públicas, para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1" a las empresas BESALCO S.A., ASTALDI S.A. y SODHEXO CHILE S.A., el cual fue tomado razón el 23 de mayo de 2002.

En conformidad al numeral 1.3.1 de las bases, el presupuesto oficial estimado de las obras era de 2.800.000 UF (dos millones ochocientos mil Unidades de Fomento), sin IVA, y la oferta técnica de los licitantes debía incluir, según el numeral 1.4.5, un detalle de las cantidades y del presupuesto de las obras y un cronograma de inversión para cada edificio. Se indica que el referido presupuesto de inversión es meramente referencial y la sociedad concesionaria deberá realizar a su costo, todas las obras requeridas para obtener los niveles de servicio y seguridad exigidos.

Frente a las controversias suscitadas, la sociedad concesionaria solicitó la intervención de la Comisión Conciliadora, y en vista de no haberse logrado la conciliación entre las partes, se presentaron cuatro demandas en contra del MOP ante la Comisión Arbitral. Las materias demandadas entre otras, apuntan a la supuesta imposición del MOP de ejecutar mayores obras y/o con estándares superiores, lo que derivó en aumento de la superficie construida y retraso de la terminación de la obra.

La Comisión Arbitral dictó sentencia, con fecha 25 de mayo de 2007, ordenando al Ministerio de Obras Públicas extender a favor de la concesionaria el plazo de la etapa de explotación, y un aumento del plazo de la concesión de cada establecimiento penitenciario, además del pago por concepto de obras adicionales y servicios, entre otros. Este fallo fue objeto de un Recurso de Queja ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, el que fue rechazado con fecha 29 de octubre del mismo año.

Dentro de la prueba rendida por la parte demandante, en relación a los mayores costos en la concesión de recintos penitenciarios del Grupo 1, un informe pericial entregado por el Ingeniero Sergio Moreno, establece que se debe compensar BAS S.A. por 3.331.828 UF (tres millones trecientos treinta y un mil ochocientos veintiocho Unidades de Fomento)

Por su parte DICTUC³⁹ señala que hay un costo extra para BAS de 27.306 UF (veintisiete mil Unidades de Fomento), responsabilidad del MOP, y hay 54.311 UF (cincuenta y cuatro mil trecientos once Unidades de Fomento) que son discutibles.

Con posterioridad, el 5 de noviembre de 2007, el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Ministerio de Obras Públicas, presentó, ante la Excm. Corte Suprema, un Recurso de Queja en contra de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó el recurso mencionado, solicitando, en subsidio, que en virtud de sus facultades disciplinarias, procediera a invalidar de oficio, la resolución recurrida, corrigiendo las faltas o abusos denunciados.

A continuación, los días 12 y 18 de junio del año 2008, se llevaron a cabo las audiencias en que se efectúan los comparendos de conciliación ordenados por la Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema

Finalmente, la puesta en servicio de la totalidad de la obra se efectuó a partir de 25 de enero de 2006, según consta en la resolución DGOP Exenta N° 237, de 24 de enero del mismo año.

B) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, GRUPO 2"

Mediante resolución N° 327, 26 de octubre de 2001, de la Dirección General de Obras Públicas se aprobaron las bases de licitación. El proyecto comprendió la implementación y ejecución del Grupo 2 de infraestructura penitenciaria, conformado por dos establecimientos penitenciarios, uno en la ciudad de Antofagasta, (mediana seguridad) y otro en Concepción, (alta seguridad).

La adjudicación del contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal: "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 2", a las empresas BESALCO S.A., TORNO INTERNAZIONALE S.A. y SODHEXO CHILE S.A., se efectuó mediante el decreto N° 2.191, de 6 de diciembre de 2002, tomado razón el 27 de enero, de 2003.

En conformidad al numeral 1.3.1 de las bases precitadas, el presupuesto oficial estimado de las obras fue de 1.800.000 UF (un millón ochocientos mil Unidades de Fomento) sin IVA. Además, el numeral 1.4.5 exigía que la oferta técnica incluyera un detalle de las cantidades y presupuesto de obras, o presupuesto y cronograma de inversión por cada edificio. Dicho presupuesto de inversión

³⁹ Dirección de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

era referencial, la concesionaria debería realizar, a su costo, todas las obras requeridas para obtener los niveles de servicio y seguridad que se exigían.

Según el sistema de resolución de controversias contemplado en las bases de la licitación, la concesionaria solicitó la intervención de la Comisión Conciliadora con la finalidad de obtener un aumento de plazo para diversos hitos del contrato. La Comisión decretó diversas ordenes de no innovar, que impidieron determinar la causal de las demoras no autorizadas en la construcción de los trabajos para hacer efectiva la causal de extinción de la concesión, por incumplimiento grave de las obligaciones en que habría incurrido la concesionaria.

Constituida la Comisión Arbitral, propuso bases de conciliación, las cuales fueron aceptadas por las partes con fecha 31 de agosto de 2006, que derivó en un convenio de extinción, aprobado mediante decreto N° 868, de 29 de septiembre de 2006, del Ministerio de Obras Públicas, tomado razón, el 19 de octubre del mismo año.

Dicha conciliación y el convenio, dispusieron en síntesis, que:

El MOP, pagaría a la concesionaria el equivalente en pesos a 1.658.000 UF (un millón seiscientos cincuenta y ocho mil Unidades de Fomento), en dos cuotas, una de 750.000 UF (setecientos cincuenta mil Unidades de Fomento), el día 15 de octubre de 2006, y de 908.000 UF, (novecientos ocho mil Unidades de Fomento) el día 15 de marzo de 2007.

La concesionaria se obliga a destinar dicha suma a pagar sus obligaciones en el siguiente orden de prelación:

Deudas que mantiene con el Banco del Estado de Chile, Banco del Desarrollo y Banco Corpbanca.

- 122.874 UF (ciento veintidos mil ochocientos setenta y cuatro Unidades de Fomento) a Sodhexo Chile S.A.

- UF 80.000 UF (ochenta mil Unidades de Fomento) a Siges Chile S.A.

Pago de deudas a la Constructora "Las Acacias S.A.", la que deberá otorgar por dicho concepto recibo de pago y cancelación de las deudas. La sociedad deberá destinar los mencionados fondos a pagar a sus proveedores, así como sus deudas con empresas relacionadas, en conformidad a sus estatutos auditados.

El remanente se destinará a los accionistas Torno Chile Concesiones y Construcciones Limitada y Besalco S.A.

C) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, GRUPO 3"

Por resolución N° 9, de 14 de enero de 2003, de la Dirección General de Obras Públicas, se sancionaron las bases de licitación y mediante el decreto N° 90, de 2004, el Ministerio de Obras Públicas adjudicó el contrato de concesión a la empresa VINCI CONSTRUCTION GRANDS PROJETS, el que fue tomado razón con fecha 24 de marzo de 2004.

La concesión contempló la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 3", que contempló el diseño, construcción y conservación de tres edificios penitenciarios: en Santiago, Valdivia y Puerto Montt, y la ejecución en cada uno de ellos, de las obras mínimas detalladas en los numerales 1.2.3 y 2.3 del pliego de condiciones respectivo.

El presupuesto oficial estimado de las obras, fue de 2.750.000 UF (dos millones setecientos cincuenta mil Unidades de Fomento), sin IVA, según el numeral 1.3.1 de las bases. La oferta técnica de los licitantes debió incluir un

detalle de las cantidades y presupuesto de obras, un presupuesto y cronograma de inversión, por cada penal. El presupuesto de inversión era referencial y la concesionaria debería realizar, a su costo, todas las obras requeridas para obtener los niveles de servicio y seguridad exigidos en las bases, conforme lo disponía el N° 1.4.5 del pliego de condiciones respectivo.

Cabe consignar que, mediante el decreto N° 1085, de 21 de noviembre de 2006, el Ministerio de Obras Públicas, aprobó el convenio complementario N° 1, que modificó las obras, plazos y pagos de este contrato, acto administrativo tomado razón el 7 de diciembre del mismo año.

El Ministerio de Obras Públicas, solicitó la intervención de la Comisión Conciliadora, para solucionar, entre otros, los problemas de los subcontratistas, que fueron incluidos en las bases de conciliación, de fecha 31 de agosto de 2007, convirtiéndose en el convenio complementario N° 2, de 10 de octubre siguiente, aprobado por decreto supremo N° 720, de 12 de octubre de 2007, tomado razón mediante el oficio N° 59.275, de 28 de diciembre del 2007.

En el señalado trámite de toma de razón, se hizo presente que, respecto de la aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y del artículo 69 del Reglamento ya citados, que en lo sucesivo, se deberán arbitrar las medidas tendientes a que la autoridad se ajuste estrictamente, y con la debida oportunidad, tanto en los procedimientos y medidas que adopte como en los convenios que celebre en el marco de dicha legislación a sus disposiciones y a las demás pertinentes que les sirvan de fundamento.

La puesta en servicio definitiva fue autorizada mediante los siguientes actos administrativos:

Edificio Penitenciario de Santiago : a partir del 15 de marzo de 2007, según resolución DGOP Exenta N° 818, de 14 de marzo del mismo año.

Edificio Penitenciario de Valdivia : a partir de 14 de junio de 2007, acorde resolución DGOP Exenta N° 1.891, de 13 de junio del mismo año.

Edificio Penitenciario de Puerto Montt : a partir de uno de septiembre de 2007, según resolución DGOP Exenta N° 2785, de 31 de agosto del mismo año.

3º Informe de Contraloría General de la República.

1º Mayores pagos efectuados por el Ministerio de Obras públicas

Conforme al artículo 22, N° 2, de la Ley de Concesiones, los trabajos deben ejecutarse a entero riesgo del concesionario, el que asume todos los desembolsos que fueren necesarios hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o de cualquier otra causa.

Por su parte, los artículos 19 y 20 de la mencionada ley facultan al Ministerio de Obras Públicas para modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados, así como su ampliación y mejoramiento por iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, suscribiendo el respectivo convenio complementario, en que se deje constancia de las compensaciones que sean procedentes por estos mayores trabajos.

Sin embargo, acorde lo señalado en el oficio N° 59.275, de 2007, ya citado, si bien el artículo 19 de la Ley de Concesiones y el 69 de su Reglamento, tienen por objeto facilitar el funcionamiento del sistema de concesiones, ello no obsta a la excepcionalidad con la que fueron concebidos y, por consiguiente, a la interpretación restrictiva que debe preceder a la aplicación que se haga de ellos. En todo caso, el Ministerio de Obras Públicas tenía el deber de dar cabal cumplimiento a tales normas, en especial, en lo que concierne a la oportuna dictación del decreto supremo fundado, de modo tal que, el control previo de juridicidad, pueda efectuarse en forma eficaz y no sobre situaciones jurídicas ya consolidadas, circunstancia que lo transformaría

en un trámite constitucional meramente formal y carente de sentido, según ya se ha señalado por este Organismo Fiscalizador, en el dictamen N° 57.550, de 17 de diciembre de 2007.

Contraloría precisó que, el artículo 1.3.1 de cada una de las bases de licitación, rectoras de los contratos, consignó el presupuesto oficial estimado de las obras. Enseguida, el artículo 1.4.5 del pliego de condiciones, señaló que la oferta técnica de los licitantes debía incluir un detalle de las cantidades y presupuestos de obras, un presupuesto y cronograma de Inversión por cada establecimiento penitenciario, agregando en el Documento N° 5, inciso final, que: "El presupuesto de inversión indicado en el presente Documento es referencial, la Sociedad Concesionaria deberá realizar a su costo, todas las obras requeridas para obtener los niveles de servicio y seguridad exigidos en las presentes Bases de Licitación".

Se concluye que, tanto el presupuesto oficial estimado de las obras, como el presupuesto de inversión ofertado por la sociedad concesionaria, son susceptibles de ser modificados. Por lo tanto, los mayores pagos realizados por el Fisco a las distintas empresas, como antes se hiciera presente, obedecieron al cumplimiento de cada uno de los convenios celebrados por las partes, así como a sentencias dictadas por la Comisión Arbitral que contempla el artículo 36 de la Ley de Concesiones.

2º Responsabilidad de la inspección fiscal

El artículo 38º del Reglamento aplicable señala que el MOP nominará un inspector fiscal a través del cual se canalizará toda comunicación y relación entre el concesionario y el Ministerio de Obras Públicas, cuyas funciones y atribuciones mínimas se encuentran indicadas en el artículo siguiente. Similar disposición se establece en la cláusula 1.8 de las Bases de Licitación de cada uno de los grupos adjudicados.

Por su parte, el artículo 1.8.1.1 de los pliegos de condiciones contemplaron a la Inspección Técnica de la Obra (ITO) que tuvo por objeto "asesorar y apoyar al Inspector Fiscal de la Construcción en la inspección del proyecto (diseños, estudios, especificaciones, presupuestos) y de las obras en terreno..."

A pesar de la opinión del MOP, en cuanto a que los inspectores fiscales y las empresas consultoras que les asesoraron actuaron de acuerdo a sus competencias, Contraloría detectó fallas en los procesos constructivos que implican una eventual responsabilidad de los funcionarios que actuaron como inspectores fiscales.

3º Responsabilidad del equipo profesional de las empresas

Contraloría precisó, en esta materia, que el artículo 1.7.2 de las bases rectoras de los contratos, señalaron los requisitos que debe cumplir el equipo profesional de la sociedad concesionaria o subcontratado por ella. Según lo comunicado por el MOP, los equipos profesionales utilizados en las concesiones de infraestructura penitenciaria fueron definidos y revisados en forma previa a la ejecución de los trabajos, a través de documentos que presentaban una descripción detallada del Plan de Autocontrol que ejercieron las sociedades concesionarias en la etapa de construcción de las obras, estableciéndose los procedimientos y tipo de controles en la realización de los mismos. Se agrega, por parte del Ministerio que, cada Inspector Fiscal no autorizó el inicio de la construcción de las mismas mientras el Plan de Autocontrol no estuviese debidamente aprobado.

Por su parte, el MOP agregó que, los profesionales en terreno pertenecientes a las Asesorías a la Inspección Fiscal, controlaban que la gestión del plan de calidad se respetara y, a la vez, en forma aleatoria, realizaban sus propios ensayos para verificar que la información entregada por el laboratorio de autocontrol contratado por el concesionario fuese fidedigna.

4º Causales de extinción

En el contrato “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo II”, en que el contratista incurrió en demoras no autorizadas en la construcción, el Servicio informó, a este Organismo de Control, que no fue posible aplicar la sanción de “extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria” contemplada en el artículo 27 N° 3 de la Ley y N° 1.112 de cada uno de los pliegos de condiciones, por cuanto existían ordenes de no innovar decretadas por la Comisión Conciliadora y posteriormente, constituida la Comisión Arbitral, ésta propuso a las partes bases de conciliación, las que fueron aceptadas con fecha 31 de agosto de 2006.

5º Subcontratistas

En este aspecto, la Contraloría consigna que, el artículo 21º, inciso segundo, de la Ley de Concesiones prevé que: “en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas”, con las excepciones que allí se consignan. Enseguida el artículo 22º, N° 2, del mismo cuerpo legal señala que “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores...”

Por su parte, el artículo 64º del Reglamento antes aludido, consigna que “El concesionario podrá subcontratar cualquier tipo de actividad comprendida dentro del contrato de concesión, salvo que estuviera expresamente prohibido por las bases de licitación. En todo caso el concesionario será siempre el responsable ante el MOP de la correcta ejecución del contrato...”.

Igualmente, el artículo 1.9.7 del Pliego de Condiciones sobre “Responsabilidad del concesionario frente a la subcontratación”, establece: “El concesionario podrá subcontratar los proyectos definitivos y/o estudios en forma total o parcial, así como también el total o parte de la construcción de las obras, la conservación u otros servicios necesarios, siempre que cumpla con lo estipulado en el artículo 1.7.2.2 de las presentes Bases de Licitación. Sin embargo para efectos del cumplimiento del Contrato de Concesión, el concesionario será el único responsable ante el MOP”. A su vez, el artículo 1.7.2.2 de las Bases señala los requisitos que debe cumplir el equipo profesional del concesionario o subcontratado.

La Contraloría concluye, en base a lo señalado, que las partes del contrato de concesión, son sólo el MOP y la sociedad concesionaria, pudiendo esta última subcontratar la ejecución de las obras o prestación de servicios, generándose una relación entre particulares regida por el derecho privado.

No obstante las normas que rigen los contratos señalados, ello, mediante dictamen N° 2.594, de 2008, la Contraloría General concluyó que rigen para los organismos de la Administración del Estado los nuevos artículos 183-B y 183-C, del Código del Trabajo, incorporados por la ley 20.123, publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre, referidos, en términos generales, a la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar, que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos en la forma que se precisa en esa preceptiva, incluidas las eventuales indemnizaciones legales por término de la relación laboral, así como al derecho de la empresa principal a ser informada sobre el monto y estado de cumplimiento de tales obligaciones y a retener la suma a la que ascienden éstas en caso de que el contratista o subcontratista no acredite su cumplimiento íntegro.

También rigen para la Administración Estatal los artículos 183-D y 183-E, incorporados por la ley citada, que tratan de la responsabilidad subsidiaria de las empresas principales en el evento de que, no obstante haber hecho efectivos los derechos de información y retención descritos, subsistan obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas, así como del deber de las empresas principales de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, derechos y obligaciones que por establecer el código del trabajo, no es necesario que se pacten ya que tienen su fuente directa en la ley.

En consecuencia, el Ministerio de Obras Públicas debe dar cumplimiento a la normativa y jurisprudencia citada respecto de las deudas que mantienen las empresas concesionarias con los subcontratistas, en los casos que sean procedentes.

6º Resolución de controversias

El sistema de resolución de controversias en los contratos de concesiones se encuentra regulado en el artículo 36º de la Ley de Concesiones, disposición que prevé que aquellas suscitadas entre el MOP y una sociedad concesionaria son conocidas por la Comisión Conciliadora, debiendo ésta proponer bases de conciliación a las partes. Si éstas son rechazadas, la sociedad concesionaria puede solicitar que la misma Comisión se constituya en calidad de Arbitral, o recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El fallo de la Comisión no será susceptible de recurso alguno.

Al respecto cabe consignar, que de conformidad a lo antes expuesto las partes contratantes recurrieron en diversas oportunidades a esta instancia para resolver sus controversias.

De conformidad con lo dispuesto en el número 1.9.2 de cada una de las bases rectoras de los contratos, se generó un documento denominado "Plan de Autocontrol de Calidad", cuyo propósito fue definir el sistema de calidad de cada una de las obras, para asegurar y demostrar que los servicios a ejecutar por el constructor, bajo el control de la sociedad concesionaria, cumplieran con los requerimientos establecidos en el contrato de concesión. No obstante lo anterior, más adelante se analiza, en el informe técnico adjunto, tanto las paralizaciones de las obras, como la calidad de las mismas.

Finalmente, mediante el convenio de extinción del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2", de 29 de septiembre de 2006, el Ministerio de Obras Públicas acordó efectuar los pagos que allí se mencionan a la "Sociedad Concesionaria Bas Dos S.A." en su calidad de titular de la concesión. Este acuerdo fue aprobado mediante decreto N° 868, de 2006, del Ministerio de Obras Públicas.

Contraloría efectuó una auditoría técnico financiera, que se orientó a verificar si los contratos de concesión se ciñeron a las bases de licitación, en especial, respecto a si las obras de edificación, en etapa de explotación, presentan un estándar constructivo acorde a las exigencias técnicas definidas para cada uno de ellos, como también, si los niveles de servicio cumplen con lo preceptuado. El resultado de este examen se reseña a continuación.

4º Auditoría técnico financiera efectuada por Contraloría General de la República

I GRUPO 1

A1.- Aspectos financieros:

Según la cláusula 1.3.1 de las bases de licitación, el presupuesto Oficial Estimado de las Obras es de 2.800.000 UF (dos millones ochocientos mil Unidades de Fomento) valor que no incluye el Impuesto al Valor Agregado.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 1.12.3 de las precitadas bases, el Ministerio de Justicia debe pagar semestralmente a la sociedad concesionaria, los días 31 de marzo y 30 de septiembre de cada año, durante 21 semestres, un Subsidio Fijo a la Construcción de 274.950 UF (doscientos setenta y cuatro mil novecientos cincuenta Unidades de Fomento).

Igualmente, acorde a la cláusula mencionada en el párrafo precedente, el MOP también debió pagar semestralmente y en las mismas fechas, un Subsidio Fijo a la Operación equivalente a 216.739. 932 UF (doscientos dieciséis millones setecientos treinta y nueve mil novecientos treinta y dos millones de Unidades de Fomento) desde la data de puesta en servicio definitivo de las obras, hasta la cuota semestral número cuarenta y uno. Del mismo modo, se debe cancelar en las mismas fechas y con igual frecuencia, un Subsidio de Operación Variable, basado en el número promedio de internos, un pago adicional por obras solicitadas.

Por otra parte, en la cláusula 1.12.1 las Bases de Licitación establecen pagos de la sociedad concesionaria al Ministerio de Obras Públicas, por concepto de administración y control del contrato de concesión que, durante la etapa de construcción, son por la cantidad de 49.200 UF (cuarenta y nueve mil doscientos Unidades de Fomento) anuales y durante la etapa de explotación, de 15.000 UF (quince mil Unidades de Fomento) al año, montos que se deben cancelar en el mes de enero de cada año.

A continuación, se muestra un resumen de los pagos mencionados en los párrafos anteriores y se adjunta anexo sobre la materia.

- Pago del Impuesto al Valor Agregado	(MINJU)	\$ 15.456.538.331
- Pago por Subsidio Fijo a la Construcción	(MINJU)	UF 823.845.61
- Pago por Subsidio Fijo a la Operación	(MINJU)	UF 648.005.59
- Pago Subsidio Operación Variable	(MINJU)	UF 167.439.65
- Pago Adicional	(MINJU)	UF 2.418.59
- Ingresos por administración del contrato	(MOP)	\$ 3.547.471.183

Costos Adicionales:

Adicionalmente, por acuerdo de la Comisión Arbitral del Contrato, el Ministerio de Obras Públicas deberá cancelar a la sociedad concesionaria, la suma de 2.400.000 UF (dos millones cuatrocientos mil Unidades de Fomento), equivalentes aproximadamente a \$ 48.000.000.000 (cuarenta y ocho mil millones de pesos), situación que se encuentra pendiente de resolución en los tribunales (Corte Suprema).

Además, existen diversos costos complementarios al contrato de concesión, tales como consultorías, estudios, honorarios, etc., siendo los más importantes aquellos referidos a los contratos de asesoría a la inspección fiscal (AIF) que se indican:

- Pagos por AIF Etapa de Construcción	\$ 1.517.606.748
- Pagos por AIF Etapa de Operación	\$ 841.694.325

A.2.- Aspectos técnicos

Durante el proceso de construcción de los Establecimientos Penitenciarios del Grupo 1, este Organismo de Control fiscalizó la ejecución de las obras y remitió su resultado al Ministerio de Obras Públicas a través del Oficio N° 3.668 de 2005. De lo observado en esa oportunidad y que se resumen en el anexo N° 1, aún persisten situaciones referidas a la estabilidad de las estructuras y al estándar constructivo general, lo que se visualiza en el anexo fotográfico N° 2 y se detalla a continuación:

A.2.1.-Establecimiento Penitenciario de Alto Hospicio, Iquique

Durante la fiscalización se observó en el desaplome, desplazamiento horizontal y asentamiento en muro de hormigón armado situado en el módulo 52 (M-52), sector patio. Similar situación respecto a los muros de los módulos 12, 31, 41 y 76.

Afloramiento de humedad en pinturas de cielos en sector comedores de los módulos 13, 14, 15 y 16, y filtraciones a través de ductos ubicados en módulos de talleres.

Generalizado nivel de terminación deficiente que se aprecia en la irregularidad de sus superficies de muros y pavimentos.

A.2.2.- Establecimiento Penitenciario de Huachalalume, La Serena

Se observó desaplome en un muro de 8 metros de altura y filtración en baño de personal de la escuela, pese a las recurrentes reparaciones que se han efectuado.

Falta de registro de mantenciones realizadas que indiquen calidad de los materiales, periodicidad y autorizaciones de la Inspección Fiscal, de acuerdo al Programa de Mantención de Infraestructura. Asimismo, no hay registro del cumplimiento de lo observado por la Asesoría al Concesionario, en los plazos establecidos.

Falta de registro, de los resultados de la aplicación del Plan de Autogestión Ambiental que efectúa el Concesionario (Artículo 2.9 de las BALI) y del cumplimiento de lo observado por CONAMA o COREMA.

Falta de alambrado de seguridad de los cierros de placas que circundan el predio que ocupa el establecimiento.

El hospital interno, cuenta con recepción parcial de funcionamiento y algunos artefactos quirúrgicos como lavamanos, mesones, mobiliario de enfermería, no cumplen con la normativa sanitaria.

A.2.3.- Establecimiento Penitenciario La Gonzalina, Rancagua

Se ha cumplido con la periodicidad de las mantenciones de infraestructura establecidas en las Bases de Licitación. No obstante, se observa irregularidad en las superficies de muros y pavimentos.

Se observa desaplome en un muro de separación entre circulaciones y filtración desde losa hacia recinto de visitas.

Por su parte, los niveles de servicio, sistemas de seguridad y control han funcionado adecuadamente cumpliendo con el estándar esperado.

II GRUPO 2

B 1.- ASPECTOS FINANCIEROS

Según se indica en las Bases de Licitación, cláusula 1.3.1, el Presupuesto Oficial Estimado de las Obras es de 1.800.000 UF (un millón ochocientos mil Unidades de Fomento), valor que no incluye el Impuesto al Valor Agregado, gravamen que, de acuerdo a lo señalado por la cláusula 1.12.5, de las bases, el Ministerio de Justicia debe devolver a la sociedad concesionaria. Por dicho concepto, hasta el mes de diciembre de 2006, se había cancelado la suma de \$ 4.322.316.293 (cuatro mil trecientos veintidós mil millones trescientos dieciséis mil doscientos noventa y tres Unidades de Fomento).

Por otra parte, de acuerdo a la cláusula 1.12.1 de las Bases de Licitación, el Ministerio de Obras Públicas recibió, hasta diciembre de 2006, por

concepto de administración y control del contrato de concesión, la suma de \$695.173.848 seiscientos noventa y cinco millones ciento setenta y tres mil ochocientos cuarenta y ocho Unidades de Fomento).

A continuación, se presenta un breve resumen sobre los pagos e ingresos mencionados en los párrafos precedentes y se adjunta anexo sobre la materia:

- Pago del Impuesto al Valor Agregado (MINJU) \$ 4.322.316.293
- Pago por Convenio de Extinción (MOP) UF 1.658.000
- Ingresos por administración del contrato (MOP) \$ 695.173.848

Por Convenio de Extinción, de fecha 29 de septiembre de 2006, el Ministerio de Obras Públicas pagó a la sociedad concesionaria la suma equivalente a 1.658.000 UF (un millón seiscientos cincuenta y ocho mil Unidades de Fomento).

A la fecha de extinción del contrato, se encontraban disponibles para análisis, los siguientes antecedentes:

- El avance físico de las obras según lo señalado por la inspección fiscal del contrato, era de, aproximadamente un 43%.
- El avance financiero a igual fecha por la suma de 1.324.918 UF (un millón trescientos veinticuatro mil novecientos dieciocho Unidades de Fomento), equivalen a un 73% del presupuesto oficial de las obras.
- La indemnización por extinción del contrato, determinada por la Comisión Arbitral ascendente a 1.658.000 UF (un millón seiscientos cincuenta y ocho mil Unidades de Fomento), ya pagada por el Ministerio de Obras Públicas, representa un 92% del presupuesto oficial de las obras y excede en un 20% a la inversión efectuada por la sociedad concesionaria.

Por otra parte, cabe señalar que, con fecha 25 de junio del presente año, la Contraloría Regional del Bío Bío, tomó razón de la resolución N° 18 de la Dirección Regional de Arquitectura, Región del Bío-Bío, que aprueba el Convenio Ad Referéndum para Contratación de Obra por Modalidad de Trato Directo, para la terminación y ejecución de "Construcción Centro Penitenciario de Concepción" de fecha 29 de mayo de 2008, por un monto de \$ 25.221.722.547, financiado con fondos del Ministerio de Justicia. El centro penitenciario de Antofagasta se encuentra en proceso de licitación.

B.2.- ASPECTOS TÉCNICOS

B.2.1.- Establecimiento Penitenciario Enlace Uribe, Antofagasta

La Contraloría Regional de Antofagasta, a petición del Honorable Senador de la República don Carlos Cantero Ojeda, efectuó durante el año 2005, una fiscalización a las obras paralizadas del Establecimiento Penitenciario Enlace Uribe, cuyo resultado fue remitido al Ministerio de Obras Públicas, a través del Oficio 48.846, de 2005. Las observaciones registradas en esa oportunidad y que se resumen en el anexo N° 1 adjunto, se ratifican, considerando que la situación de abandono, a la fecha no ha cambiado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente lo indicado en los estudios detallados de evaluación y diagnóstico contratados por el Ministerio de Obras Públicas, que en síntesis señalan:

"Se aprecian defectos constructivos en los hormigones constituyentes y armaduras". "Además se aprecian deformaciones importantes, por método constructivo en losa del piso 1, del edificio de reclusión baja (RBA)". También señala que "algunas zapatas del edificio están fundadas en terreno con un porcentaje de sal mayor que el admisible por el estudio original de Mecánica de Suelos". "En el recinto

denominado RME 02, se detectaron fallas que implican algún grado de demolición. El origen de estas fallas se debe a que las vigas principales que soportan la losa sólo estaban parcialmente hormigonadas y procedieron a retirar el alzaprimado que las soportaba, con la consiguiente falla de los elementos estructurales que fueron sometidos a trabajo mayor que el que eran capaces de soportar."

B.2.2.- Establecimiento Penitenciario El Manzano, Concepción

El informe de Contraloría consigna que, pese a que el abandono de las obras ha ocasionado un grave deterioro de las estructuras, presentando deformaciones en vigas, muros, vanos de puertas y ventanas, corrosión en enfierraduras e instalaciones eléctricas y sanitarias deterioradas, se detectó observaciones que no son efecto directo del abandono ni de la exposición a la intemperie de las estructuras, sino que, corresponden a defectos constructivos como los que se resumen a continuación:

- Elementos estructurales de hormigón que, en su base, presentan nidos de áridos y oquedades, refoformación y desplazamiento de armaduras, debido a inadecuados procesos de hormigonado y vibrado.
- Material de residuo en juntas de trabajo y construcción. Sección de elementos menores a los especificados en proyecto de estructura y algunos con recubrimientos de su enfierradura menores al mínimo exigido.
- Falta de afianzamiento a la fundación de un machón triangular, entre ejes G y 12, de muro en el módulo RME.3.
- Fisuras y grietas verticales, como también, desprendimiento de hormigón, en las uniones a las losas en algunos muros de edificios de reclusión, como también, fisura continua transversal que compromete fundación, radier, muro y viga superior en pabellón RME 789, producto del asentamiento producido.
- Encuentro entre losa y muros divisorios entre celdas, no corresponde al detalle estructural.
- Inclinación que permanece apuntalada para evitar mayores inclinaciones en muro de ronda.
- En las instalaciones sanitarias, se observó uniones entre tubos mediante expansión y sello, que no corresponden a lo especificado.

Cabe hacer presente que el Estudio de Evaluación y Diagnóstico contratado por el MOP, reafirma lo observado en esta oportunidad, Se adjuntan fotografías en anexo N° 2.

III GRUPO 3

C 1.-ASPECTOS FINANCIEROS

De acuerdo a las Bases de Licitación, cláusula 1.3.1, el presupuesto oficial estimado de las obras es de 2.750.000 UF (dos millones setecientos cincuenta mil Unidades de Fomento), valor que no incluye el impuesto al valor agregado.

Al respecto, cabe señalar que el Ministerio de Justicia, en cumplimiento de la cláusula 1.12.3, de las bases de licitación, debe pagar por concepto de Subsidio Fijo a la construcción, la cantidad de 249.815 UF (doscientos cuarenta y nueve mil ochocientos quince Unidades de Fomento) semestrales, en cuotas pactadas los días 30 de marzo y 30 de septiembre de cada año y también debe pagar a la sociedad, por concepto de subsidio fijo a la operación, la cantidad semestral de 165.456 UF (ciento sesenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y seis Unidades de Fomento), en las mismas fechas.

Además, de acuerdo a lo que señala la cláusula 1.12.5, de las referidas bases de licitación, la Cartera de Estado precitada debe devolver a la sociedad concesionaria, el impuesto al valor agregado soportado por ésta.

Respecto a los ingresos provenientes de las sociedades concesionarias, cabe señalar que, de acuerdo a la cláusula 1.12.1 de las bases de licitación, la sociedad concesionaria debe pagar al Ministerio de Obras Públicas una cuota anual de 21.600 UF (veintiuno mil seiscientos Unidades de Fomento) en la etapa de construcción y 7.200 UF (siete mil doscientos Unidades de Fomento) en la etapa de explotación pagadas en el mes de enero de cada año, habiéndose recibido, hasta el primer semestre de 2007, la suma de \$ 1.212.291.156 (mil doscientos doce millones doscientos noventa y un mil ciento cincuenta y seis pesos).

A continuación se presenta un breve resumen de los pagos e ingresos mencionados en los párrafos precedentes adjuntándose asimismo, un anexo sobre la materia.

- Pago del Impuesto al Valor Agregado (MINJU) \$ 11.983.649.651
- Pago por Subsidio Fijo a la Construcción (MINJU) \$ 13.262.994.344
- Pago por Subsidio Fijo a la Operación (MINJU) \$ 122.098.408
- Convenio Complementario N°1 (MOP) UF 980.000,000
- Número Promedio de Internos (MINJU) \$ 830.468.818
- Pago Adicional (MINJU) \$ 48.427.446
- Ingresos por administración del contrato (MOP) \$ 1.212.291.156

Costos Adicionales:

A la fecha, y como resultado del acuerdo propuesto por la Comisión Arbitral, existe un Convenio Complementario que contempla el pago por parte del Ministerio de Obras Públicas, de 980.000 UF (novecientos ochenta mil Unidades de Fomento); asimismo, establece un incremento en el subsidio fijo a la operación de 11.000 UF (once mil Unidades de Fomento) semestrales, cifra que proyectada al plazo de la concesión equivale a 450.000 UF (cuatrocientos cincuenta mil Unidades de Fomento).

Entre los costos complementarios más importantes de esta concesión, se encuentran los contratos de asesoría a la inspección fiscal de acuerdo a los montos que se indican:

- AIF Etapa de Construcción \$ 1.447.640.000
- AIF Etapa de Operación \$ 953.523.840

C.2.- ASPECTOS TÉCNICOS

Durante la etapa de construcción de los Establecimientos Penitenciarios del Grupo 3, este Organismo de Control fiscalizó la ejecución de las obras y remitió su resultado al Ministerio de Obras Públicas a través del Oficio N° 62.328, de 2006. De lo observado en esa oportunidad y que se resumen en el anexo N° 1, aún persisten situaciones referidas a la estabilidad de las estructuras e impermeabilidad de la envolvente, lo que se detalla a continuación:

C.2.1.- Establecimiento Penitenciario Santiago 1

- Los Planes de Mantenimiento de Infraestructura se han aplicado con la periodicidad establecida, registrando actividades de atención anual, semestral, trimestral, bimestral, mensual, semanal, diaria y por evento.
- Se cumple con la especificidad de los materiales de reparación y mantenimiento. Asimismo, el funcionamiento del establecimiento, muestra un nivel de logística de alta complejidad.
- No obstante, se repite lo observado en otros recintos en cuanto a que el nivel de terminación no alcanza el estándar esperado.

C.2.2.- Establecimiento Penitenciario de Valdivia

- En el sector de los talleres industriales, se aprecian fisuras próximas a junta de dilatación en un muro. También, grietas y fisuras en radieres de patio de los módulos de máxima seguridad.
- Filtraciones de aguas lluvia en zócalos y antepechos de numerosas ventanas, especialmente en las salas de vigilancia ubicadas entre los patios de internos.
- Saturación de humedad en algunos muros y en otros, estucos soplados y agrietados, específicamente en comedores de internos de máxima seguridad.
- Diseño ineficiente de evacuación de aguas lluvia en área intermedia de tránsito entre las celdas de máxima seguridad y el locutorio de dicho módulo donde se acumula el agua.
- Filtraciones en el túnel de acceso, provocado por aguas subterráneas provenientes del hualve adyacente.
- Diversos detalles, tales como, colocación incompleta de remaches en las puertas de las cajas de registro en pasillos de módulos de reclusión, desprendimiento en el pavimento ubicado en el área de acceso a la Sala Cuna.
- El diseño de la capilla ecuménica, resuelto en gran porcentaje a la intemperie no resuelve adecuadamente la evacuación de las aguas lluvia, lo que hace imposible su utilización gran parte del año.
- Otras dependencias, tales como clínica, escuela, gimnasio, venusterios, comedores, lavandería y sala cuna, funcionan normalmente.
- Respecto a los niveles de servicio, se verificó el cumplimiento y actualización del Programa Referencial de Mantenimiento de la Infraestructura del Establecimiento Penitenciario de Valdivia, con actividades de atención con periodicidad mensual, semanal, diaria y por evento.

C.2.3.- Establecimiento Penitenciario de Puerto Montt

- En general se observó fisuras y grietas, especialmente en encuentros de muros y cielos, tabiques, pilares, etc. También, agrietamiento de estucos y desprendimiento de hormigón en algunos muros.
- Numerosas filtraciones a través de grietas en muros, dinteles y antepechos de ventanas. En algunos casos estas filtraciones afectan las instalaciones eléctricas.
- Filtración en juntas entre módulos a distinto nivel y a través de las cubiertas cuya solución, en base a un recubrimiento de mortero, tiende a desprenderse de su base y acumularse en las canaletas de aguas lluvia las que además, se saturan, provocando el escurrimiento por los muros que por su característica constructiva, no están preparados para recibir las cargas de agua lluvia directa que comúnmente registra esta zona.
- Bajadas de agua lluvia no cuentan con pozo de drenaje, evacuando directamente sobre el pavimento.
- Inadecuado diseño entre pavimentos interiores y exteriores no resuelve adecuadamente el ingreso del agua lluvia. Además, se observó en algunos módulos, desprendimiento de pavimento vinílico,
- También se observó una importante cantidad de detalles de terminación como ventanas sin seguros, abatimiento de puertas que bloquean la visión de las cámaras de seguridad, entre otros aspectos
- El diseño de la capilla ecuménica, presenta el mismo problema respecto a la ineficiente evacuación de las aguas lluvia, observado en Valdivia.

5º Conclusiones de Contraloría General de la República

Los ingresos y pagos examinados, fueron realizados de acuerdo a lo que establecen las respectivas Bases de Licitación y/o los Convenios Complementarios suscritos entre ambas partes, no existiendo por lo tanto, observaciones

que formular. Sin embargo, el Ministerio de Obras Públicas deberá dar estricto cumplimiento a lo manifestado en el dictamen N° 59.275, de 2007.

Se estima importante señalar que, por acuerdo de las comisiones conciliadoras y arbitrales, en estos contratos, el Ministerio de Obras Públicas ha desembolsado importantes sumas de dinero que exceden con creces de lo previsto originalmente. Al respecto, cabe hacer presente que la Contraloría General en informe de auditoría de programa horizontal de fiscalización de obras públicas concesionadas a nivel nacional, de fecha 17 de febrero, de 2000, efectuó observaciones al procedimiento de conciliación, respecto a su lentitud (mayores costos) y falta de equidad en la composición de los miembros de dichas comisiones que, en la mayoría de los casos, se ha traducido en un mayor pago por parte del Ministerio de Obras Públicas.

Respecto a las obras, en los establecimientos correspondientes a los Grupos 1 y 3, la reincidencia de algunas observaciones efectuadas en fiscalizaciones anteriores, demuestran insuficiencia de los controles aplicados por las Inspecciones Fiscales y sus Asesorías para detectar oportunamente defectos o inobservancias en los planes de autocontrol de las concesionarias.

En este sentido, los Establecimientos de Iquique, Valdivia y Puerto Montt, recibieron la puesta en Servicio Definitiva, no obstante que aún persistían observaciones, vulnerando lo expuesto en el artículo 1.10.6, de las Bases de Licitación de ambos grupos. Por su parte, los anegamientos, filtraciones a través de muros y losas y la humedad al interior de los pabellones en los establecimientos de Valdivia y Puerto Montt, demuestran que, tal como fue advertido durante su construcción, los diseños aprobados no se ajustaron a lo señalado en el artículo 2.1, del Documento Pautas Mínimas de Diseño, específicamente en relación a considerar el medio geográfico para dar respuesta a los aspectos climáticos.

En cuanto a la operación, cabe señalar que los programas de mantenimiento y logística aplicados en los establecimientos penitenciarios presentan un adecuado nivel de servicio que en general, cumple con los objetivos del programa.

Asimismo, si bien el abandono y el efecto provocado por el clima en las zonas inconclusas de los establecimientos de Enlace Uribe y el Manzano correspondientes al Grupo 2, ha precipitado el deterioro de sus estructuras, hay evidencias de que su estado también es resultado de fallas en los procesos constructivos, incluso desde el suelo de fundación, como lo reafirman los estudios de Evaluación y Diagnóstico de la Construcción, que el Ministerio de Obras Públicas contrató para ambos establecimientos.

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior, esta Contraloría General estima, que podría configurarse la falta de probidad aludida en el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, respecto de los Inspectores Fiscales involucrados, para lo cual el Servicio debe practicar la investigación correspondiente, a la luz de los aspectos auditados, de cuyo resultado deberá darse cuenta a esta Entidad de Control.

IV. EXPOSICIONES EFECTUADAS POR LAS PERSONAS INVITADAS A LA COMISIÓN

1º Ex Ministro de Obras Públicas, don Jaime Estévez.

Se refirió, en términos generales, al éxito que ha tenido Chile en materia de concesiones, a diferencia de lo que ha sucedido en otros países. Ello se debe a la transparencia del programa, a su flexibilidad y a la existencia de un mecanismo de solución de controversias. Sostuvo que, al Estado tradicional le cuesta ser empresario y que las normas que rigen el sector público son adecuadas para fijar políticas y para regular, pero no para innovar, adaptarse y reaccionar oportunamente a los cambios de la realidad. En dicho sector los incentivos están puestos al revés, esto es, en postergar las soluciones, ya que los focos se centran en los casos que fallan y no en los que tienen éxito: Pareciera que políticamente se considera más grave que la realidad se desvíe de lo previsto que la postergación por años de los problemas. En ese sentido, la modificación de la ley de Concesiones tuvo por objeto combinar los esfuerzos públicos con los privados en búsqueda de una asociación para poder tener lo mejor de cada uno de ellos, particularmente en materia de construcción. Si se quiere tener un sector público ágil se debe aceptar flexibilidad. Las concesiones nacieron debido a las críticas que se formulaban al sector público tradicional, a los aumentos de obras en vialidad y, además, porque se estimó que ello podría atraer inversionistas al país. Desde ese punto de vista, la prueba de fuego de la ley es ver si logró atraer más inversionistas, si se hicieron las obras y si éstas fueron relativamente más baratas que la obra pública tradicional. La respuesta para las tres opciones es afirmativa, aunque puede haber casos específicos, como el Grupo 1 de cárceles, donde ello no se logró por una falla del sistema. La ley de Concesiones debe ser capaz de incentivar a la gente a participar en el proceso y ello se ha cumplido, pues los inversores se presentaron e invirtieron. Señaló que la tendencia es que las concesionarias se trasladen a Europa Oriental, por lo que el peligro principal radica en que este sistema se detenga y no tanto en que una empresa determinada abuse. Sostuvo que, es impresentable permitir que la misma empresa que construye y con la cual se ha presentado el problema se presente a la nueva licitación para continuar las obras por lo que estima necesario efectuar una modificación legal.

Consultado sobre el ITO (Inspector Técnico de Obra) fiscal, la labor realizada, su nombramiento y las potestades con que cuentan, señaló que, en el caso de las concesiones, se optó por el sistema de contratar una empresa, explicando que se licitó la construcción y, posteriormente, por la misma vía, se contrató a una empresa para que ayudara al inspector fiscal. Agregó que en nuestro país todos los años se quiere aumentar la inversión del Estado, pero se reducen, a la vez, los funcionarios y otros costos, de modo que el objetivo perseguido es imposible. Entonces, se cuenta con pocos inspectores fiscales que no están en la planta. En efecto, la institución del inspector fiscal, su remuneración, sus condiciones profesionales y su capacitación, es uno de los temas más críticos, que está atenuado en la Dirección General de Concesiones por la existencia de un staff que lo apoya en su trabajo. Destacó la importancia de corregir los errores que puedan haberse producido en el sistema, sin que ello signifique rehacer una pugna entre el sector privado y el Estado. Si se desea ejecutar las obras grandes con la estructura fiscal, se tendrán problemas mucho más serios, porque no se paga el salario a la gente ni se dan las condiciones para tener los equipos que se necesitan. La administración pública no es más ineficiente que la privada. Si bien la mejor forma de evitar abusos podría ser no llevar a cabo la obra, indicó que, al menos, intentó incorporar a otra gente, con pensamiento distinto, que diera la seguridad razonable de que las cosas estaban bien hechas.

En general, las obras de construcción presentan problemas no previstos durante su desarrollo, ya que aún los buenos proyectos no eliminan las dificultades, realidad que resulta cotidiana en la relación entre las inmobiliarias y las empresas constructoras, y entre contratistas y subcontratistas, que igualmente se ha convertido en un problema tradicional en las obras públicas. Explicó que

en la Ley de Concesiones, se dio solución a este tema mediante los convenios complementarios y un sistema de conciliación, de arbitraje, expedito e independiente del Gobierno.

Respecto a los convenios complementarios, han sido porcentualmente menores a la experiencia histórica en el sector, pese a que su monto absoluto es elevado, dada la magnitud de las obras. Sin embargo, éste ha sido un tema muy debatido y una de las críticas tradicionales al sistema de concesiones. Indicó que cuando asumió como Ministro, se propuso aumentar la transparencia del proceso creando un directorio de concesiones, focalizado en los convenios complementarios e incorporando a él a distinguidos profesionales independientes de la administración, tales como a los economistas Juan Carlos Méndez y Gonzalo Martner, al abogado Manuel Díaz de Valdés y a funcionarios del Ministerio, dos de los cuales eran políticamente independientes de la coalición de Gobierno. Una de las principales funciones de este directorio consistía en evaluar la conveniencia de aceptar una propuesta de conciliación o de iniciar un juicio arbitral. Explicó que la primera fase del proceso es la conciliación, de modo que se pone fin al conflicto si hay acuerdo, pues de lo contrario se deviene en un juicio arbitral. Opinó que, en atención a que le pareció delicado e incómodo que la autoridad administrativa, esto es, el Ministro, tuviese que adoptar una decisión al respecto, frente a los volúmenes inmensos de dinero comprometidos, creó el mencionado directorio para contar con una segunda opinión, distinta a la que le proporcionaba el staff técnico del Ministerio. Simultáneamente, su propósito era dar garantías de transparencia, en un momento en que esta Secretaría de Estado era cuestionada, por la vía de dar acceso al personal independiente del Ministerio a la información detallada de cada proceso, que era reservada, de manera que no fuera manejado solamente por funcionarios de Gobierno.

Asimismo, indicó que decidió fortalecer la presencia del Ministerio en las comisiones arbitrales, mediante la incorporación de distinguidos profesionales independientes de la administración. Las comisiones conciliadoras que devienen en arbitrales tienen tres integrantes: uno designado por las concesionarias, otro designado por el Ministerio de Obras Públicas y un tercero nombrado de común acuerdo, que la preside, y que es estrictamente el árbitro. La persona designada por el Ministerio fue tradicionalmente un funcionario, lo que no era muy práctico, puesto que tendía a ser considerado como un proveedor de información más que un par. En los hechos, se tendía a producir una mayor relación entre el Presidente de la Comisión y el profesional designado por la concesionaria, y el funcionario del Ministerio quedaba relegado. Por ello, estimó que la incorporación de abogados, de economistas o de ingenieros de prestigio, según fuera el tema central de cada discusión, independientes del Ministerio, podía fortalecer la posición de este último ante el Presidente de la misma y el resto de la Comisión, sin perjuicio de que estaba consciente del riesgo que implicaba que, por su carácter independiente, pudiesen votar en forma distinta. Opinó que esta decisión, en general, fue exitosa, pues permitió mejorar el porcentaje de logros en las comisiones arbitrales.

Admitió que, lo más complejo que le tocó enfrentar en materia de concesiones de cárceles fue la situación de los Grupos 1 y 2 de cárceles concesionadas, debido a la magnitud de los reclamos de las concesionarias y a que la comisión arbitral del Grupo 2, poco antes de que asumiera como Ministro, aceptó, por mayoría, una orden de no innovar, que impidió las multas y derivó, por ende, en que las concesionarias paralizaran las obras. Señaló que, es común que en materia de concesiones haya discusiones de dinero, que finalmente son resueltas por medio de conciliaciones o arbitrajes, lo que no ocurrió en el caso del Grupo 2, situación que fue debatida en el entonces recientemente creado directorio de concesiones.

La opinión de los técnicos de la Dirección General de Concesiones apuntaba a que sólo correspondía pagar una parte de lo reclamado. Se ponía fin al conflicto, porque la concesionaria se reservaba el derecho de agregar los reclamos en el futuro, en la medida en que avanzaban las obras. En ese momento

Besalco o BAS solicitaba un monto de alrededor de 700.000 UF (setecientos mil Unidades de Fomento) para cerrar el conflicto, pero a la semana siguiente podía pedir más dinero, motivo por el cual era extremadamente difícil tomar la decisión de proporcionar los recursos solicitados. Indicó que uno de los principales puntos de conflicto tenía que ver con el diseño o anteproyecto presentado por la concesionaria en la licitación. En efecto, según el MOP este último es complementario a las bases de licitación, mientras que, para la concesionaria, las obras consideradas en las bases, pero no en su diseño, eran adicionales, por lo que debían ser pagadas. Planteó que, en una obra, el concesionario se hace cargo de los riesgos de construcción, pues si ésta resulta ser más cara, debe asumir ese costo. El directorio estimó conveniente escuchar una segunda opinión al respecto y antes de resolver sobre si acceder a la petición de la empresa, se solicitaron dos informes: uno, en derecho, a la señora Olga Feliú y, otro, técnico, a la empresa de Jorge Vío. Ambos informes ratificaban la opinión del Ministerio, esto es, que correspondía pagar sólo una parte de los montos aclarados y que no era conveniente aceptar que la empresa se reservara el derecho de continuar aumentando los planos. Por esa razón, no fue posible llegar a una conciliación de conflicto en este trámite, de lo cual informo, en mayo de 2005, a la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados.

Pese a las extraordinarias multas que hubo que pagar, las cárceles concesionadas, salvo las del Grupo 2, resultaron ser más económicas que las realizadas por el Estado, sin perjuicio de que se discuta respecto de si pudieron ser más baratas aún. Si la comisión arbitral tiene razón, no habría perjuicio fiscal, porque no sería posible sumar el diseño inicial con las bases de licitación. El tema es que se presentaron a la licitación con menores costos, por lo que se podría haber pagado menos. Alguien podría contraargumentar y decir que ese costo inicial era abusivo o irregularmente bajo, dado el costo de una cárcel pública, pero ello no se podía saber porque los Grupos 1 y 2 fueron las primeras concesiones de cárceles. Las autoridades de la época, pidieron un sistema que incluyera no sólo la construcción, sino una oferta de diseño por parte de la concesionaria, mecanismo que se utiliza mucho en el sector privado, pero es debatible su efectividad para el sector público. Los incrementos que presenten las obras de construcción van a utilidades. El hecho de que la estimación inicial de costos de las obras difiera de modo importante del resultado posterior es algo bastante común. El problema es cómo se fijan los criterios para regular si eso es correcto o no.

La conciliación conduce al hecho de tomar decisiones para llegar a acuerdo antes de ir a juicio, por lo tanto, si bien puede haber decisiones cruzadas también puede haber demora en las obras. Para que las empresas se puedan presentar en las concesiones, la ley establece que ciertos riesgos deben ser asumidos por el Estado, por ejemplo, el de que al levantar una calle se encuentre una cañería que nadie supuso estaba ahí o el riesgo de que la expropiación o la entrega material de los terrenos demore más de lo razonable, por lo que al realizar una obra se debe expresar una estimación, por ejemplo, de ser capaces de terminarla en un período determinado. En el caso de las leyes de concesiones hay un mecanismo de flexibilidad, que es el acuerdo de la comisión conciliadora, que debe ser aprobado por el Ministerio de Hacienda. Comentó que, designó a uno de los miembros del Consejo Asesor del Ministro en el caso de la Comisión arbitral de Cárceles, dada la amenaza de cierre de obras y lo complejo del caso. Uno de los problemas que se plantearon se produjo cuando Besalco solicitó 700.000 UF (setecientos mil Unidades de Fomento) a cambio de que no se paralizaran las obras. Indicó que, posiblemente, por tratarse de un año en que se llevarían a cabo las elecciones presidenciales, el empresario pensó que la paralización de dos obras sería insostenible para el Gobierno, por lo que no tendría más remedio que pagar la suma solicitada. No obstante, en vez de tomar esta decisión, decidió crear un comité asesor, sin perjuicio de que la responsabilidad seguiría siendo suya, en su condición de Ministro. Manifestó que, si se renuncia a conciliar siempre, se produce un perjuicio al Fisco, porque hay momentos en los cuales ello resulta conveniente, pues el Gobierno no está pensado en enriquecerse a costa de los privados. El hecho de que se estimara que la demanda a la concesionaria era exagerada y que no debía efectuarse el pago solicitado implicó un costo político no

menor, a saber, la paralización de dos cárceles y conflictos en las zonas en que serían ejecutadas. Sin embargo, la decisión que adoptó tuvo en cuenta la defensa del erario público.

Si bien pensó en crear un directorio por ley, desechó la idea porque era difícil de lograr en el año de Gobierno que quedaba. Por ello, decidió convocar a abogados y economistas que tuvieran prestigio y conocieran empresas con problemas reales, con experiencia en comités de auditoría, como es el caso de Juan Carlos Méndez. A él se sumó el economista Gonzalo Martner y el abogado Manuel Díaz de Valdés. Por razones de transparencia, dispuso que al menos dos de ellos fueran independientes de la coalición del Gobierno y siguió el criterio imperante en la empresa privada, donde la minoría controla el comité de auditoría. Aseguró que invitó a participar en la comisión arbitral a personas que le daban confianza por su honorabilidad e integridad y no para que votaran a favor del Ministerio. Aseguró tener la mejor impresión del Presidente de la Comisión, señor Bascuñan, así como también de los señores Gorziglia, de la Comisión 2, y Arturo Aylwin, de la Comisión 3, por lo que no es prudente descalificar o poner en duda el actuar de los árbitros.

Estimó que el pago final fue exageradamente alto, pero aseguró desconocer lo que ocurrió en la etapa de rendición de pruebas. En otros juicios se obtuvieron resultados favorables y otros negativos que no se esperaban, pero, lo importante es que se eligen árbitros y no funcionarios para que voten de determinada manera. Afirmó desconocer si, el entonces Ministro Etcheberry ofreció cifras a la concesionaria e indicó que, siempre se consideró que había que pagar una parte, probablemente un tercio. En una primera propuesta de conciliación, de las 700 mil unidades de fomento, se estableció un mecanismo complejo. Era un sistema en el cual se acogía una demanda de tres. En la siguiente demanda, de tres, se pagaba una, hasta completar las 700 mil unidades de fomento. Es decir, pagábamos 700 mil unidades de fomento y se borraban dos millones cien mil unidades de fomento. El inconveniente consistía en que la concesionaria, al día siguiente, podía presentar otra demanda por otros dos millones de unidades de fomento. A pesar de que se podía borrar de la demanda aquellos aspectos que podían resultar más complejos, se optó por no hacerlo. Con todo, la concesionaria finalmente no aceptó ese recurso. Es difícil comparar las 700.000 UF (setecientos mil Unidades de Fomento) con el monto final, pues corresponde a situaciones distintas y a otras etapas constructivas. Negó contar con información acerca de lo que ocurrió posteriormente, por lo que prefirió centrarse en los procedimientos utilizados, que fueron los que, de acuerdo con la ley, le parecieron más adecuados para dar transparencia al proceso, en el cual es difícil determinar el precio justo.

Indicó que, no es extraño que el arquitecto diseñador entregue nuevos planos a medida que la obra avanza, pues se trata de las peculiaridades de cualquier construcción. No obstante, éstas se prestan para abusos, pues muchas veces ocurre que el concesionario se presenta a la licitación y a través de estos resquicios aumenta los precios. La solución que propuso el Ministro Bitrán iba encaminada a impedir el aumento de obras, pero era un tanto rígida, a diferencia de la que él propuso, mediante la creación de un directorio que determinase la conveniencia de una determinada obra.

Respecto de la interferencia de Gendarmería y del Ministerio de Justicia, una vez comenzada la ejecución de las obras, sostuvo que el tema es bastante confuso y se relaciona con qué es lo que se licitó. A su juicio, hubo un problema de interpretación, por lo que solicitó un estudio a doña Olga Feliú. Antes del inicio de su gestión se licitaron bases y un reglamento carcelario, con lo cual el consorcio se presentó con un diseño. Se entiende que lo que no consta en las bases de licitación está en el reglamento. Así, por ejemplo, se discutió sobre los aspersores de agua contra incendio, ya que la empresa entendió que debía instalar uno por pasillo, mientras que el reglamento de Gendarmería exigía que fuese uno por celda. Sin embargo, la empresa argumentó que ello resulta ridículo porque los internos los destruirían fácilmente. Con especificaciones tan generales es difícil señalar que una injerencia cambia lo que estaba acordado o que la empresa debió haber solicitado una explicitación de lo que el

reglamento carcelario señalaba. Es posible que haya habido un problema de descoordinación interno, ya que debe tenerse presente que las órdenes deben ser dadas a la concesionaria por quien le adjudicó la licitación. No puede haber injerencia de terceros, por ejemplo, de Gendarmería, porque los gastos se expresan a través de la firma del inspector fiscal y no basta que un funcionario de Gendarmería dé una instrucción sobre alguna especificación.

2º Ex Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán

El señor Bitrán explicó que, la negociación que le correspondió realizar en su calidad de Ministro de Obras Públicas, tenía que dar cuenta de dos temas:

-un contrato de construcción que se había adjudicado por casi 1.900.000 UF (un millón novecientos mil Unidades de Fomento) para la construcción de las cárceles de Concepción y Antofagasta y

-un contrato de operación con Siges del orden de más de 5.000.000 UF (cinco millones Unidades de Fomento).

Señaló que, para dicha negociación, era necesario dejar sin efecto los contratos de construcción y operación. Cuando se comenzó a negociar se constató que la empresa concesionaria, que tenía un subcontrato con la operadora, recibía utilidades por el contrato de operación de 1.040.000 UF (un millón cuarenta mil Unidades de Fomento). Es decir, además de tener un contrato de construcción por 1.879.000 UF (un millón ochocientos setenta y nueve mil Unidades de Fomento) las empresas constructoras Torno y Besalco, tenían una utilidad de 1.040.000 UF (un millón cuarenta mil Unidades de Fomento) del contrato de operación que debía pagar Siges a la concesionaria, que era mayoritariamente de propiedad de la constructora. Además, había un margen por reo atendido de 134.000 UF (ciento treinta y cuatro mil Unidades de Fomento) en total, que también es una utilidad. Por lo tanto, para rescindir el contrato había que considerar la compensación por lucro cesante que comprendía la utilidad devengada del contrato de concesión y por la construcción. Cuando se decidió rescindir, se tuvo que hacer respecto de los dos contratos, de construcción y de operación. No había otra alternativa porque el MOP no podía seguir sólo con el contrato de operación, por lo cual se tuvo que negociar los dos componentes.

En cuanto a la negociación, indicó que ésta se realizó por separado, por un lado con las empresas constructoras y, por el otro, con Siges. A Siges se le calculó que tenía una utilidad de casi 400.000 UF (cuatrocientos mil Unidades de Fomento) en el contrato de 5.000.000 UF (cinco millones Unidades de Fomento), donde se le dijo que de esa cantidad se iba a pagar el quince por ciento de las utilidades como lucro cesante. Por eso, se les pagó 60.000 UF (sesenta mil Unidades de Fomento), lo cual fue una muy buena negociación. Lo que se hizo fue ir al Ministerio de Hacienda a ver cuánto eran los pagos por IVA, los que ascendían a 1.500.000 UF (un millón quinientos mil Unidades de Fomento), de la construcción real ejecutada se le agregaron los costos financieros y esa cantidad se pagó. Eso se realizó en reuniones con los ministerios de Hacienda y de Justicia, llegando a un pleno acuerdo de que eso era lo que se debía hacer: pagar cero por el lucro cesante. Fue un gran logro, pagar 60.000 UF (sesenta mil Unidades de Fomento) a Siges, de un contrato de 5.000.000 (cinco millones de Unidades de Fomento); y por otro lado, pagar realmente lo construido y auditado con IVA, más un gasto pagado por concepto de interés. Con todo, más las 60.000 UF (sesenta mil Unidades de Fomento), se alcanzó, finalmente 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento). Eso fue lo que se hizo en Cárceles 2.

Indicó que, en el caso de cárceles 1, el cambio de proyecto lo propuso la empresa concesionaria BAS I, según consta en la primera acta de la reunión con el inspector fiscal, constando, además, que esto no implicaría mayores costos para el Ministerio de Obras Públicas. Las especificaciones eran distintas a las de las bases de licitación y por ello el inspector fiscal tuvo que dar instrucciones directas. Los

árbitros y peritos interpretaron que, todas estas opiniones del inspector fiscal en relación con el cumplimiento de las especificaciones de las bases de licitación, eran obras adicionales que había que pagar. Por lo tanto, explicó, el tema es tremendamente opinable acerca de las responsabilidades comprometidas y si hubo o no una situación de oportunismo aprovechada al extremo, frente a una situación en que se estaba por primera vez incursionando en un área donde, sin duda, iban a haber dificultades. Por ejemplo, en el caso de Vinci fue mucho más colaboradora la relación, más fácil, hasta que entraron los mismos abogados y comenzaron a aparecer los mismos problemas. Se generó una cultura del litigio para exprimir al Fisco, exacerbado por una ley y un marco que en nada apoyaba la posición del Estado. Por eso, concluyó, la ley de Concesiones debe ser cambiada.

Su percepción es que, durante su período, todo el personal del Ministerio de Obras Públicas que estuvo dedicado al tema de las cárceles concesionadas hizo su mayor esfuerzo para lograr lo mejor para el interés público y para el Fisco. Además, se obtuvo un juicio inédito en la Corte Suprema, la que acogió una queja disciplinaria, dejando sin efecto el fallo de una comisión arbitral. No había ni un precedente al respecto durante el período democrático, por lo que es un éxito mayúsculo.

Respecto de las eventuales exigencias en la construcción de las cárceles formuladas por Gendarmería y el Ministerio de Obras Públicas, precisó que la normativa es clara, en el sentido de que sólo el inspector fiscal del Ministerio de Obras Públicas puede instruir la modificación de un estándar. Por lo tanto, en el caso de que hubieran existido demandas adicionales de Gendarmería y del Ministerio de Justicia, si éstas no eran canalizadas y formalizadas a través del inspector fiscal no tenían ninguna validez jurídica. Entonces, cuando una empresa las acoge, sabe que el arbitraje es un procedimiento de amigable componedor lo que no es conveniente cuando está el Estado involucrado. En agosto de 2007, Vinci entabló una demanda con los mismos abogados que participaron en las demandas anteriores, por 1.900.000 UF (un millón novecientos mil Unidades de Fomento) o 2.000.000 UF (dos millones de Unidades de Fomento). Se pensaba que el grupo de Cárceles 3 estaba avanzando razonablemente ya que no habían tenido quejas mayores y, efectivamente, se había reforzado la inspección fiscal, a la luz de los antecedentes anteriores. Sin embargo, Vinci hizo una demanda de esa magnitud y amenazó con paralizar las obras. De hecho, vino el presidente de Vinci desde Francia para esos efectos, lo que generó una situación muy complicada con la de cárcel Santiago, ya que se necesitaba de esa construcción para reemplazar a la penitenciaria. Es más, el Ministro de Justicia le informó que en su oportunidad él se había comprometido a que para la Pascua debía estar terminada la construcción de Santiago, de manera que la gente de la penitenciaria pudiera trasladarse. Se accedió, como única manera para impedir la paralización, a hacer un adelanto de 300.000 UF (trecientos mil Unidades de Fomento), que no implicaba ningún juicio respecto de potenciales incumplimientos del Ministerio de Obras Públicas, criterio que acogió la Contraloría General de la República. Por su parte, la empresa continuó avanzando con el tema arbitral y aumentó el monto de la demanda, superando los 2.000.000 UF (dos millones de Unidades de Fomento).

Refiriéndose a las Comisiones de conciliación y arbitrales, indicó que, dentro de los temas que le correspondieron ver a inicios de 2006, estuvo constatar que había una reclamación del grupo de Cárceles 1, que ya estaban terminadas, por una suma astronómica de más de 2,7 millones de UF que, si se le sumaban intereses, podría llegar hasta casi 3,8 millones de UF. Por lo que la demanda que enfrentaba el Fisco era de casi 4.000.000 UF (cuatro millones de Unidades de Fomento), que con las acumulaciones de intereses y extensiones de concesión que estaban pidiendo eran pagos adicionales que se debían hacer. En diciembre de 2004, se dio una situación tremendamente inusual, casi inexplicable, ya que una comisión arbitral acogió una orden de no innovar que paralizó el grupo de Cárceles 2. En marzo de 2006, habían transcurrido catorce meses de paralización y en la comisión arbitral no había indicios de modificar su opinión sobre la materia. Es decir, por un lado, había una

demanda de casi 4.000.000 UF (cuatro millones de Unidades de Fomento) y, por otro, un grupo de cárceles destruyéndose, paralizadas, abandonadas por la acción de una comisión arbitral. Esa comisión arbitral tenía como representante del MOP, al igual que en el caso de cárceles 1, al señor Manuel Díaz de Valdés, que como explicó previamente, fue escogido por el Ministro anterior para dar un paraguas político a decisiones que iban a ser complejas. El grupo de Cárceles 3 miraba lo que ocurría con Cárceles 1, y se le ocurrió contratar al mismo grupo de abogados, lo cual generó la alerta. El señor Juan Enrique Miquel lideraba todo el proceso de litigio contra el Estado. En agosto de 2006 plantearon que las cárceles estaban funcionando bien y que, en realidad, había daños por sumas que superaban los 2.000.000 UF (dos millones de Unidades de Fomento). Asimismo, señalaron que no podían seguir y que dejarían las cárceles a medio terminar si no se convenía con ellos un pago sustantivo.

Frente a ese cuadro, con las cárceles del grupo 2 paralizadas, sólo tenían dos posibilidades: negociar de común acuerdo con el grupo Besalco -quien lideraba el tema- la posibilidad de que terminaran las cárceles o negociar la cancelación de la concesión. Pero, al momento de sentarse a negociar, plantearon compensaciones superiores a los 2.000.000 UF (dos millones de Unidades de Fomento) o para finalizar el grupo de Cárceles 2. Los abogados informaron que, si se accedía a negociar con el grupo Cárceles 2 y se decidía compensar esos montos sería un precedente nefasto para el juicio millonario que se tenía por Cárceles 1. Por lo tanto, la asesoría jurídica señaló que la única opción disponible para rescatar las cárceles que se estaban destruyendo era negociar la cancelación de la concesión. La concesionaria demandó al MOP y fue al Tribunal Arbitral. El MOP no estuvo de acuerdo con la demanda y la empresa empezó a demorarse y a arrastrar los pies, tras lo cual el ministerio comenzó a imponer sanciones hasta que se llegó a la falta grave, lo que significó que la empresa, por el ministerio de la ley, perdiera la concesión. En ese momento, el tribunal arbitral aplicó la orden de no innovar, paralizándose todas las obras. Es decir, el poder de negociación se dio vuelta dramáticamente en contra del Fisco. Por eso, han sostenido que el sistema de tribunales arbitrales de amigables componedores es nefasto, lo cual, además, implica violar el equilibrio de los proponentes frente a la licitación, porque los tribunales interpretan a su juicio lo que es justo, y no sobre la base del contrato, de las bases de licitación y de la ley, lo cual es inaceptable.

Señaló que, su primera obligación como Ministro era rescatar las cárceles, terminarlas y cumplir con el objetivo público y social para el cual fueron pensadas. En segundo lugar, se debía velar por el interés fiscal. Al existir esta espada de Damocles de casi 4.000.000 UF (cuatro millones de Unidades de Fomento) de Cárceles 1, no había otra alternativa que rescindir contratos y así no sentar precedentes.

En cuanto a Cárceles 1, es un tema que, hasta el presente, no tiene explicación. En 2005, la comisión conciliadora de Cárceles 1 -donde estaba el señor Manuel Díaz de Valdés- citó a las partes a generar un acuerdo. Estableció que, del monto de la demanda de BAS 1, el MOP debía pagar, como máximo, un tercio o 700.000 UF (setecientos mil Unidades de Fomento). Esto fue firmado por unanimidad de los tres integrantes, está por escrito. Incluso las obras estaban prácticamente terminadas. Posteriormente, Besalco planteó su desacuerdo. Esto imposibilitó al ex Ministro Estévez conciliar, lo que derivó en el juicio. Luego, se reunió el consejo de concesiones y, a solicitud del señor Manuel Díaz de Valdés, se propuso hacer una nueva conciliación. En esa instancia se discutieron órdenes de magnitud. Planteó 1.200.000 UF (un millón doscientas mil Unidades de Fomento) y el señor Díaz de Valdés dijo que había que llegar a 1.600.000 UF (un millón seiscientos Unidades de Fomentos). Luego de recibir el apoyo unánime de los consejeros para ir a una conciliación, llamó al señor Bezanilla. Él le preguntó por el motivo del llamado, a lo cual respondió que había buenos oficios para seguir el proceso. Ante esto el señor Bezanilla contestó que estaban esperando tranquilos. No hubo nada que hacer. Con posterioridad, el señor Díaz de Valdés propuso que el presidente de la comisión conciliadora estableciera una cifra para llamar a conciliación, proponiendo 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento),

como cifra de compensación para cerrar. Esto ocurrió dos meses antes del fallo de la comisión arbitral. La citada comisión no volvió a llamar a conciliar y otorgó un fallo que -tomando en cuenta todos los costos, rezagos, intereses, etcétera- nos obligaba a pagar 3 millones 200.000 UF (doscientos mil Unidades de Fomento). Señaló que, lo increíble de todo esto es que el fallo fue por unanimidad. El representante del MOP, don Manuel Díaz de Valdés, votó en contra de su mandante, lo cual es inédito en la historia de concesiones del MOP.

En cuanto al nombramiento del señor Díaz de Valdés, reiteró que fue nombrado por el ex Ministro Estévez para darle transparencia al proceso. La Comisión Arbitral propuso un representante de la concesionaria, uno de común acuerdo y otro nombrado por el MOP, que fue don Manuel Díaz de Valdés. Los otros dos fueron nombrados de común acuerdo con la constructora, el abogado señor Bascuñan, que presidió la comisión, y el abogado de la empresa, señor Raymond. Señaló que la actuación del señor Díaz de Valdés fue extraña, puesto que primero, propone 700.000 UF (setecientos mil Unidades de Fomento) y, luego, consta en acta, como máximo, 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento) y finalmente termina uniéndose a la mayoría generando un grave daño, desde el punto de vista de la defensa del MOP, porque un fallo por unanimidad es muy distinto a un fallo dividido. Se une a la mayoría con una cifra de 3.200.000 UF (tres millones doscientos mil Unidades de Fomento). Por ello se le pidió la renuncia al directorio y sólo por deferencia apareció renunciando. Agregó que, una vez que se tuvo conocimiento de la decisión adoptada por el señor Díaz de Valdés, se llevó a cabo una reunión formal del consejo para pedirle explicaciones, las cuales fueron ininteligibles y, al final de esa reunión, renunció. Señaló que Juan Carlos Méndez estaba igual de impresionado por las decisiones que el señor Díaz de Valdés había tomado.

Indicó que, durante un viaje de promoción del programa de concesiones en Francia, la embajadora les informó que el Ministro de transportes de Francia quería reunirse. Contestó que encantado lo haría, aunque sospechó algo. Les pidió a la embajadora y a otras personas que lo acompañaran. Era una reunión bastante nutrida. El tema central de la discusión era el maltrato que el MOP le habría dado a la empresa Vinci. Era una reunión de gobierno-gobierno. Aprovechó la oportunidad para hacer un reclamo muy serio acerca del comportamiento de la empresa, de lo que interpretaba como una especie casi de chantaje –así lo planteó, pues la empresa había dicho: “O me paga o paro”-. El Ministro francés quedó un poco impresionado de esto. Al poco rato, ya en el hotel, recibió una llamada del ministerio para pedir que, por favor, recibiera al presidente de la empresa Vinci, quien quería negociar un acuerdo. Se recibió después de los compromisos agendados y se quedaron varias horas, en conferencia telefónica con la gente en Chile, negociando un avenimiento. Finalmente, se llegó a un avenimiento extraordinariamente favorable: El costo de estas cárceles fue de 25 UF; las más baratas que se han construido en Chile. Además, se hizo un acápite especial para el tratamiento de los subcontratistas. En este caso, la situación de los subcontratistas los tenía muy afligidos porque habían firmado prácticamente un contrato de adhesión, donde el árbitro era el abogado de la empresa. Muchas de esas empresas empezaron a trabajar sin contratos, porque Vinci era una empresa internacional creíble. Estaban conscientes de que había situaciones de abuso. Sin duda, éste era un tema entre privados; pero el MOP, aprovechando el acuerdo, exigió todo un acápite para dejar sin efecto el mecanismo de arbitraje -que no era más que lidiar con el abogado de la empresa- y establecer un arbitraje que fuera neutro y permitiera resolver los conflictos. Eso se logró. De hecho, las empresas tuvieron y tienen la posibilidad, si se mantienen las discrepancias después de hacer un mejor esfuerzo, de recurrir a un arbitraje completamente neutro, lo que implica cambiar las condiciones contractuales con las que ellos habían operado en forma extremadamente positiva.

En cuanto a Cárceles 2, señaló que oficiaron a la comisión arbitral para que retuviera los dineros de todos aquellos litigios que estaban pendientes, pero la Comisión Arbitral dijo que no era procedente que ellos hicieran eso.

Felizmente, después hubo una precatoria en virtud de la cual una de las Pymes logró retener una cantidad de dinero. Si se observa el costo, el incremento de 980.000 UF (novecientos ochenta mil Unidades de Fomento), con un contrato de más de 3.000.000 UF (tres millones de Unidades de Fomento), y lo comparan con los 3.000.000 UF (tres millones de Unidades de Fomento) adicionales que costó el tema de Cárceles 1, se concluye que el resultado fue muy bueno. Son las cárceles más baratas que se han construido. Probablemente, la empresa Vinci tuvo una pérdida porque los precios efectivamente habían variado; no obstante, privilegió su reputación internacional. A lo mejor, hubo alguna presión del Gobierno de Francia -no lo sabe- para que llegara a un acuerdo razonable con el Gobierno de Chile. Además, modificaron el mecanismo arbitral por el cual las Pymes pueden recurrir a un arbitraje de la Cámara de Comercio.

Su visión más crítica respecto del proceso de fase de construcción de concesiones se da por el hecho de que generan un daño al mecanismo de concesión los conflictos que se generaron en términos de imagen. Indicó que cuando el Estado estaba aprendiendo la forma de cómo hacer dicho proceso, cualquier vacío que se suscitó fue aprovechado por la contraparte privada en forma oportunista. Antes de asumir el Ministerio, se reunió con el ex Ministro Jaime Estévez quien le señaló su gran preocupación por el comportamiento de las empresas privadas, en particular, del grupo BAS I y BAS II, y por los litigios que había en ambos casos. Indicó que, el ex Ministro Estévez estaba tan preocupado que prefirió delegar parte de sus atribuciones y estructurar un consejo de concesiones que viera todos los aspectos contenciosos de esos procesos y de otros que pudieran surgir. Así es, como en 2005, estructuró un comité de concesiones para no tener duda respecto de las decisiones que tomarían a futuro. Para ello, decidió nombrar a dos privados vinculados al partido de la UDI. Incluso, entiende que se consultó a la directiva de ese partido por los nombramientos del ex director de Presupuestos señor Juan Carlos Méndez y del ex miembro de la directiva de la UDI, señor Manuel Díaz de Valdés.

Añadió que, consciente de la complejidad del tema, como Ministro de la época, tomó la decisión de mantener el consejo y el nombramiento de los señores Méndez y Díaz de Valdés y, además, agregar como miembro del consejo al señor Jaime Estévez, con lo cual se ganaba un poco más de pluralidad, pues los únicos integrantes privados eran de la UDI. Además, la experiencia del ex Ministro era valiosa porque le había correspondido vivir una serie de situaciones complejas en esa materia. Por lo tanto, fue ese consejo el que, en definitiva, adoptó todas las decisiones. Es decir, las tomó el Ministro con la asesoría del consejo. Al igual que en el año 2006, considera extraordinariamente inadecuado el mecanismo de la ley, porque dejó al Estado como rehén, porque una vez que se hacía una concesión, que, además, era de interés público, al Estado no le quedaba otra alternativa que negociar en los términos que dejara establecido el concesionario, sobre todo cuando tenían establecidos arbitrajes de amigables componedores que fallaban en equidad, que sacaban términos medios y que no veían el fondo desde el punto de vista del contrato ni de las leyes. A propósito de esta situación, se planteó la modificación de la ley de Concesiones.

Expresó a continuación que, un tema adicional que les pareció extremadamente complicado, fue que muchos subcontratistas habían sido dejados en la indefensión, pues se trataba de un contrato entre privados y el Estado donde no había nada que hacer. Pero, en muchos casos, la relación contractual entre los concesionarios, las constructoras y los subcontratistas era extraordinariamente asimétrica. También se propuso legislar sobre esa materia. En este tema, no sólo se veía afectado el interés público -en que las sociedades no terminaran las cárceles-, sino, también, el interés Fiscal y el de los proveedores. Esto se produjo debido a un sistema al que se le había pasado el tejo, en el sentido de proteger en exceso al concesionario y dejar en la indefensión el interés público. Por eso fueron categóricos en defender la necesidad de legislar sobre la materia.

Indicó que, existe un proyecto de ley aprobado por unanimidad en la Comisión de Obras Públicas del Senado y que está a punto de ser

aprobado por la Sala de dicha Corporación, que establece la conformación de un panel de expertos, que constituye una etapa prejudicial, para resolver las eventuales diferencias técnicas. Ese panel, además, apoya y supervisa el proceso de construcción, de manera de detectar los problemas que puedan surgir. La iniciativa recoge lo mejor de la experiencia del sector eléctrico y alguna experiencia internacional con este tipo de paneles. Se trata de un panel permanente, que constituye una etapa prejudicial. Para la etapa judicial se establecen requisitos muy estrictos para ser miembro del tribunal arbitral. Los tres árbitros deben ser de común acuerdo. No existe la posibilidad de que haya uno de cada parte y uno de común acuerdo. Lo más importante es que se tiene que fallar conforme a derecho, que es lo que debió haberse establecido siempre, porque significa preservar un ámbito fundamental en lo público: la igualdad de los licitantes frente a la ley. No se puede hacer un juicio de equidad para establecer que las bases de licitación no fueron justas y, por tanto, hay que modificarlas, porque, tal vez, en condiciones distintas, otro proponente podría haber ganado la licitación. Ése es un principio básico de cualquier sistema de licitación en el que participe el Estado. Por lo tanto, si se aprueba el proyecto de ley que establece la creación de un panel de expertos permanente, como etapa prejudicial, escogido de una manera que da garantías, con un esquema de fallos en derecho, cree que se evitarán muchos problemas. De hecho, ninguna opinión de Gendarmería habría sido tomada en cuenta en un esquema de este estilo, porque la empresa sabía muy bien que en un fallo en derecho esto no habría funcionado. Hay muchos fallos que le tocó ver en que los árbitros obligaban a pagar cifras que ni siquiera habían sido facturadas, lo que está absolutamente en contra de las bases de licitación. Los riesgos de un sistema que funciona con esa "flexibilidad" son altísimos. No puede ser. Por eso, es tan importante que se pueda avanzar en el perfeccionamiento del sistema de concesiones. Cree que este sistema es un buen mecanismo, que a Chile le ha permitido avanzar en materia de infraestructura. Los problemas más graves los han tenido, sin duda, en las concesiones de cárceles; pero en la operación, el sistema de concesiones ha funcionado bien.

Agregó que también se ha aprendido que, siempre es importante licitar proyectos bien terminados. Si alguna responsabilidad pudo haber tenido el Estado en varios proyectos es que, a veces, por apuro, éstos no estaban completamente afinados, por ejemplo, en materia de estudios de impacto ambiental, entre otros ámbitos. Agregó que, una de las lecciones que se sacaron en general del sistema de concesiones, fue que es necesario realizar cambios jurídicos, los que están propuestos en el proyecto de ley ya señalado. La exposición de motivos no es otra cosa que un análisis de las debilidades y perfeccionamientos que necesita el sistema y que surgen a la luz de esta experiencia. También hay conclusiones de orden administrativo. Básicamente, se vinculan con algunas decisiones que se anunciaron muy temprano: los estudios de impacto ambiental deberían ser hechos por el Estado y no por el sector privado, como ocurrió en algunas concesiones, porque como el privado no tiene incentivos cuando negocia con las comunidades, traspasa al fisco el costo de negociar adecuadamente. En consecuencia, se cambió esa práctica. Todos los estudios de impacto ambiental se hacen por el Estado. Asimismo, no hay licitación sin que el proyecto tenga, al menos, su ingeniería de base avanzada. Eso debe respetarse rigurosamente, para que no surjan imprevistos y situaciones complicadas que afecten el desarrollo de los proyectos.

Respecto de si hubo algunos casos en que se licitaron proyectos con insuficiente desarrollo de ingeniería, señaló que sí los hubo, y es posible que ése haya sido uno de los problemas que afectó el proceso de concesiones carcelarias.

3º Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra,

Sostuvo que, estas concesiones, son áreas nuevas que requieren de habilidades distintas de las que maneja el Ministerio de Obras Públicas para hacerlo sólo directamente, como, por ejemplo, las autopistas. Aquí se requiere de formas de asociación que no estuvieron bien en un comienzo. En ese sentido, si bien en el modelo empleado para la infraestructura se hicieron las bases de licitación, que establecía estándares mínimos requeridos para la entrega del servicio penitenciario deseado, había un problema de diseño para el cumplimiento de dichos estándares. Los diseños fueron entregados a la sociedad concesionaria adjudicataria. Las concesionarias hacen los diseños y, además, se comprometen a realizar lo que está convenido en la etapa de licitación, cumpliendo los estándares establecidos.

A comienzos de 2000, se diseñó un Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria con diez nuevos recintos penitenciarios. En la actualidad, se han incorporado 12.434 internos y un total de 363.903 metros cuadrados edificados, y se ha tratado de reducir el hacinamiento existente. El informe de la Universidad Diego Portales –que prepara sobre Derechos Humanos en Chile 2008- dice, en una de sus notas, a propósito de las cárceles, lo siguiente: *“Es posible afirmar diferencias notables entre los establecimientos visitados. En las antiguas penitenciarias las carencias son indignantes: no se proporciona seguridad personal a los reclusos, no se cuenta con celdas adecuadas, baños ni ropa de cama. Los internos son mantenidos en condiciones indignas”*.

En la etapa de construcción, comenzaron a verificarse diferencias de interpretación sobre el cumplimiento de las bases de licitación entre el mandante, Gendarmería de Chile y el MOP, y la sociedad concesionaria. La falta de acuerdo originó reclamaciones ante las comisiones conciliadoras y arbitrales, las que, incluso, dictaron orden de no innovar en el caso del Grupo 2, retrasando las obras. El Programa de Concesión de Infraestructura Penitenciaria, actualmente, lo impulsan los ministerios de Justicia y de Obras Públicas, respectivamente. Agregó que, esta es la primera experiencia en la cual se involucra a tres actores relevantes –Gendarmería y los ministerios de Justicia y de Obras públicas, respectivamente- que asumen responsabilidades compartidas, en conjunto con los privados, los cuales deben financiar y ejecutar la obra y luego explotarla otorgando los servicios señalados.

En cuanto a los problemas suscitados con los subcontratistas, explicó que, por los tres reclamos de Antofagasta, comprobó que el número (de subcontratistas afectados) era mucho más grande. Eran cientos los que se habían arreglado, y quedaban tres. Y respecto de esos tres, no tuvo certeza de quién tenía la razón. Además, no le correspondía, como Ministerio de Obras Públicas, estar transando. Sostuvo que, el mismo habló con cada una de las partes. Los pequeños empresarios mandaron representantes a Antofagasta; también concurrió el empresario de Besalco. Llegaron a ciertos acuerdos. La nueva norma del proyecto de ley, destinada a cautelar los intereses de los subcontratistas, lo que establece es que tiene que publicarse la lista de los contratistas para que sean conocidos. Si hay una publicación de la lista, y los subcontratistas se organizan mejor, esto se puede reducir. Desde el punto de vista legal afirmó que no le corresponde resolver al Ministerio los problemas entre los subcontratistas y las concesionarias, pues ésta es una relación entre privados. Hace presente que esto partió antes de entrar en vigencia la ley de Subcontratación, por lo que había otras normas que regulaban la situación. Ello no obstó a que trataron de ayudar a los subcontratistas, como en el caso de Antofagasta. Llamaron a la empresa que hizo la obra, a las tres personas con las que llegaron a un principio de acuerdo y, finalmente, concurrir al centro de arbitraje. Precisó que, la nueva ley de Subcontratación establece la responsabilidad del Ministerio sobre la previsión, pero aquí no hay ninguna demanda, entre ellos, sobre previsión.

Refiriéndose a las comisiones arbitrales, su integración y funcionamiento, sostuvo que, una debilidad o insuficiencia es que el Estado no está bien

capacitado, o no está bien el diseño de los mecanismos arbitrales para defender sus intereses. Manifestó que no criticaría el sistema diciendo que no está en condiciones de resolver los problemas, pero sí diría que lo que viene en el nuevo proyecto de ley es mejor que lo que tenemos. En cuanto a la labor de las comisiones arbitrales, en el caso del Grupo 1, la sociedad concesionaria reclamó por un monto de 3.228.770 UF. (tres millones doscientos veintiocho mil setecientos setenta Unidades de Fomento) Esto siguió y se fue a una comisión arbitral, la que, unánimemente, condenó al Estado a pagar la suma de 2.467.085 UF (dos millones cuatrocientos sesenta y siete mil ochenta y cinco Unidades de Fomento), argumentándose que eran obras hechas, adicionales y cuantificadas. El monto era menor de lo que pedía la empresa. Luego se recurrió a la Corte de Apelaciones, la cual ratificó los 2.467.085 UF (dos millones cuatrocientos sesenta y siete mil ochenta y cinco Unidades de Fomento) y se recurrió de queja a la Corte Suprema, recurso que no se contempla en la ley y que, según la doctrina, es inadmisibile. En un hecho sin precedentes, hace tres o cuatro meses, la Corte Suprema llamó a las partes a un comparendo de conciliación, o sea, aceptó la queja contra la Corte de Apelaciones. Sostuvo que fue difícil, pues la propuesta original del ministerio había sido del orden de 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento), la empresa había pedido 3.200.000 UF (tres millones doscientos mil Unidades de Fomento) y la comisión arbitral y, posteriormente, la Corte de Apelaciones habían acordado muy firmemente los 2.500.000 UF (dos millones quinientos mil Unidades de Fomento). El Ministro Carreño llamó a las partes y les comunicó la cifra de 2.162.500 UF (dos millones ciento sesenta y dos mil quinientos Unidades de Fomento), o sea, una rebaja del orden de las 400.000 UF (cuatrocientos mil Unidades de Fomento) respecto de lo que ya había fallado la Corte de Apelaciones. Se consultó a los abogados y al Ministro de Justicia y se respondió que si esto estaba resuelto por la Corte de Apelaciones y por la comisión arbitral y la Corte Suprema había tenido este gesto y propuesto esa cifra, sería poco inteligente rechazarla. El Consejo de Defensa del Estado, también consideró la propuesta conveniente.

En seguida, comentó la supuesta insuficiencia en los controles aplicados por las inspecciones fiscales y sus asesorías para detectar oportunamente los defectos o inobservancias en los planes de autocontrol de las concesiones, expresando que en el futuro, deberían fortalecer la inspección fiscal, además de mejorar los diseños iniciales. Adoptando estas dos medidas, reducirán enormemente el riesgo de que haya disparidad de criterios entre el mandante y el concesionario para la interpretación de lo que tienen que hacer. En cuanto a lo desarrollado en materia de inspección fiscal, sostuvo que han solicitado los informes a los inspectores fiscales. Están llegando los primeros de cada uno de los contratos; están en proceso de análisis y evaluación por la Dirección General de Obras Públicas para, en los próximos días o semanas, entregarlos a la Contraloría para dar cuenta de lo que encontramos, y nuestro criterio respecto de si hubo o no, en estos grupos de cárceles, deficiencias en la inspección fiscal que derivaron en el desacuerdo que terminó en los tribunales de Justicia.

A continuación se refirió a las deficiencias detectadas en la actual Ley de Concesiones, manifestando que la medida más importante adoptada es el nuevo proyecto de ley de Concesiones, para superar las deficiencias de la normativa actual, destacando sus siguientes aspectos fundamentales:

- a) Establecimiento de un Consejo Asesor del Sistema de Concesiones por ley, compuesto por profesionales independientes, por un tiempo determinado y con experiencia en ámbitos tales como ingeniería, economía y derecho.
- b) Establecimiento de un panel de expertos que informa técnicamente sobre los conflictos que pueden generarse en la ejecución de las obras y la procedencia de eventuales reclamaciones económicas. A su juicio, eso mejora bastante el sistema de arbitraje. De hecho, establece la opción de acudir a la justicia o al sistema arbitral. En ambos casos pasa primero por un panel de expertos, que determina un conjunto de condiciones, cuyo informe no es vinculante, pero muy determinante para las decisiones que se adopten después.

- c) Mejora sustantiva del sistema de resolución arbitral de conflictos mediante la designación de una nómina de profesionales independientes designados por la Corte Suprema y el Tribunal de Libre Competencia, para que conforme los tribunales de cada contrato.
- d) Se limita el plazo mediante el cual la comisión arbitral puede decretar la suspensión de la obra.
- e) Se establecen modificaciones a los límites de los convenios complementarios en las etapas de construcción y explotación, con las siguientes restricciones: Durante la construcción, el MOP puede pedir hasta el 15 por ciento de aumento de obras; por acuerdo entre las partes, hasta 25 por ciento, y durante la explotación, hasta 5 por ciento de aumento de obras.
- f) Se introdujo un artículo adicional, que establece ciertas condiciones especiales: mediante resolución fundada, previo informe del consejo asesor, y por razones de fuerza mayor, entre otras, se puede exceder de ese 25 por ciento.
- g) Además, existe una norma que dice relación con la subcontratación, en el sentido de que la concesionaria debe informar con cierta periodicidad sobre todas las empresas contratistas.

Terminó su exposición estableciendo las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el sistema de concesiones es bastante bueno. Ha habido un aprendizaje que reforzar. Estimó que es de interés nacional desarrollar y potenciar este sistema. Sostuvo que los déficits de infraestructura de América Latina son muy grandes, es que, en el caso de Chile, se ha reducido partiendo con las obras más significativas. Sin embargo, deben continuar ampliando el sistema. Recordó que hay quienes le preguntan por qué el Estado no construye los nuevos recintos carcelarios. Su respuesta es que, si bien ello se puede hacer, la demora sería mucho mayor, debido a la falta de recursos.

La segunda conclusión, es que debemos hacer un esfuerzo mayor para mejorar la calidad de los proyectos, de manera que, en el diseño original, el grado de detalles solicitado sea superior al planteado en las primeras licitaciones: precisar mejor los estándares de calidad y de servicio, de manera que la supervisión se haga sobre los estándares, más que sobre las especificaciones. Además, se deja al concesionario la latitud para resolver, porque el concesionario tiene un interés especial en terminar bien la obra, ya que la explotará durante 10, 20 ó 25 años.

La tercera conclusión, dice relación con la necesidad de fortalecer la inspección fiscal, reforzando la asesoría técnica y consiguiendo los recursos económicos para tener más inspectores fiscales, uno por obra, adelantando el inicio de la inspección fiscal al momento en que se adjudica la obra y no al momento en que empieza la construcción.

Por último, cabe destacar el cambio del proyecto de Ley de Concesiones, que contempla una modificación de los sistemas de resolución de controversias, con un panel técnico, arbitraje y mecanismos para recurrir de queja y de casación ante la Corte Suprema. También considera la posibilidad de optar por el camino judicial. Se establecen límites a los valores, además de un consejo consultivo.

4º Ex Director General de Obras Públicas, señor Carlos Rubilar.

Respecto de las materias relacionadas con el tipo de obra y el rol, del inspector fiscal, señaló que existen dos formas extremas de ejecutar los proyectos: una de ellas es a través de la administración delegada, en la que se detalla todo lo que se debe realizar, como el lugar donde se deben colocar los ladrillos, los clavos, las paredes, los portalámparas, con sus respectivas ampollitas, sistema en el que se cobra de acuerdo con el trabajo solicitado. La otra alternativa consiste en contratar por

calidad de servicio, procedimiento al que los norteamericanos denominan IPCM (ingeniería, compra o procurement, construcción y gestión o management). En este caso se paga por el servicio, sin importar qué equipos se deben arrendar o comprar para proveerlo. Así, por ejemplo, se paga por la cantidad de metros cúbicos de oxígeno que se requieren para una obra e, incluso, por la tonelada chancada de mineral. En materia de obras públicas, cabe distinguir entre las que ejecuta el Ministerio y están regidas por el reglamento para contratos de obras públicas, procedimiento que se acerca a la administración delegada y las concesiones, que se aproximan al sistema de administración IPCM.

Por otra parte, el rol de la inspección de una obra es totalmente distinto, como también la forma de controlarla y pagarla. La obra pública ejecutada por la Dirección de Vialidad o por la de Aeropuertos, regida por el reglamento para contratos de obras públicas, se cancela sobre la base de estados de pago mensuales, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de concesiones. En efecto, el contratista construye, pero todo se paga mediante peajes, subsidios, aportes u otro mecanismo, que no se relaciona directamente con lo que construye la empresa, sino con el servicio prestado.

En cuanto al sistema de control, existe un inspector fiscal, que es una suerte de jefe de proyecto constructivo, cuyo rol es articular y, en algunos casos, revisar los elementos físicos que se ejecutan. Este inspector fiscal debe vigilar que la obra se construya de acuerdo con las características generales. Normalmente, se pretende que las obras concesionadas se rijan por el reglamento para contratos de obras públicas y que éstas se administren como obras concesionadas. Hay obras regidas por el mencionado reglamento, cuyo constructor está convencido de que se trata de una concesión. En consecuencia, se trata de dos sistemas que conviven y que, incluso, en algunos aspectos son antagónicos, sin perjuicio de que sea necesario operar con ambos.

Las cárceles son concesiones, por lo que su sistema de pago no es contra estados de pago cada vez que se hacía un término de obra. Hay hitos que están asociados a multas o a otro tipo de condiciones. Los pagos efectuados son resultado de reclamos, de indemnizaciones o de otro tipo de cuestiones, pues se iba a pagar por valor preso, cuando empezara a operar. El valor de la inversión está asociado al uso de la cárcel y no al metro cúbico de material aproximado que se utilizó. Las empresas subcontratistas se amparan en el reglamento de Obras Públicas para plantear sus posiciones. Si bien es válido que lo hagan, es necesario tener presente que no es un contrato de obra pública. Por ello, no se pueden retener los estados de pago si no ha habido pagos a los trabajadores.

La organización interna de la Dirección General de Obras Públicas depende de la Dirección General de Concesiones, pero, desde un punto de vista más bien administrativo. Sin embargo, la Coordinadora de Concesiones tenía un rol bastante fuerte durante la administración anterior, ya que actuaba por sí misma ante el Ministro de Hacienda para conseguir sus propios intereses e interactuar directamente con él. En el fondo, la DGOP tenía una función sancionatoria de actos más que ejecutoria. Sin embargo, a pesar de ello, junto al ex Ministro Estévez se consiguió tener un poco más de participación. Los inspectores fiscales, que son los jefes de proyecto, dependían de un jefe de obras, quien, a su vez, dependía del coordinador general de Concesiones. Asimismo, al gerente de proyecto se le contrata una asesoría de inspección fiscal.

En relación con la función que le correspondió cumplir en los dos principales proyectos de cárceles (los grupos 1 y 2, comentó que, cuando asumió la Dirección General de Obras Públicas, a fines de marzo o abril de 2005, el grupo de cárceles 1 estaba en la etapa de término. En ese momento era mucho más importante finalizar el trabajo que entrar en una discusión sobre detalles, porque ello quedó en manos del tribunal arbitral. La forma de resolución de conflicto es totalmente distinta en un sistema u otro, porque, por ejemplo, en concesiones se recurre a dicho tribunal. Por ello,

no deben mezclarse las reglas de ambos sistemas. En el grupo 1 de cárceles, el único interés que tenía, tanto él como el ex Ministro Estévez, fue acelerar el término de la obra, lo que, en definitiva, se logró, de manera que durante 2005 se pusieron en servicio las cárceles del grupo 1, que son las de Iquique, Rancagua y La Serena, que están actualmente en funcionamiento.

Respecto a las comisiones de conciliación y arbitrales señaló que el término de las obras correspondientes al Grupo 1 de cárceles significó llevar adelante un juicio arbitral bastante duro. La intención del Ministerio era aclarar que algunas obras adicionales habían sido solicitadas principalmente por Gendarmería. La aspiración de BAS 2 era cercana a los 3.000.000 UF (tres millones de Unidades de Fomento) en circunstancias que el Ministerio ofrecía alrededor de 1.500.000 (un millón quinientos mil Unidades de Fomento) o 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento) valor por el que estaba dispuesto a llegar a acuerdo. Finalmente, el tribunal arbitral acordó alrededor de 2.100.000 UF (dos millones cien mil Unidades de Fomento) cifra que dejó bastante disconforme al Ministerio. Preciso que su participación en el grupo 1 de cárceles fue, principalmente, terminar la obra lo antes posible y reunir la mayor cantidad de antecedentes para solicitar a la Dirección General de Concesiones el máximo de acuciosidad para la defensa en el juicio arbitral.

Señaló que, el grupo 2 es bastante más complejo y corresponde a las cárceles de Antofagasta y Concepción. Indicó que, al asumir, la obra ya estaba con una orden de no innovar, o sea, ya se había producido el incumplimiento del primer hito del 30 por ciento, pero el Ministerio estaba impedido de ejercer los hitos. Esa situación se mantuvo y se buscaron múltiples fórmulas para llegar a una conciliación previa. Sin embargo, hubo bastante testarudez de parte de BAS 2, especialmente, del constructor. La orden de no innovar que mantuvo el tribunal arbitral fue bastante dura. Opinó que el hecho de que no se pusiera una condición un poco más dura a uno u otro para salir de esta especie de secuestro de las cárceles -las obras eran, prácticamente, rehenes de una empresa- hizo que la solución se prolongara. Hubo alrededor de siete u ocho órdenes de no innovar, las cuales se fueron sucediendo de manera continua, e impidieron al Ministerio ejercer todas las multas hasta que dejó el cargo de director general, el 1 de marzo de 2007.

En cuanto al tema de las Pymes o de los subcontratistas, aclaró que, en las tres reuniones que sostuvo con ellos siempre reiteró que la posibilidad de ejercer algo real de pago era imposible, pues el sistema lo impedía. Ellos plantearon, inicialmente, que el Ministerio debía realizar los estados de pago. Cuando se dieron cuenta de que no había estados de pago del Ministerio a Acacia, le consultaron qué debían hacer, ante lo cual él les explicó que debían judicializarlo lo antes posible y luego dejar establecida una reserva, que fue la alternativa que surgió en un momento, dentro de las condiciones del tribunal arbitral cuando se hicieran los pagos. Indicó que él no tenía posibilidad de beneficiarlos, salvo por las conversaciones oficiosas que pudiera sostener. Se habló muchas veces con los representantes de Besalco, de Vinci y de otras empresas complicadas para encontrar una solución. La información recibida por el Ministerio respecto de la firma de las bases era en sentido contrario, porque quienes debían dinero eran los subcontratistas. De hecho, los antecedentes y las informaciones entregados por Arcadia y Besalco sostenían que los subcontratistas les debían dinero a estas firmas y no al revés. La Ley de Concesiones no permite al Ministerio intervenir en este tipo de situaciones, lo que fue advertido de inmediato a los subcontratistas.

En el grupo 3, conformado por Santiago 1, Puerto Montt y Valdivia, indicó su participación fue escasa, porque los hechos se desencadenaron cuando dejó el cargo. Indicó que, en este caso también hubo reclamos posteriores, aunque había mejores contratos.

A continuación explicó que hay dos temas fundamentales en las concesiones. El primero, es que, en el anteproyecto que se define

se debe dejar claramente señalado que tiene ese carácter y que el contratista es responsable total y absoluto del proyecto. Es importante aclarar que se licita un anteproyecto, pero el proyecto definitivo es de responsabilidad del contratista, quien realmente controla la calidad del servicio, por ejemplo, que se dé buena alimentación a los reclusos, que estén cómodos, que el recinto no se llueva, etcétera. El contratista tiene la posibilidad de ejecutar el proyecto de la mejor forma, porque él es el especialista en el tema, más que el Ministerio y el inspector fiscal. No obstante, ello no ocurrió, porque el anteproyecto fue general. El problema es que se aceptaron interferencias en las decisiones de parte de Gendarmería y de la inspección fiscal. Además, otro problema fue la asesoría que recibió la inspección fiscal. En el caso de las cárceles concesionadas, la asesoría a la inspección fiscal comenzó 6 a 8 meses después de iniciadas las obras. Es decir, el inspector fiscal, estuvo todo ese tiempo absolutamente solo contra una empresa constituida y sus equipos de ingeniería, porque la Contraloría General de la República y la ley no permite contratar asesorías de inspección fiscal hasta que no esté asignada la obra, lo que es un absurdo. Hubo varias empresas especialistas en ITOS que participaron en la asesoría, tales como Zañartu, R y Q, Martín y Cuevas, entre otras. Hay alrededor de 10 empresas en el país que son especialistas en la inspección técnica de obras. Ellas controlan lo que, como Ministerio, no se puede hacer en una obra concesionada, por ejemplo, comprobar si el kilo de cemento es realmente un kilo.

Indicó que, si se desea tener un sistema de contratación moderno, donde se contrata por el servicio prestado, la calidad y el detalle, el funcionamiento de la obra debe ser responsabilidad de quien entrega el servicio. El problema radica en que por ser obras tan grandes, en caso de falla, el castigo no es que la empresa no reciba el pago acordado, sino que se produce un impacto en la opinión pública. Por ello, todavía se mantiene el esquema del inspector fiscal más a fondo de lo que debería ser. La asesoría de inspección fiscal, en el caso de las cárceles, fue muy posterior al inicio de las obras. Ahora bien, cuando una empresa de ingeniería inicia la inspección debe empezar por aprenderse los planos, lo que es una desventaja, puesto que la empresa constructora lleva 3 o 4 años conociendo la información y manejando todo el sistema. Este tema ha sido discutido con la Contraloría General de la República y se han logrado algunos avances que permiten contratar las asesorías en paralelo o antes que la obra misma. De las ocho cárceles concesionadas, seis están funcionando sin problemas y dos están detenidas y van a reiniciar su construcción en estos días (las cárceles de Antofagasta y de Concepción).

En relación con las variaciones de los montos de las obras que surgen cuando no deberían aparecer, explicó que hay dos tipos de valores. Uno, es por la necesidad que surge sobre la que están de acuerdo, tanto el mandante como el mandatario, por ejemplo, si en una carretera hay que construir una "oreja vial" adicional, que no está en el contrato, lo que no autoriza a subir el peaje. En este caso, se celebra un convenio complementario, que se paga de dos formas: en efectivo, para lo cual hay que obtener el acuerdo del Ministerio de Hacienda, o bien, extender el tiempo de concesión. Eso es normal dentro de una institución como el Ministerio de Hacienda, cuyo modelo de negocio lo permite cuando hay acuerdo entre las partes. Sin embargo, cuando hay desacuerdo, porque el Ministerio señala que esa "oreja vial" estaba incluida en el proyecto y la empresa dice que no, se recurre al tribunal arbitral, como ocurrió con las cárceles.

En cuanto a la posibilidad de extender el período de la concesión, explicó que, como éste es un sistema de modelo de negocios, el valor presente al año 25 prácticamente es muy bajo. Entonces, cuando uno tiene que pagar una cantidad de muchos millones de dólares o de pesos, el prolongar años por sobre el año 15 o el año 20 implica que al final el valor será muy bajo, por la tasa de descuento usual fijada en los contratos, que por su antigüedad tienen una tasa de descuento relativamente alta. Una de las ventajas del sistema de concesiones es que logra captar la disposición al pago que pueda existir de parte de los privados en la mejora de una infraestructura. En relación con la forma de asegurar que la empresa a la que se ha

requerido una obra de concesión cumpla, indicó que la Ley de Subcontratación es un gran avance, pues evita una serie de fenómenos referidos al contratista principal con el subcontratista. Opinó que no se deben permitir juicios arbitrales en ese tipo de contratos con subcontratistas, porque, en el fondo, se convierten en pactos o contratos de adhesión.

5º Directora Nacional de la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas, señora Verónica Serrano.

Señaló que, las obras penitenciarias tienen una condición de construcción de cierta singularidad, ya que una obra normal no tiene partidas por muros perimetrales; tampoco partidas especiales de vigilancia, por lo que era difícil comparar costos de construcción de una estructura educacional con una carcelaria. A modo de ejemplo, indicó que el acero, en la actualidad, era casi un 70% (setenta por ciento) más caro respecto del que fue utilizado hace un año. Por ejemplo, en el caso de Antofagasta estaba la dificultad de que se trata de una gran edificación ubicada a 15 kilómetros de distancia de la ciudad de Antofagasta, lo que significa muchas dificultades logísticas para cualquier construcción. Del mismo modo, en una licitación ejecutada en 2008, del Laboratorio de Criminalística de Carabineros, se llegó a un precio de construcción, sin IVA, de 38,2 UF (treinta y ocho coma dos Unidades de Fomento), y en el caso del Liceo B-13, de Antofagasta, éste costó, sin IVA, 19,3 UF (diecinueve coma tres Unidades de Fomento) . Agregó que en la Segunda Región los precios de construcción estaban por sobre las 30 UF (treinta Unidades de Fomento) el metro cuadrado.

Respecto a las modalidades de construcción, indicó que existían dos distintas, siendo la primera la modalidad de construcción tradicional, que es por obra pública, en la que hay una etapa de diseño terminada y completa con todos sus antecedentes, y en la que luego se licita la construcción de la obra. En cambio, el mecanismo de concesiones es distinto, ya que tiene un diseño que contempla una conceptualización de estándares y de criterios de diseño, como un layout o boceto general del proyecto.

Explicó que, las empresas ofrecían a las concesionarias esos antecedentes y otros más para que ellas, con la tecnología y antecedentes que quieran incorporar, resuelvan el diseño y la formulación final del proyecto, por lo que a la hora de tener ofertas de diseño, se puede tener una oferta variada entre las concesionarias. Todas las empresas oferentes empiezan a crear su propia información un año antes, diseñando a partir de un antecedente común, para luego comenzar a desarrollar antecedentes propios. Agregó que podía haber ocurrido que algún contratista haya sido contactado para aportar a ese proceso de diseño y haya caído en el mal entendido de creer que se trataba de información privilegiada, sin ser así.

6º Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, señor Gonzalo Cordua.

Señaló que, el proyecto tenía su origen en el déficit dramático de la infraestructura carcelaria del país, dada la sobrepoblación de reos, siendo sus objetivos aumentar el estándar y la calidad del servicio y favorecer la reinserción social de los reos. Agregó que, la idea era construir esta suerte de paquetes de establecimientos carcelarios en un plazo bastante menor al que tomaría si se hubiesen construido a través de inversión pública, por lo que se requería optimizar la ejecución de las obras. Dentro del Ministerio de Justicia y Gendarmería, se planteó el objetivo de especializar las funciones de Gendarmería, en términos de los roles que debe cumplir, de manera que se centre en los aspectos de seguridad, que es lo que realmente corresponde a su competencia, y se desligue de otras funciones, como aseo y otros similares. Añadió que, ese fue el sentido con que se desarrolló este proyecto de construcción de tres grupos de cárceles, que en total suman ocho recintos penitenciarios, seis de los cuales se encuentran operativos, con casi 364 mil metros cuadrados construidos, y volúmenes de inversión y de tamaño de las obras ejecutadas realmente impresionantes. Esos ocho recintos fueron diseñados para albergar 12.400 reos, por lo que, sin perjuicio de que aún puede haber sobrepoblación penal y otros problemas en muchas cárceles, constituían una

clara muestra de la forma en que se estaba enfrentando este problema. Respecto de la operación, indicó que era muy importante separar el tema de la construcción de los recintos carcelarios, que, efectivamente, presentaba problemas, de los procesos de operación de los mismos, y respecto de lo cual, probablemente, correspondería al Ministerio de Justicia responder.

En cuanto a la construcción de los centros penitenciarios, manifestó que los 364 mil metros cuadrados se construyeron en un plazo bastante breve, a pesar de que hubo tres paquetes distintos de construcción, los G 1, G 2 y G 3, aunque en el proceso no hubo muchas modificaciones, ya que entre el G 1 y G 2 transcurrieron sólo ocho meses, y cuando se adjudicó el Grupo 2, en diciembre de 2002, el Grupo 1, todavía no había iniciado su construcción, no vislumbrándose aún ninguno de los problemas. En el caso del Grupo 3, que viene un año después del Grupo 2, sí hay modificaciones, ya que se tenía información de lo complejo que era llegar a entendimiento desde lo ofrecido inicialmente, en términos de las pautas mínimas de diseño, y lo que finalmente se alcanzaba con el concesionario después de la etapa de diseño, una vez adjudicado. Así, el Grupo 3 tuvo ventajas, por lo que tuvo menos conflictos, y el menor costo de UF por metro cuadrado, dentro de los tres grupos, que es la forma de medir la inversión en construcción. Si se sumaban los ocho establecimientos, prácticamente se estaba hablando de 13.000.000 UF (trece millones de Unidades de Fomento). Agregó que había un presupuesto inicial y una oferta, pero ésta también incluía los costos de operación, por lo que había que separar los costos de inversión. En los tres casos analizados estaba sumado lo que se pagó por reclamación o por acuerdo. Añadió que en el caso del Grupo 2, en acuerdo con las concesionarias al poner término al proceso, más lo que se pagó o adjudicó como inversión adicional para terminar los recintos, y en los otros casos, Grupo 1, lo dispuesto por la Corte Suprema, y Grupo 3, el acuerdo con el grupo Vinci. Indicó que si se sumaba todo, el promedio de costo total era de 35,7 UF (treinta y cinco coma siete Unidades de Fomento) por metro cuadrado, aunque había bastante diferencia, por lo ya señalado. El Grupo 1 terminó con un costo de 34,4 UF (treinta y cuatro coma cuatro Unidades de Fomento) por metro cuadrado, y que, el Grupo 2 era el más caro, porque existía una inversión que se llevó a cabo, y en la nueva licitación, los costos salieron bastante más altos. Por lo tanto, al sumar lo que se pagó por poner término a la concesión más la inversión nueva que se va a hacer en los recintos de Concepción y Antofagasta, el costo llega a 58 UF (cincuenta y ocho Unidades de Fomento) por metro cuadrado. En el Grupo 3, que era el más barato, el costo promedio de los tres recintos alcanzaba a 25,6 UF (veinticinco coma seis Unidades de Fomento) por metro cuadrado, por lo que el promedio total de los tres grupos, en los ocho recintos, era de 35,7 UF (treinta y cinco coma siete Unidades de Fomento) por metro cuadrado.

Señaló, a modo de comparación, que los tres recintos penitenciarios que se construyeron con inversión pública cerca de esa época, en Arica, Valparaíso y Punta Arenas, tuvieron un costo promedio de 38,6 UF (treinta y ocho coma seis Unidades de Fomento) por metro cuadrado, por lo que, en promedio, después de todo lo que ocurrió, finalmente los ocho recintos llevados a cabo a través de concesiones tuvieron un costo más bajo en UF por metro cuadrado que los tres recintos construidos con inversión pública, a pesar de todas las diferencias. En cuanto a los casos de Concepción y Antofagasta, los costos en la actualidad estaban saliendo más altos, en general, aunque debía tenerse presente que se trata de costos calculados en tiempos distintos.

Consultado acerca de si los costos podrían haber sido aún menores, en el rango de las 20-25 UF (veinte –veinticinco Unidades de Fomento) por metro cuadrado, señaló que, efectivamente, así era. Manifestó que los tres grupos tuvieron sobrecostos, y de distintas maneras, aunque todos ellos son distintos, por lo que hay que sumar, como sucedió por ejemplo, en el caso del Grupo 1, en que la Corte Suprema determinó pagar ese adicional que fue de 2.162.000 UF (dos millones ciento sesenta y dos mil Unidades de Fomento), esto es, U\$ 90.000.000 (noventa millones de dólares). Recordó que la demanda había sido por 3.220.000 UF (tres millones doscientos

veinte mil Unidades de Fomento), por lo que hubo un descuento importante, aunque el ministerio consideraba que lo que correspondía pagar era una suma cercana a 1.600.000 UF (un millón seiscientos mil Unidades de Fomento), pues esa era la cifra de la que se habló durante las negociaciones. En los otros casos hubo acuerdo para pagar 1.800.000 UF (un millón ochocientos mil Unidades de Fomento) por las obras, como en el Grupo 2, Antofagasta y Concepción, 1.800.000 UF (un millón ochocientos mil Unidades de Fomento) con un avance del orden del 40%. Concordó en que efectivamente existía un sobrecosto claro, ya que al relicitarse era mucho lo que se perdía en términos de lo avanzado, al unir las nuevas construcciones con las antiguas. Por último, hizo presente que, en el Grupo 3, donde se pagó del orden de 900.000 UF (novecientas mil Unidades de Fomento), se dan también los costos de UF por metro cuadrado.

Consultado por la evaluación técnica de los concesionarios, explicó que el Sistema de Concesiones cuenta con un programa para tal fin, y agregó que, en el caso de las cárceles, los concesionarios, en todos los casos, son empresas grandes y muy importantes, tanto a nivel nacional como internacional, pero, principalmente, con experiencia de nivel internacional muy relevante. Las sociedades son distintas ya que por una parte está Vinci, una constructora francesa muy grande; Sodexho, una empresa internacional muy importante en términos de operación; las constructoras italianas Torno y Ansaldo, con gran experiencia técnica y respaldo de capital social más que suficiente para llevar a cabo obras de esta magnitud, y el último socio es Besalco, una de las constructoras más grandes del país, estableciéndose de este modo el contrato de concesión entre el Ministerio de Obras Públicas y la sociedad concesionaria, sin que exista relación directa entre el Ministerio y los contratistas, subcontratistas, constructoras o proveedores de las sociedades concesionarias.

Quienes se relacionaban directamente con el Ministerio de Obras Públicas eran las sociedades concesionarias, BAS I y BAS II, sin que participaran las constructoras, ya que el Ministerio debe avalar y preocuparse de que se cumpla que el concesionario tenga el respaldo de capital y de experiencia técnica para ejecutar las obras. Si las hace a través de una sociedad recientemente creada debe presentar el respaldo de las empresas que están detrás, esto es, de la sociedad concesionaria. Añadió que él se relacionaba con los gerentes generales de las concesionarias. En este caso, con los de BAS.

Las modificaciones de los contratos de concesión se hacen a través de los convenios complementarios, por los cuales se regula cualquier incremento o modificación en la obra, lo que estaba completamente regulado y sujeto al trámite de toma de razón de la Contraloría y a la aceptación por parte de los ministerios de Hacienda y Obras Públicas.

Respecto a lo aseverado por representantes de las pymes de la construcción, quienes aseguraron que las concesionarias, un año antes de que se licitara todo, estaban presentando los planos, con las consiguientes dudas sobre el uso de información privilegiada, explicó que, efectivamente, en los casos de proyectos de concesión los planos de ingeniería los hacen los licitantes, por lo que, antes de presentarse a las obras es muy probable que tengan anteproyectos bastante avanzados de ellas, debido a que tienen que presentarse con un proyecto que ejecutan ellos mismos, sin que exista ningún problema en que entreguen sus propios planos a los subcontratistas para evaluar y cotizar costos.

7º Ex Director General de Obras del Ministerio de Obras Públicas, señor Patricio Aguilera.

Ejerció el cargo de Director General de Obras Públicas, entre el 9 de julio de 2007 y el 20 de mayo de 2008, período en el cual le correspondió participar directamente en proyectos de concesiones carcelarias y, especialmente, en la entrega del complejo penitenciario de Puerto Montt. Al respecto, hubo una negociación, que se llevó a cabo en Francia y en la que no tomó parte, entre el ministerio y el consorcio Vinci de ese país europeo, encaminada a finiquitar un problema surgido a propósito de esa concesión.

Respecto al proyecto carcelario en Concepción, conocido como El Manzano II, indicó que no tuvo ninguna intervención directa, pues cuando asumió el cargo el contrato correspondiente ya estaba firmado y existía un acuerdo entre la concesionaria y el ministerio. En el caso del programa de concesión de infraestructura carcelaria III, en el que intervino la firma francesa Vinci, se llegó a un acuerdo para que ésta dejara una garantía equivalente a 50 mil unidades de fomento. El objetivo específico que se perseguía con dicha garantía era que la concesionaria lograra un acuerdo con sus contratistas y, en el evento que ello no ocurriera, se podía recurrir a la comisión arbitral de la Cámara de Comercio de Santiago, que es un mecanismo rápido y transparente, y que ofrece una alternativa confiable de solución de conflictos a los pequeños empresarios. El ministerio carecía de facultades para imponer otro procedimiento a los concesionarios.

Afirmó que, en razón del lapso en que ocupó la jefatura de la Dirección General de Obras Públicas (julio de 2007 a mayo de 2008), desconoce el motivo por el cual se nombró a un inspector fiscal en 2003-2004, época en la cual, según se infiere de lo antes señalado, no tenía el cargo en referencia. En todo caso, la designación del inspector incumbe al Director General, a propuesta del coordinador de concesiones, sobre la base de antecedentes técnicos y de gestión.

Desde su perspectiva, el sistema de concesiones es complejo, pero tiene variados beneficios para el Estado. En efecto, este mecanismo aumenta la eficiencia, al incorporarse capital y gestión privada en el aparato público. Ello ha quedado de manifiesto en las obras ejecutadas en carreteras y aeropuertos bajo esta modalidad contractual.

Con todo, cabe reconocer que hay una serie de elementos relacionados con el diseño del sistema de concesiones, que son susceptibles de ser mejorados en el ámbito penitenciario. En este sentido, es urgente perfeccionar la Ley de Concesiones, particularmente, en lo que atañe a la forma de resolución de los conflictos entre el ministerio y la parte concesionaria, como, asimismo, los mecanismos que resguardan el interés de los subcontratistas y contratistas del concesionario.

Explicó que, de las dificultades habidas en la relación entre concesionarios, por una parte, y contratistas y subcontratistas, por la otra, informó permanentemente la Ministro desde marzo de 2006, primero como jefe de gabinete y, luego, en su condición de Director General de Obras, ya que, en uno y otro caso le correspondió recibir a representantes de empresas de este tipo de empresas (pymes, en su mayoría), sin perjuicio de las cartas y documentos de reclamo que le hicieron llegar.

Uno de los desafíos en materia contractual lo constituye el perfeccionamiento de las cláusulas en materia de regulación de los riesgos y de la responsabilidad del pago de los sobrecostos de las obras. Ha quedado demostrado que la licitación basada en un proyecto meramente referencial, sin especificaciones técnicas, se presta para distintas interpretaciones, suscitando el consiguiente conflicto entre las partes. Existe un proyecto de ley, radicado en el Senado, que tiene por finalidad impedir, a futuro, que los concesionarios compelan a los contratistas a comparecer ante comisiones arbitrales impuestas por ellos. Se pretende, además, en dicho proyecto que en el proceso de calificación establecido en la ley se evalúe la conducta de los oferentes

acerca de distintas materias. Con ello, se espera reducir considerablemente el margen de discrecionalidad en el actuar de los concesionarios.

Agregó que, existen otras materias que deben ser modificadas. A su juicio, el primer aspecto es el de los proyectos. Actualmente, tratándose del sistema de concesión de cárceles no se entrega un proyecto avanzado, sino uno de tipo preliminar y que cuenta con bases mínimas, lo cual genera ciertos riesgos adicionales que podrían ser evitados. Ello, en la práctica, ha significado que las partes discrepen en la interpretación del contrato sobre qué es lo que debe ejecutarse. En segundo lugar, también debe perfeccionarse la ley en orden a que en el contrato se especifiquen los riesgos que tienen que asumir el concesionario y el Estado. Por último, un tercer aspecto que es necesario abordar, es el procedimiento de solución de controversias. Actualmente, cada vez que surge un conflicto entre las partes se dicta una orden de no innovar y se paraliza la ejecución de las obras, afectando a terceros. No existen mecanismos que impidan que los concesionarios incurran en abusos o en tratos inadecuados con sus contratistas. El ministerio carece de atribuciones para resguardar el interés, tanto de los contratistas, como de los subcontratistas. En síntesis, el procedimiento de resolución de controversias que rige hoy es débil.

Concluyó señalando que, la Contraloría dictaminó que los contratos y su ejecución se ajustaron a la ley, ya que, si bien el costo final de las obras superó al primitivamente pactado, dicho exceso era razonable, dado que el estándar en los proyectos penitenciarios es muy superior al de otro tipo de infraestructura. Por ende, no hay responsabilidad del MOP en la materia.

8º Fiscal de Obras Concesionadas, señor Jorge Maureira.

Explicó que, el sistema de concesiones en cárceles es distinto comparado con el sistema tradicional que venía aplicando el MOP. De acuerdo a este último, el ministerio entregaba a los licitantes una serie de antecedentes, entre ellos, un anteproyecto referencial, un esbozo (con algún grado de avance) de lo que se pretendía construir y, posteriormente, todo lo relacionado con el proceso de mantención.

En materia de cárceles, se pensó en tres aspectos fundamentales:

El primero de ellos, consistía en mejorar la capacidad de la estructura carcelaria, que tenía un déficit sustancial en el país. En ese momento la capacidad era de alrededor de 15 mil plazas, con una población penal de 30 mil reos. Había, pues, una gran necesidad de desarrollar cárceles nuevas.

Lo segundo, tenía que ver con separar y privilegiar la experticia de cada una de las fuentes. Gendarmería de Chile, hasta entonces, administraba los recintos penitenciarios y hacía toda la gestión que corresponde hacer dentro de una cárcel: seguridad, control, formación, salud y reinserción. Se llegó a la conclusión que no era recomendable que dicha institución mantuviera un rol transversal, dado que su especialidad y función primordial era la seguridad. De ahí que se planteara separa los otros temas consignados: educación, alimentación, etc.

El tercer punto, se refería a la conveniencia de recoger la innovadora experiencia extranjera en el diseño de los recintos carcelarios. En ese sentido, parecía un despropósito que, al momento de licitar, se entregara un anteproyecto, ya que obrar de ese modo conllevaba repetir lo que, por costumbre, se había desarrollado en materia de cárceles en Chile.

Entonces, se adoptó la decisión de que la licitación no fuera con un anteproyecto, sino a través de una pauta mínima de diseño, permitiendo a los licitantes aportar sus propias ideas en cuanto a la arquitectura del proyecto respectivo. Ésa ha sido una de las particularidades del sistema de cárceles concesionadas.

Acerca del procedimiento de conciliación, explicó que es una instancia contemplada en la Ley de Concesiones, y opera cuando no hay acuerdo entre las partes, entendiendo por tales el MOP y el concesionario. En ese evento actúa una Comisión Conciliadora. Si ésta no logra su cometido, el caso pasa a una Comisión Arbitral (CA), en la cual el ministerio no es parte ni tiene facultades. Dicha Comisión debe pronunciarse sobre el reclamo que se le presenta, dictaminando si corresponde pagar una indemnización y, si la respuesta es afirmativa, a qué monto asciende aquélla, las condiciones y el plazo en que ha de verificarse el pago. Preciso que en su condición de inspector fiscal no formó parte de la CA. Según los antecedentes de que dispone, sólo en la sentencia recaída en el reclamo del Grupo II se fijó el monto, la oportunidad y la modalidad de pago de la indemnización correspondiente. Es interesante consignar que la Corte de Apelaciones ha considerado que, cuando la construcción definitiva y entregada de una obra concesionada es superior, en calidad a las condiciones pactadas, corresponde que el Estado compense al privado, pues, de lo contrario, se estaría enriqueciendo indebidamente.

Indicó a continuación que fue inspector fiscal parcial del Grupo I de cárceles entre 2002 y 2005; luego asumió como inspector fiscal subrogante del Grupo II de cárceles; y, por último, en calidad de inspector fiscal titular en el contrato del Grupo III a fines de 2006, pasando a ser subrogante a mediados de 2007. En su condición de inspector fiscal del Grupo I de cárceles, que fue el primero bajo el sistema de concesiones, le correspondió implementar el nuevo sistema, que significó innovar en algunos temas y, desde luego, desarrollar la plataforma base en la administración de los contratos de concesión.

Destacó que, a diferencia de las obras públicas tradicionales, la fiscalización en el mecanismo de concesiones consiste en una auditoría al plan de aseguramiento de calidad, plasmado en los documentos fundamentales del contrato de concesión. Por lo tanto, dicho control no se traduce en un testeado de materiales, sino en el concepto más amplio antes enunciado. Para la ejecución de aquél, había un equipo en cada establecimiento penitenciario: Iquique, La Serena y Rancagua, en el caso del Grupo I, por citar un ejemplo; más un equipo base, con asiento en Santiago. A su vez, el equipo era supervisado por un ingeniero, que debía efectuar el seguimiento de los controles de calidad, apoyando así la labor de inspección fiscal. Este profesional lo proporcionaba una consultora contratada por el MOP, ya que éste no dispone del número de funcionarios suficientes para cumplir la tarea antedicha. Esta situación se daba en las obras comprendidas en los Grupos I, II y III, pues en ninguna de ellas había un funcionario público en forma permanente. El procedimiento de contratación de expertos para el cometido en referencia está detallado en un reglamento y supone pautas que han de ser visadas por la Contraloría.

Para entender cabalmente lo relativo a las asesorías y al rol de la inspección fiscal, señaló que es preciso tener en consideración que el contrato de concesión comprende un sinnúmero de aspectos que no están presentes en las obras públicas tradicionales. Tratándose de estas últimas, el objetivo es cumplir el proyecto que detalla el ministerio al momento de la licitación, mientras que en las concesiones lo sustancial es revisar los distintos elementos que inciden en la elaboración del proyecto: aspectos tributarios, ambientales, jurídicos, etc.; así como preparar la documentación necesaria para el proceso de operación. De este modo, al inspector fiscal le cabe una amplia competencia en la supervisión de una concesión, y que es diferente de la fiscalización de la obra física en sí misma.

Por otro lado, en el sistema de concesiones, a diferencia de las obras públicas tradicionales, no hay estados de pagos. La concesionaria ejecuta la obra y compensa el gasto efectuado en la obra física ejecutada con los procedimientos que se establecen en los contratos; en algunos casos, ello ocurre mediante el pago de subsidios y, en otros, con flujos de pasajeros y vehiculares. Como lógico corolario de lo expuesto, también son distintos los roles de fiscalización que tienen que asumir los inspectores fiscales en los contratos de concesiones, y que, a su entender,

son más numerosos y estrictos que en el régimen normal. Como no hay estados de pagos en el sistema de concesiones, la relación entre el concesionario y los subcontratistas se rige, de acuerdo a la normativa vigente, por el derecho privado. El concesionario sólo responde del cumplimiento del contrato ante el MOP.

Indicó que la Contraloría emitió algunos dictámenes sobre el proceso de concesiones carcelarias. A propósito de dos de ellos, le correspondió intervenir, precisando ciertas observaciones formuladas por el ente contralor, y que son naturales en el contexto de las inspecciones aleatorias que realiza a las obras en proceso de construcción. En efecto, no cabe extrañarse que durante ese cometido el personal de la Contraloría detecte situaciones no del todo satisfactorias, de las que se deja testimonio. Por su parte, en su momento dio respuesta a esos reparos, asumiendo el compromiso de subsanar las falencias y especificando el modo de llevarlo a cabo. Una de las observaciones más frecuentes se refería a los nidos de piedra en las obras de hormigón, lo cual es efectivo, pero todos fueron reparados.

9º Ex coordinadora de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, señora Francisca Castro.

Señaló que, entre marzo del 2006 y junio de 2007, las cárceles del grupo 1 se encontraban funcionando, las de Antofagasta y Concepción, estaban detenidas y las de Santiago, Valdivia y Puerto Montt se encontraban en construcción. Consultada por el acuerdo de avenimiento que se habría firmado con la empresa VINCI en Francia, señala que a propósito de un viaje que se gestó con ocasión de visitas para conocer el modelo de concesión hospitalaria en Europa, se reunieron con Vinci y firmaron dicho acuerdo, que no recuerda quien le gestionó, pero como era una reunión con Vinci, debió haber sido por sobre costos en las cárceles de Valdivia, Puerto Montt y Santiago.

Las concesiones, indicó, es tema más completo que la simple infraestructura, pues involucra servicios. En las comparaciones con cárceles concesionadas de otros países, el proceso fue rápido y bueno para los estándares que se manejan en la industria, en términos de costos y plazos y que en el caso de las obras que estaban paralizadas el bien superior era recuperarlas (esas obras de infraestructura), las otras que estaban funcionando lo hacían bien y, en general, los costos son los de las grandes obras, pero además, importaba sentar bases para el trabajo que vendría después, cual era el de concesión de hospitales, en el sentido de estructura de negocios y flexibilidad en la operación. La sensación era que si uno comparaba estos ejercicios con los del resto del mundo, el resultado era bastante exitoso, salvo el caso de las obras en que hubo que hacer un rescate, pero las que funcionaban y se construían eran exitosas, aunque complicados.

En cuanto a las concesiones, señaló que es un sistema que ha permitido destinar recursos para lograr otros bienes, porque permite liberar recursos para dedicarlos a donde el privado no concurre, y que respecto de la Ley de Concesiones, esta le parece perfectible, pero que las leyes no son su ámbito, sí lo es el área financiera y de negocios.

Respecto de los hechos que generaron el arbitraje, señala no conocerlos y tampoco recuerda los términos del citado acuerdo, pero sí que era por mayores obras que había que conciliar y lo habían visto en el comité de concesiones, pero entiende que debe haber un desencuentro entre quien ordena las obras, concesiones actuó a través del Ministerio de Justicia, y el Ministerio de Obras Públicas. Señaló que se reunía periódicamente con los inspectores fiscales, una vez por semana, y por ello estaba al tanto del avance de las obras.

Finalmente, sostuvo que se preocuparon de rescatar las obras que no estaban en construcción, ajustar la operación de las obras que estaban en funcionamiento y que terminaran las que están en construcción. Respecto de si las

obras tenían más metros construidos, a su entender, sí los tenían y que era ese el detalle del acuerdo a que se llegó.

10º Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado,

En relación con la participación que tuvo el Ministerio en el proceso de cárceles concesionadas, señaló que, aún cuando no le cupo intervención directa en dicho proceso, ha recabado información al respecto.

Explicó que, el modelo de concesión de cárceles fue ideado a inicios del Gobierno del Presidente Lagos por el entonces Ministro de Justicia, señor José Antonio Gómez, como una manera de atender a una problemática constante, que es la sobrepoblación penal y la antigüedad de la infraestructura disponible en el país, a fin de cumplir con el deber del Estado y de la administración para custodiar a las personas que han sido privadas de libertad por resolución de los tribunales. Los esfuerzos de infraestructura penitenciaria en la historia de Chile han sido esporádicos e insuficientes. El promedio de antigüedad de las unidades penales, antes de iniciarse el programa de cárceles concesionadas que hoy el país está protagonizando, era de alrededor de 50 años. Había cárceles en operación del siglo XIX, en otras palabras, se contaba con una infraestructura no coherente con las obligaciones actuales de un Estado de derecho en relación con la población privada de libertad, con los estándares de dignidad y de respeto de los derechos que caben a esas personas que, no obstante haber cometido delitos y haber sido condenadas por éstos, no tienen que ver restringidos sus derechos sino en la estricta medida en que lo haya determinado la resolución judicial que los privó de libertad. Cualquiera otra afectación adicional de derecho, por la vía fáctica, es indebida, y que un Estado democrático moderno debe tratar de superar.

En ese contexto, se pensó que el modelo concesionado o el modelo de concesión de obra pública, que estaba consolidándose podía ser una buena herramienta para atacar el área de la infraestructura nacional que presentaba las insuficiencias porque la magnitud del esfuerzo hacía, entre otras cosas, aconsejable atraer capitales privados para la inversión inicial que sin duda es alta en materia de infraestructura, y si se querían construir varias unidades penales, en realidad más unidades penales y más metros cuadrados de los que nunca se habían construido, simultáneamente en la historia del país, una de las bondades que podía ofrecer para ese propósito el modelo de concesiones era que ese esfuerzo enorme, sin precedentes, fuera financiado por el sector privado en primera instancia y, luego, reembolsable por el Estado a través de los subsidios que se pagan por la construcción y operación. Otras bondades generales que tiene el modelo de concesiones es que, por ejemplo, al no haber pago sino hasta cuando la edificación se encontrara en explotación, vale decir, puesta en servicio, se entendía que ése era un incentivo muy bien puesto para la celeridad de las construcciones. La experiencia ha demostrado que el modelo de concesiones tiene sus bemoles, no obstante, hay que tener presente que la decisión se tomó en el año 2000, con la información que se tenía en esa fecha. Se pensaba que esto podía ayudar a la celeridad del programa de construcción de cárceles y también la incorporación de la mantención como uno de los servicios que debe prestar el concesionario luego de un determinado período. Este modelo permitiría abordar la inversión con recursos del sector privado, que iba a tener incentivos para que esa construcción fuera de calidad y hecha con mayor rapidez, elementos estructurales que tuvieron en vista las autoridades de Gobierno en ese momento para considerar que la Ley de Concesiones de Obras Públicas podía ser una buena herramienta a utilizarse en este esfuerzo histórico que iba a emprender el país.

En cuanto al modelo de operación, hasta ese momento, el sistema de administración de cárceles estaba entregado completamente al esfuerzo público y a los agentes públicos encargados de la administración, de la vigilancia, del gerenciamiento de la unidad penal, de las tareas de rehabilitación y reinserción, todo a través de funcionarios de Gendarmería de Chile. Se pensó que la colaboración público-privada sería una forma de maximizar el beneficio social,

aprovechando las mayores capacidades que tuviera uno u otro sector para desarrollar tales o cuales materias- y que un modelo de operación que incorporara al sector privado, a través de la figura del concesionario, también podía significar, en los hechos, una mejor operación. Se entendió que la misión pública de atender, custodiar e intentar rehabilitar a las personas privadas de libertad, son indelegables. Claramente la responsabilidad, en su conjunto, la sigue manteniendo el Estado, pero son indelegables en cuanto a la ejecución material, la custodia y vigilancia, por ser temas de seguridad. En cambio, la prestación de servicios propios del funcionamiento de la unidad penal podría ser, más eficientemente prestada por el sector privado, como la alimentación.

Por otra parte, agregó, se podría pensar por qué Gendarmería va a ser un mejor proveedor masivo de alimentación que el sector privado, en circunstancias de que en este último sector hay varias empresas especializadas en el tema. Claramente, pueden tener mayor eficiencia en costos, mejores resultados de productividad u oportunidad, en fin. Lo mismo, con respecto al servicio de lavandería. En una decisión más de fondo, hubo contratos con operadores privados para el desarrollo de las actividades concretas de reinserción en las áreas de educación y capacitación laboral. Además de la alimentación, lavandería y salud se incorporó, como parte de la atención a la población penal, las prestaciones de salud, proporcionadas por los concesionarios, mantención de infraestructura, de equipamiento, etcétera.

Este modelo, conocido como mixto, tiene una diferencia cualitativa importante en la historia del sistema penitenciario chileno. Es un sistema plenamente estatal, se pasa a un modelo de colaboración público-privada, donde la construcción se hace con capitales privados, evidentemente reembolsados por el Estado a través de pagos periódicos, y donde parte de la operación se entrega también al sector privado mediante un contrato de concesión. Ése fue el modelo que tuvieron en vista las autoridades de la época para optar por esta modalidad. La meta que se plantearon fue construir 10 unidades penales, de estas mismas características, en un sexenio. En la actualidad, están funcionando 6 de las 10 unidades que comprendían este primer programa de concesión de unidades penales, aproximadamente el 25 por ciento de nuestra población penal bajo el nuevo estándar de unidades penales concesionadas; se están retomando las obras en dos unidades penales, donde hubo paralización de faenas, y estamos avanzando en la licitación de otras dos unidades, a fin de completar las 10 del programa original.

A continuación, leyó parte del documento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos elaborado por don Florentín Meléndez, comisionado de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre el respeto de los derechos humanos para las personas privadas de libertad, que en relación a la situación chilena estableció: *“La Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que los centros de detención concesionados ofrecen condiciones más dignas para los reclusos y sus familias, así como para el personal que allí trabaja. En los centros concesionados no se observó hacinamiento, se registran niveles adecuados de alimentación e higiene, seguridad interior, adecuada separación de categorías de internos, prevención de la violencia interna, servicios penitenciarios que incluyen atención médica y terapéutica, actividades ocupacionales, deportes, talleres y capacitación laboral, entre otros”.*

Precisó que, se deben retomar las obras de Concepción, que están en plena faena; las de Antofagasta, en proceso de adjudicación del reinicio de obras y seguir adelante con las nuevas cárceles de Talca y Santiago II. En el caso de Talca, se está licitando el diseño ya que está adquirido y destinado el terreno, en cambio, en Santiago II se está en la parte final de compra de terrenos. Aún cuando se usará como modelo el sistema de concesiones se intentará aminorar los riesgos que pueda producir en los costos el detalle específico de lo que se va a construir –recordemos que se licitó diseño, construcción y operación- En el caso de Talca, y probablemente en Santiago, se licitará sólo construcción y operación, para minimizar un poco los riesgos de

diferencia de costos. Indica que se harán cargo de entregar los planos, lo que permitiría acotar con mayor precisión la obra y sus posibles costos de construcción.

Afirmó que, en el sector público, la dotación de infraestructura nueva está en manos de una unidad especializada, que es el Ministerio de Obras Públicas, y los demás ministerios actúan como sus clientes; clientes obligados, es decir se debe construir a través del Ministerio de Obras Públicas, que cuenta con dos herramientas mediante las cuales dota al país de nuevas obras públicas: la Dirección de Arquitectura, modelo tradicional, y la Unidad de Concesiones, que es un modelo nuevo, de la nueva Ley de Concesiones de Obras Públicas. El Ministerio de Justicia ha sido cliente permanente de la Dirección de Arquitectura y cliente ocasional de la Unidad de Concesiones. Entonces, el modelo de construcción de obras públicas por parte del Ejecutivo radica en la unidad técnica del Ministerio de Obras Públicas, a la cual los demás ministerios le entregamos un mandato bastante amplio en sus alcances, e irrevocable, porque el legislador entendió que, siendo la construcción de obras públicas una cuestión específica y técnica, había que contar con una unidad especializada, y los clientes, entre comillas, los ministerios sectoriales, no podían tener ni la responsabilidad directa ni intervenir demasiado en el proceso de construcción, por cuanto es un proceso técnico que debía quedar en manos especializadas. En consecuencia, la definición básica para el sector público es que construya a través del Ministerio de Obras Públicas. Los demás actuamos como “clientes” -sé que esta palabra no es propia, desde el punto de vista formal y administrativo-, por cuanto le damos a conocer qué necesitamos, qué queremos, qué necesidades pretendemos satisfacer, sea a través del modelo tradicional, con la Dirección de Arquitectura, o del modelo nuevo, con la Unidad de Concesiones. La administración de ese encargo está en manos del Ministerio de Obras Públicas, lo mismo que la inspectoría fiscal y la asesoría a la inspección fiscal. Ésta última corresponde a un grupo de profesionales contratados para hacer el seguimiento de la obra, desde el punto de vista físico, financiero, etcétera. Advirtió que el Ministerio de Justicia paga los estados de pago que vienen debidamente validados por la inspección fiscal del MOP, pero no administra ni fiscaliza ese contrato.

Consultado sobre la diferencia de control en el costo estimado y en el que realmente se pagó por las construcciones de las cárceles, explicó que la documentación sobre cuándo se produjo tal o cual aumento de obra, cuándo se cambió tal o cual especificación de una unidad penal, cuál fue la reclamación que interpuso la empresa constructora, qué fue lo que reclamó, en términos de obra y también administrativos; si alguna decisión del Estado no se aplicó con la prontitud necesaria, lo cual le provocó algún perjuicio económico; cuál es el costo que la empresa tuvo en asesorías o en representación jurídica para defender sus derechos durante la ejecución del contrato, en fin, todo eso corresponde a información oficial que maneja la unidad ejecutora, que es la inspección fiscal del Ministerio de Obras Públicas, que, en el caso que les preocupa, es la inspección fiscal de la Unidad de Concesiones de dicho ministerio.

El sistema de resolución de conflictos establecido en la Ley de Concesiones ha resultado en la práctica muy poco protector del interés fiscal. Es un sistema con comisiones arbitrales, en el que cada parte designa a un árbitro y hay un tercero que supuestamente es imparcial. No obstante, este modelo y sus resultados prácticos, empujan hacia el alza de costos, porque si la señal es que las comisiones arbitrales tienden a ser bastante comprensivas con las pretensiones de la concesionaria, la señal para el Estado es que no le conviene litigar, sino más bien aceptar las pretensiones de costos, porque en el litigio puede salir peor.

El modelo de concesiones descansa en un delicado equilibrio que ha resultado ser exitoso en Chile. El riesgo que el sector privado toma al hacer la inversión es un riesgo que asume sobre la base de tener cierta seguridad en los retornos. Es lo esencial para que tome el riesgo. Cuestiones como el sistema de resolución de conflictos no son menores para ellos. Las empresas transnacionales que participan en este tipo de inversiones altas, que generalmente son capitales extranjeros, lo primero que piden para invertir en un país es saber cuál es el sistema de resolución de

conflictos que existe en él. A su juicio el resguardo del interés fiscal, en el caso del modelo de concesiones, como se trata de un modelo de colaboración público-privado, debe hacerse lo más compatible posible con el interés privado.

Opinó que, el sistema de resolución de conflictos es claramente favorable al interés del concesionario y contrario al interés del Estado, no obstante se debe tener presente que ello puede tener que ver con la viabilidad de las concesiones como modelo de negocio. Si los conflictos de intereses se vieran en la justicia ordinaria, tal vez los inversionistas extranjeros no estarían dispuestos a hacer la inversión.

11º Jefa de la Oficina de Planes y Estudios del Ministerio de Justicia, señora Beatriz Barrera.

Explicó que el anteproyecto fue lo que se presentó al proceso de licitación, con sus pautas mínimas, y fue trabajado en Gendarmería en conjunto con el Ministerio de Obras Públicas. Trabajo previo que se realizó entre los años 1998 y 2000, luego de lo cual las licitaciones fueron publicadas. Efectivamente, en las pautas mínimas de diseño que forman parte del contrato había muchas especificaciones técnicas que no estaban tan detalladas y muchas fueron sujeto de interpretaciones. Por tanto, a raíz de interpretaciones que hizo el concesionario, se ocasionó una distorsión en los metros cuadrados construidos. El Estado y el MOP reconocen que en los grupos 1 y 3 hubo metros cuadrados adicionales construidos, respecto de los que se mencionaban en las bases de licitación como metros cuadrados estimados. En estos casos siempre se habla de cantidades estimadas, esto es, se estimaba que se iba a construir una cantidad de metros cuadrados, pero se terminó construyendo un porcentaje mayor. El Estado pagó. Sin embargo, muchas de las reclamaciones de las empresas concesionarias tenían que ver con otros temas como retrasos en nombrar al inspector fiscal o retrasos en la entrega de información, con todos sus intereses asociados, reclamaciones que no tienen sólo que ver con obras extraordinarias, sino con una serie de otras situaciones que más bien le corresponden al MOP. Indicó que, no tenía el detalle específico de cada una de las reclamaciones, pero si los montos de cuánto se pagó. Respecto de los costos, se debe diferenciar entre el costo que realiza el privado versus el costo que pagará el Estado por esa inversión. Es decir, una cosa es lo que pagó la empresa concesionaria, y otra es lo que pagará el Estado por esas obras. El Estado pagará por diez años los subsidios a la construcción de las cárceles, que incorpora diseño, construcción y equipamiento. Además, el Estado pagó a través del MOP los cierres de cada uno de los grupos que, en el caso del Grupo 3, fue un convenio complementario, donde se reconocieron obras extraordinarias, que el MOP pagó. En el caso del Grupo 1, hubo una serie de reclamaciones que llegaron hasta la Corte Suprema, donde se alcanzó un acuerdo. En el caso del Grupo 2 -Concepción y Antofagasta- el Estado recuperó las obras y dio término a la concesión. El rol del Ministerio de Justicia en el caso de las cárceles concesionadas, es de solicitarle al MOP, en su calidad de mandatario, la ejecución de una obra a través de la Ley de concesiones. Sin embargo, muchas veces, por la naturaleza específica de las obras, que son de seguridad y siendo temas desconocidos por el MOP, se generaban dudas, principalmente, respecto de temas de seguridad. Ahí, el inspector fiscal consultaba al Ministerio de Justicia que, a su vez, pedía su opinión a Gendarmería. Reitero, todas esas consultas tenían que ver con temas de seguridad.

Concluyó señalando que la responsabilidad del Ministerio de Justicia era que las cárceles cumplieran con todos los estándares mínimos de seguridad. El inspector fiscal como administrador del contrato era el encargado de informar a la empresa concesionaria, cuando existía este tipo de dudas, sobre qué se debía o no debía hacer.

12º Director Nacional de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Jiménez.

Hizo presente que asumió su cargo partir de abril de 2007, fecha en la que comenzó a trabajar en el sistema de concesiones. Antes,

habiéndose desempeñado como jefe de Auditoría Interna del servicio, realizó auditorías respecto del funcionamiento de las unidades concesionadas que ya habían ingresado en el servicio, existiendo una inspección fiscal a la que le corresponde la fiscalización efectiva de la concesión. Al asumir su cargo estaban pendientes las cárceles de Antofagasta y Concepción, el trabajo se comienza a hacer a través de la Unidad de Concesiones, especialmente a través del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Obras Públicas, con el objeto de licitar nuevamente el inicio de la construcción de estos dos penales, cuestión que se maneja directamente a través del Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Justicia, y que termina en la licitación de Concepción.

Respecto de Santiago II y Talca, al asumir, se analizó la compra de terrenos, especialmente en Talca, el cual fue adquirido. Se hicieron todos los estudios del caso del terreno, del acceso, de factibilidades, etc. Luego se procedió a comenzar los trabajos con la Contraloría, con el Ministerio de Obras Públicas, con Bienes Nacionales, etcétera para la compra del terreno. Lo mismo sucede con el terreno en Tiltil, que sería Santiago III, en el cual se están haciendo los estudios de aguas y todo lo correspondiente para dar inicio a las obras. Por lo tanto, se producen algunas modificaciones que no dicen relación con que el diseño sea malo o que haya descoordinación, sino que responden a situaciones que se producen durante la ejecución de las obras.

Consultado sobre un real análisis de la proyección de la población carcelaria en los recintos, contestó que Gendarmería, siempre ha participado en el establecimiento de parámetros de lo que puede ser el crecimiento de la población de internos, llámese imputados, condenados y rematados. La proyección se está haciendo para establecer parámetros de crecimiento al 2015, pero no hay ningún sistema real que pueda funcionar frente a hechos exógenos. Hasta hace poco se trabajaba con un crecimiento aproximado de mil internos al año y sólo en 2006 hubo un aumento explosivo, entre dos mil y tres mil internos, lo que rompió absolutamente los parámetros históricos.

Agregó que, se toman suficientes medidas para mitigar los problemas que se puedan suscitar para evitar un colapso. Indicó que se han hecho traslados de internos, debido a que, desde hace un año se venían readecuando espacios en Colina 1, desde San Miguel, donde se está reparando la torre cuatro, para recibir a los nuevos internos. La política de Gendarmería es que en la medida que vayan existiendo cárceles concesionadas, se puedan recuperar algunas unidades penales que van quedando desocupadas, a fin de no sólo cambiar la calidad de vida, sino también aumentar cupos y espacios, bajo el prisma de mejorar lo que hay. Hizo presente que es difícil encontrar un terreno para construir, que cumpla con los requisitos técnicos y geológicos, como un terreno liso y sin mucho declive, porque eso impide la seguridad, con base geológica suficiente, para soportar este tipo de construcción, y que cuente con un buen sistema de alcantarillado y con acceso al agua. Cuando se construye una cárcel, sobre todo de las dimensiones y de la estructura en estudio, siempre se producen algunas modificaciones al diseño original, debido a las circunstancias específicas que se van dando a través de seguridad. Por lo tanto, en el caso que se señala probablemente se produjeron, pero estaban dentro de los parámetros del diseño. No se trata de que fuera un mal diseño per se, que obligó a que tuvieran que realizarse estas adecuaciones.

Consultado sobre la baja de la calidad en los materiales, respondió que ni el Ministerio de Justicia, ni Concesiones ni Gendarmería han detectado problemas ni situaciones de gravedad en la calidad de la obra. Y de haberse dado alguna situación que diga relación expresa con la calidad de la construcción, tendría que asumirlo la empresa concesionaria, lo que, en casos específicos, se ha hecho. Para ello se siguen los canales normales de procedimiento que establece el propio contrato.

13º Jefe de la Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, señor Marcos Lizana.

Ingresó a Gendarmería de Chile (GENCHI) el año 1992; desde el año 2003 al 2004, se le encomendó una unidad para colaborar desde la visión de Gendarmería en la implementación, puesta en marcha y operación de establecimientos penitenciarios, y desde el 2004 a la fecha, actúa como la contraparte de Gendarmería en esta materia.

El proceso de concesiones se inició en 2000 con una situación penitenciaria extremadamente difícil, con sobrepoblación y movimientos y sucesos penitenciarios que escapaban a la situación penitenciaria habitual, de modo que ante los resultados en otras áreas, se optó por este sistema para sanear el déficit de infraestructura y servicios penitenciarios, dado el crecimiento de la población que hacía escaso las inversiones desarrolladas a la época. Luego de determinar la conveniencia y viabilidad del sistema, se creó un equipo multidisciplinario en GENCHI, para determinar objetivos, número de vacantes y legislación en la materia, para determinar la utilidad del diseño y en él se designó un representante de cada departamento de GENCHI. El Ministerio de Justicia y GENCHI comenzaron con la promulgación de los requerimientos técnicos, financieros, estadísticos y calidad del servicio para determinar los estándares de requerimiento. Con este fin visitaron distintos países y así conocer su experiencia. Entonces se elaboraron los requerimientos técnicos y pautas mínimas que debían tener los recintos carcelarios (espesor de muros, metros por interno, etc.)

Después de elaborar estos requerimientos se inició el trabajo con obras públicas con miras a redactar las bases de licitación y en ellas participó una variedad de profesionales que aportaron su visión del fenómeno carcelario. La Unidad de Concesiones de Gendarmería se crea para poder interactuar con los privados en un marco regulatorio específico y detallado.

Respecto de los costos de mantención de un interno en cada penal, señaló que, dependen de las variables que se consideren y de lo que se pretende lograr como conducta de los sujetos con la intervención del Estado. Una cárcel tradicional tiene un costo entre \$7.000 (siete mil) y \$11.000 (once mil) pesos por preso y las concesionadas son más caras. Se deben considerar los costos fijos de operación, sueldos del personal y gastos básicos. Los gastos son más altos en las cárceles concesionadas, pero son estándares también distintos. En todo caso, incluye los subsidios de operación, gasto en personal y servicios básicos. Esto depende de los que se exija en las bases de licitación. Señaló que comparados con los estándares europeos, la operación de las cárceles de Chile es más barata que cualquiera de Europa, pero más cara que muchas de Latinoamérica, siendo el mínimo servicio estándar a garantizar la alimentación, que se encuentra sujeto a normas de la FAO, test nutricionales y sistemas de respaldo en caso de fallas y por los cuales la empresa siempre debe responder. En materia de salud, se intentó solucionar un problema fundamental cual era la salida de internos desde el sistema penitenciario al medio libre con los consiguientes problemas de seguridad para la población en general, por eso el modelo implica evitar la salida de los internos por problemas de salud.

Explicó que las bases de licitación se elaboraron tres años antes de hacerse cargo de la unidad y los procesos de licitación estaban adjudicados. Las bases de licitación establecen un modelo de desarrollo de la concesión, DBOT (Desarrollo Construcción, Operación y Transferencia) y por ello durante el proceso de licitación se laboran 2 instrumentos: Pautas Mínimas de Diseño y Bases de Licitación. Las pautas mínimas de diseño son eso, requerimientos básicos que el participante debe formular en su anteproyecto. La relación con el Ministerio de Obras Públicas se dio a través del Inspector Fiscal, quien contó con la asesoría respectiva, dado que era él quien llevaba el control de la obra, la unidad de concesiones aportaba su visión por entender que eran ellos quienes trabajarían con ellas y que habían elaborado las pautas en conjunto con el Ministerio de Obras Públicas. En las reuniones, que eran periódicas con el

inspector fiscal, se revisaron planos y metodologías constructivos y consideraban su opinión como una de tantas que debían darse, asimismo, si el inspector fiscal consultaba por la manera de interpretar una determinada cláusula en las bases de licitación, no se le daban instrucciones al inspector fiscal porque el único que fiscaliza e imparte las instrucciones es el inspector fiscal que era con quien se coordinaba.

En cuanto a la calificación del proceso como normal, señaló que se entiende así dentro del proceso constructivo, dado que en su experiencia con los contratos tradicionales es común ver a las empresas constructoras solicitando nuevas cantidades para la construcción en atención a lo que permite el reglamento de obras públicas, por ello los cuestionamientos de infraestructura no tienen nada de extraordinario, los técnicos del ministerio tienen un razonamiento claro, pues establecen los costos respectivos y formas de ejecución, de manera que, según su apreciación, corresponde al desarrollo normal de negociación y definición de una obra como ésta.

Explicó que, evidentemente, no contar con las cárceles de Concepción y Antofagasta es un problema grave, dado que las proyecciones de población indican que se debe contar con ellas. Respecto del aseo de los rociadores o sprinkler se determinó que estos debían estar, sobre todo, considerados este tipo de construcciones donde los internos son responsables del daño a las mismas y por que así lo establecía la ordenanza. Respecto de los sobrecostos, no se puede determinar que es mucho o poco en este caso concreto, pero en las bases se estableció claramente que era un presupuesto referencial. Nunca se pidió nada más allá de lo que pedían las pautas mínimas y las bases de licitación, pero el desarrollo del proyecto hizo el presupuesto más elevado.

Antes de la licitación, la Unidad de Concesiones de Gendarmería participó en la elaboración de sus bases, en las pautas mínimas de diseño y emitió opiniones durante el proceso de análisis de las ofertas. Con posterioridad, una vez adjudicado el contrato, todo quedó en manos del Ministerio de Obras Públicas, de modo que, sólo se formuló opinión respecto de algunos temas que se les consultó. Sin embargo, muchos de ellos habían quedado resueltos en el Grupo 1, de manera que no era tanta la temática a discutir en comparación con el Grupo 2.

14º Presidente Nacional de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP), señor Pedro Hernández.

Hizo notar que, la experiencia de las cárceles concesionadas demostraba que, si bien la infraestructura es acorde con los requerimientos de los internos, no lo ha sido respecto de los requerimientos del personal, ya que, por ejemplo, en el caso de la cárcel de Santiago I, el personal de Gendarmería debe albergarse en pasillos improvisados, careciendo, incluso, de baños, y en el tema de la alimentación se han debido realizar algunas movilizaciones en demanda de mejoras. El principal problema que les ha provocado el sistema concesionado de cárceles es el no contar con el personal suficiente para cumplir con el requerimiento y diseño planteados.

En un principio se suponía que este sistema cambiaría el actual e inhumano sistema de turnos que tiene el personal de Gendarmería, ya que en la actualidad un funcionario de Gendarmería trabaja 6, 8 o 10 veces más que un funcionario en la administración pública. Hizo presente que el alto número de módulos en estas unidades penales no tenía relación con el número de funcionarios que allí trabajan, ya que el diseño establecía seis funcionarios por cada módulo, y en la actualidad había uno por cada dos, lo que había redoblado las funciones del personal, haciéndolos trabajar más tiempo y haciendo aún más difícil y agotadora la tarea de mantener el control de la población penal.

Agregó que no habían recibido beneficios en la parte laboral, aunque éstos podían darse para los internos que se albergan, porque sus condiciones de vida cambiaron significativamente respecto de lo que eran los establecimientos tradicionales. Cuando se inició el proceso de las cárceles

concesionadas, no se llegaba a la cifra de 28 mil reclusos, en circunstancias que, en la actualidad esa cifra casi bordeaba los 49 mil internos, previéndose un nuevo colapso próximamente. Estimó que para que esta experiencia de frutos, tanto para los trabajadores como para los reclusos, el Grupo 4, Santiago-Talca, obra que constituye el próximo proceso de construcción, debería ir a la par con las necesidades del personal, para lo cual habría que tomar en cuenta el incremento permanente que está teniendo la población penal.

En materia de reinserción, las concesiones no han significado ningún avance, puesto que ha faltado eficiencia en la labor que debe efectuar el inspector fiscal. Reiteró que el rol de la fiscalización ha sido ineficiente, pues no se puede efectuar eficientemente desde un escritorio el cumplimiento de los contratos, por lo que hay talleres que están funcionando al 50 por ciento, en circunstancias de que deberían estar haciéndolo al ciento por ciento, y agregó que rehabilitación, la readaptación y el trabajo que debían realizar los internos al interior de los recintos carcelarios no se está cumpliendo de acuerdo con los contratos.

Recordó que, cuando se inició el proceso de construcción de cárceles concesionadas, se les consultó y lo primero que hicieron fue dar a conocer el problema de hacinamiento en los recintos penitenciarios, razón por la que se les prometió que el personal iba a trabajar en otras condiciones y que desaparecerían los turnos que hoy se realizan, los que se asemejarían a los de los recintos hospitalarios, en donde se trabaja en cuarto turno, con jornadas de ocho horas diarias, lo que no ha sucedido.

15º Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza.

Comenzó su exposición señalando que es bueno que la sociedad civil, en general, y la comunidad parlamentaria, en particular, conozca del trabajo que realiza el organismo que dirige. También es bueno que vean de una u otra forma, una suerte de autocrítica de la Contraloría. Le parece importante nombrar las zonas de debilidad del servicio, porque, desde el punto de vista de la fiscalización que le corresponde a la Contraloría, quizá, no se ha estado en la oportunidad debida. Recordó, al respecto, que hay un hito muy importante, que es un dictamen de 28 de diciembre de 2007, en relación con las formas de modificación a los contratos de concesión de obra pública, particularmente a la aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones, y decidieron, por así decirlo, cerrar la puerta, vestirse y ponerse serios para ver qué se está haciendo. Eso es importante explicarlo, a su juicio, pues son cosas extraordinariamente técnicas, que a los abogados les cuesta entender y a la sociedad civil aún más.

En cuanto a la concesión de obra pública, entraron sobre la base de dos grupos de potestades que se encuentran en el ordenamiento jurídico y que se desembarcan sobre la base de un control tanto jurídico como de fiscalización que, más bien, en el marco de las potestades de la auditoría les otorga el artículo 21 a), de la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336. En un marco jurídico constitucional básico, el artículo 98 les pone de cargo, como de responsabilidad propia, la toma de razón como un instrumento de control jurídico, donde han tenido mucha actividad. Desde hace tiempo, han tomado razón de bases, de circulares aclaratorias, de adjudicación, de convenios complementarios; sin embargo, reconoció que esa toma de razón fue pro administración y no pro control. La Contraloría, de buena fe, ha tenido la sensación, señaló, de hacer ingresar al ordenamiento jurídico determinados actos que, en definitiva, sobre la base de los principios de la buena fe, ésta entiende que, muchas veces, no se cumplieron en forma adecuada.

Exhibió una toma de razón respecto de una serie de resoluciones del año 2002, que señala: "La Contraloría General ha dado curso a los documentos del rubro que aprueban bases y antecedentes en la licitación para la asesoría de la inspección fiscal que indica, en consideración a que, por oficio ordinario N° 110 del

año en curso, el servicio ha asegurado que se efectuarán las modificaciones señaladas por este organismo en los documentos que se mencionan en el citado oficio”. En otras palabras, el servicio dijo: sí, se hará la toma de razón y la Contraloría así lo hizo. Entonces, agregó, hay una observación y un diálogo entre la Contraloría y el Ministerio. La Contraloría, por su parte, tiene clara conciencia de que no puede ser tampoco un impedimento al logro y al objetivo del bien común que supone la implementación de decisiones públicas que le corresponden a la administración activa. No es un entorpecedor, pero sí un fiscalizador en el contexto de la toma de razón. Ese entorpecimiento cede sobre la base de una decisión del ministerio que lo manifiesta en oficio ordinario –refiriéndose a 2002 ó 2003-, donde la Contraloría dice: “mire, le creo y lo voy a dejar entrar, pero, en realidad, no lo haga más”. Esto es como cuando uno reprocha a los niños. Por lo tanto, se encontraron con una enorme actividad que realizan, como es la toma de razón, y, por otro lado, una auditoría con la función de fiscalización técnico-financiero, donde se observa que se cumplan las normas jurídicas y, a su vez, analizan las transacciones financieras que se producen en una operación de esta naturaleza. Además, desde el punto de vista técnico –acotó-, la Contraloría realiza una labor de fiscalización técnica desde el punto de vista de las obras.

Estos problemas que se producen y que son objeto de esta convocatoria, se encuentran insertos en un programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, dividido en tres grupos. Desde luego, subrayó, estas concesiones no funcionaron bien por las consecuencias que se conocen y que, además, son de público conocimiento. Todos los contratos se materializaron a través de una decisión que le compete al Ministerio de Justicia, el cual ha celebrado convenios de mandato con el Ministerio de Obras Públicas, pues éste, en el contexto de la Ley Orgánica de Concesiones, es el único ministerio que tiene las atribuciones para entregar estas concesiones y administrar este proceso concesionario.

En el grupo 1, se encuentran los establecimientos penitenciarios de Iquique, La Serena y Rancagua. Aparecen como empresas adjudicatarias Besalco, Astaldi S.A. y Sodexho. En mayo de 2007, la Comisión Arbitral acogió los planteamientos de las empresas demandantes y ordenó al MOP extender plazo para la fase de explotación, aumentó plazo de concesión y pago por concepto de obras adicionales y servicios. Inicialmente, este pago era de 2.400.000.000 (dos mil cuatrocientos millones de Unidades de Fomento) y, producto de una transacción que se celebra en la Corte Suprema, ésta aprueba actas de conciliación entre el 2 y el 29 de julio de 2008. El MOP autoriza el pago de 2.162.500 UF (dos millones ciento sesenta y dos mil quinientos Unidades de Fomento) -es una gran cantidad de recursos-, más los intereses a la concesionaria, dinero que el MOP comenzó a pagar de acuerdo a las fórmulas acordadas en esa conciliación, conforme al decreto N° 608, de 2008.

Explicó que la Contraloría dictó una decisión jurisdiccional. En el fondo, es una conciliación que se produce en sedes jurisdiccionales, que tiene naturaleza transaccional y lo equivalente a cosa juzgada. En realidad, la Contraloría tiene muy poco que hacer cuando se trata de un acto administrativo que ejecuta una decisión y que da cumplimiento al pago de una decisión judicial. Sin embargo, tomamos razón con alcance, en lo sucesivo, estos recursos económicos deben hacerlos con cargo a la imputación presupuestaria que se señaló por una cosa de orden presupuestario. Aclaró que, no se había hecho de esa forma, fundamentalmente, porque no había Código VIP para esta obra. La ausencia de ello hacía que no tuvieran un clasificador presupuestario y, seguramente, en la administración activa había más recursos abiertos en la glosa a la cual se le estaba haciendo la imputación y no a la que debe hacerse dicha imputación. Se le hace ese alcance y ése es el estado del grupo 1.

En el grupo 2, hay dos establecimientos penitenciarios: uno en Antofagasta y otro en Concepción. Se le adjudicaron a Besalco S.A., a Torno Internazionale S.A. y a Sodexho, los cuales también fueron llevados a la Comisión Arbitral, donde se propusieron bases de conciliación, aceptadas por las partes, lo que fue zanjado al final por el decreto N° 868, de 2006, del MOP que aprobó el convenio, donde

se extinguió, por mutuo acuerdo, esta concesión. Ése sería el estado en que se encuentra el grupo 2.

El grupo 3 –a su juicio-, es un tema muy complejo, ya que, se produce un cambio de jurisprudencia. En el se encuentran tres establecimientos: Santiago, Valdivia y Puerto Montt. El decreto N° 90, de 2004, se le adjudica a Vinci Construction Grand Projects. Se aprobaron estos convenios complementarios, se modificaron obras, plazos y pagos el 2006; se aprobó un segundo convenio complementario el 2007 -también fue con toma de razón con un alcance, el 28 de diciembre del mismo año- y aquí es donde comienza a cambiar el criterio, “Respecto de la aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones y el artículo 69 del reglamento, que en lo sucesivo, se deberán arbitrar las medidas tendientes a que la autoridad se ajuste estrictamente, y con la debida oportunidad, tanto en los procedimientos y medidas que adopte, como en los convenios que celebre, en el marco de dicha legislación, a sus disposiciones, y, a las demás pertinentes que le sirvan de fundamento”.

Argumentó que, la frase “... y con la debida oportunidad, tanto en los procedimientos y medidas...”. importa que el derecho no puede ir en contra de la realidad. El principio de la realidad es básico para la existencia de las normas. Dependiendo de la forma en que se respetan las normas y se construye la realidad, el derecho funciona. Si persistentemente se choca contra la realidad, quiere decir que no se están cumpliendo las normas o no interesa cumplirlas. Antes, las obras complementarias se hacían u ordenaban por simples anotaciones. Por consiguiente, se ordenaban sin la materialidad formal que exige el artículo 19 de la Ley de Concesiones. Es decir, un decreto fundado que diera cuenta del interés público en el que se encontraban las obras que se iban a complementar o encargar, el cual debía ser emitido y tomado razón antes de la materialidad de las obras. Acá se ordenaban varias obras y, una vez que se tenía un conjunto o paquetes de obras ya ejecutadas, se decidía formalizarlas mediante un decreto que se enviaba a toma de razón. Por lo tanto, la Contraloría no tenía nada más que efectuar la toma de razón o, a lo mejor, hacer una especie de demostración, en el sentido de realizar algún alcance en el que dijera que estaba incómoda con la situación planteada.

Por tanto, lo que ahí se está diciendo es que no se puede disponer, de manera formal, la ejecución de obras que se generen o sean necesarias de materializar, por interés público, en el contexto del contrato de concesión si no media el correspondiente acto formal, que es el decreto con la debida toma de razón, para iniciar la ejecución de las obras. Ésa es una advertencia que se hizo a la administración y no es un cambio de las reglas del juego. Por el contrario, se le estaba diciendo que se van a usar estas reglas. Se le está diciendo que se va a cumplir estrictamente la ley.

Asimismo, el párrafo siguiente dice: “... si bien el artículo 19 de la Ley de Concesiones y el 69 del reglamento, tienen por objeto facilitar el funcionamiento del sistema de concesiones, ello no obsta a la excepcionalidad con la que fueron concebidos, y por consiguiente, a la interpretación restrictiva que debe preceder a su aplicación”. Aquí se había creado un ambiente muy bueno, en el sentido de que había que terminar la obra, pero eso hay que hacerlo dentro del derecho, de las normas, del presupuesto y de la oportunidad. A partir de 2007, se cerró esa interpretación extraordinariamente finalista. En realidad no es finalista, aclaró, sino elusiva, porque el fin significa dar una interpretación progresiva en relación a un contenido excepcional, para satisfacer algo de manera excepcional. Ahora, el fin no es actuar siempre de manera finalista. La interpretación finalista es el último método que se debe utilizar, pero no siempre debe ser nuestro método de interpretación, pues lo nuestro es un control preventivo, objetivo y normativo. El finalismo, como exégesis, tiene que estar en la interpretación de un dictamen y no ser la barrera de toma de razón. Por eso, se le advirtió al MOP que debía dar cumplimiento a: “...la oportuna dictación del decreto supremo

fundado, de modo tal, que el control previo de juridicidad pueda efectuarse en forma eficaz y no sobre situaciones jurídicas ya consolidadas”.

La noticia buena es que el Ministerio de Obras Públicas, ha tenido una relación bastante directa para cumplir estas normas de manera estricta. Tal es así que, de una u otra manera, el MOP dijo: “Tenemos una serie de obras en ejecución, establecidas en una serie de contratos, que ya se comenzaron a hacer.” El principio de la realidad es muy sano cuando está acompañado de sentido común, por lo que se le dijo al MOP: “Háganos una lista de las obras que están en ejecución y de los contratos de concesión en que están dichas obras y cerramos la lista. De manera tal que no se produzca una situación ex norma.” Eso es lo que, efectivamente se ha hecho. Este dictamen se ha cumplido de manera estricta a partir de 2008.

Respecto al tema de las cárceles la Contraloría ha hecho varias cosas, algunas de buena calidad y, otras, no tanto. En un intento de ir cubriendo las expectativas que les corresponden dentro del ordenamiento jurídico y de responder, de la mejor forma posible, a los requerimientos parlamentarios en el tema de las cárceles. De hecho, hay un informe, que fue emitido al senador Navarro, en relación con el tema de las cárceles, en donde se dio una visión más global de esta materia. Dicho informe da una serie de instrucciones a la administración activa, en el sentido de las conductas que deben ser cumplidas. Señaló además, que hay sumarios que están ordenados instruir y que están pendientes. Y que en este minuto, se está realizando la revisión de lo que se hace por parte del MOP.

Luego, están las observaciones de auditoría, que es otro rol de la Contraloría, que dicen relación fundamentalmente con los aspectos técnicos. En los tres grupos hay deficiencias técnicas que han sido puestas en conocimiento de la autoridad administrativa.

En el grupo 1, hay problemas de estabilidad de las estructuras, afloramiento de humedad en pinturas, falta de alambrado de seguridad y desaplome de muros de separación.

En lo que dice relación con el sumario, ordenado hacer por el dictamen N° 30.978, de 2008, la instrucción dada al MOP es que se haga un sumario respecto de los inspectores fiscales, porque éstos debieron haber previsto y denunciado, por el contenido exacto de su función y labor, las deficiencias constructivas que están siendo observadas, porque fue después de la construcción. Los inspectores fiscales de estas obras no son funcionarios públicos, sino funcionarios que se reputan como agentes públicos en el contexto de las leyes de presupuestos de cada año. De esta manera, nuestra responsabilidad dice relación con la responsabilidad disciplinaria de ellos, la cual es perseguible, pero no tiene los mismos efectos que en un funcionario público, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que puedan nacer de la deficiencia, inobservancia o del mal trabajo del inspector fiscal, porque, en esos casos, ellos responden civilmente en el contexto de las obligaciones de cuenta que establece la Ley N° 10.336.

Consultado respecto de si la inspección es como la causa eficiente de lo que pasa, señaló que sí lo es. Cree a su entender a su entender los problemas, esencialmente, pasan por dos o quizás tres aspectos medulares. El primero, es la calidad de los proyectos. Al respecto, la señora María Isabel Carril, sub jefa de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes de la Contraloría, señaló que, detectaron 115 cambios de láminas a nivel del proyecto primitivo, lo cual, por supuesto, implica deficiencias a nivel de lo inicialmente pensado.

Continuó el señor Contralor señalando que, se hicieron 115 cambios a las láminas en el proyecto. En consecuencia, el proyecto original tiene un error de diseño. La oferta económica parte con un proyecto original, que enseguida va cambiando; por tanto, todos los elementos que son aparentemente accesorios al proyecto, pero que en realidad son los principales, porque dicen relación con su costo

económico, van mudando. En consecuencia, esto se convierte en una especie de descontrol. Por eso es tan importante el cambio de criterio respecto de la posibilidad de nuevas obras o de modificación de diseño, a la luz de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones, por una parte, un límite, pues no se puede llegar más allá de un determinado porcentaje. Tal límite salvaguarda el interés fiscal. Por otra parte, una consecuencia: no se gastan los recursos antes de saber si está jurídicamente bien. En consecuencia, persistirá el problema de la calidad de los proyectos de manera permanente en tanto el proyecto no tenga un valor agregado en el precio de la concesión. Es decir, si se incorpora el costo real del proyecto óptimo y se paga, habrá menos dificultades en el cumplimiento de la ejecución del proyecto.

Argumentó que, si se revisan los contratos de construcción de obra pública, todos ellos tienen dos dificultades. La primera, está en el reglamento del MOP, en materia de contrato de construcción de obra pública y adjudicación de proyectos. El reglamento establece que se debe adjudicar al proyectista más barato. En consecuencia, señaló, siempre se adjudican malos proyectos en materia de construcción de obra pública. Ahora bien, como el proyecto es malo, necesito enderezar la carga en el camino, y para ello se requieren mayores obras. Si tengo un proyecto mal hecho y lo llevo a suma alzada, en que no tengo posibilidad alguna de modificar su contenido y la cantidad de las obras, como contratista, no entro a la licitación. Lo que está pasando hoy día es que hay un montón de proyectos que quedan desiertos, por cuanto el contratista no va a entrar en esa licitación.

Otro tema no menor, subrayó, es el de la fiscalización. El mismo defecto presente en la adjudicación al proyectista más barato se le entrega al asesor de la inspección fiscal más barata. Entonces, se tiene un proyecto de mala calidad y un inspector fiscal que no es el mejor preparado. Hay estupendas empresas de asesoría y muy buenos inspectores fiscales. Pero es un problema de expectativas económicas.

Consultado respecto de la mala calidad de la construcción, los informes dan cuenta de ello, señaló que, si la construcción se emplazó en una vía aluvional, como efectivamente ocurrió, es otro tema. Si hay una restricción desde el punto de vista urbanístico, con una prohibición de emplazamiento en una zona determinada, y se detecta que se está construyendo allí, seguramente la Contraloría no va a tomar razón. Sobre los aumentos de obras, manifestó que éstos se convenían y al final se hacían los decretos. O sea, los aumentos de obra ya estaban. De hecho, llegaba el decreto al final.

En relación a qué hace la Contraloría al terminar un informe de auditoría, señaló que tienen un imposible, que es hacer loas, decir que bien lo hacen o que estamos orgullosos de tener servidores públicos de tal naturaleza. La otra forma de fiscalización, la más común, es hacer observaciones conducentes a la corrección de procesos, que en realidad es el rol más colaborativo. Donde hay ciertos errores de proceso, se hacen las sugerencias y se pide que se corrijan esos procesos. Una tercera fórmula es determinar si hay ilícitos administrativos en los hechos que fueron materia del informe de auditoría. Por lo tanto, el servicio pertinente debe instruir un sumario administrativo o hacerlo la Contraloría General de la República, de conformidad con su resolución N° 236 y con el texto de la Ley N° 10.336. En concreto, el informe de cárceles que se envió al Parlamento decía que el Ministerio respectivo debía instruir un sumario, de manera que ese organismo debió haberlo iniciado hace algunos meses.

En seguida, agregó, realizan una trazabilidad de los informes, de modo que cada cierto tiempo observan si se cumplieron o no las medidas. Desde que llegó la citación, la subjefe de la división de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes, VUOT, señor María Isabel Carril, ha reorganizado un grupo de fiscalizadores para los efectos de verificar los términos del sumario. Han conseguido antecedentes que indicarían que no se ha hecho sumario, de modo que la señora María Isabel Carril tiene la instrucción perentoria del gabinete en el sentido de que debe instruirse un sumario por la Contraloría General de la República.

Consultado si hubo error de la ley o un error de proceso, manifestó que la ley es un marco jurídico como todos los demás. Es decir, no pueden encontrar virtudes angelicales, dones o talentos sobrenaturales en la ley respecto de la conducta de cada uno, hay conductas comunes que son indiciarias de situaciones que al final llegan a un proceso arbitral.

Si se hace un catastro de las sentencias que han dictado los tribunales arbitrales, se verá que todos los problemas son comunes; o sea, expropiaciones que no se han cumplido por parte de la administración del Estado y, en consecuencia, plazos que no han podido cumplirse para el contratista, así como mayores costos generales de la obra, lo que constituye un diagnóstico común. La administración en las bases dice que tiene todo expropiado, que el contratista que se adjudica la concesión puede partir en el día equis, pero en el día equis más uno, más dos, más tres o más cuatro no está entregado el terreno. El catálogo de incumplimiento es recurrente, o sea, es bien difícil pensar que se producen incumplimientos patológicos específicos. Tal vez si todos los licitantes hubieran tenido la oportunidad de ver las condiciones finales del proyecto, habrían sido otras las ofertas económicas. Ahí es donde está el vicio, a su juicio.

Consultado respecto del costo de la obra, en el sentido de cuánto cuestan las obras en realidad, señaló que un documento de trabajo que ha circulado últimamente, de los economistas señores Alexander Galetovic, Eduardo Engel y Ronald Fischer, pone el acento en el modelo, en lo malo del sistema, y señala que todos los contratos de concesión de obras públicas están superando el 25 ó 30 por ciento. Cree que se quedaron muy cortos, puesto que no vieron la información contable de la Contraloría General de la República. Subrayó que la pregunta es súper válida y la respuesta es súper sencilla, todos esos contratos tienen un código VIP, donde está el costo, del cual sale la ejecución presupuestaria. En realidad, todas las mayores obras, las obras extraordinarias, los incrementos de obras y sus arreglos están allí. Efectivamente, argumentó, se puede saber cuánto es el costo de cada uno de los contratos de construcción de obras públicas y de concesiones, con la diferencia de que el contrato de concesiones normalmente no significa que haya pagos del fisco, salvo en las inversiones nuevas, en las modificaciones de obras o en los complementos de las obras que sirven a la obra concesionada. Allí es donde hay desembolsos de dinero, en términos generales, es el usuario el que paga por la obra, a través de la tarifa, salvo la modalidad difícil, más compleja, como las cárceles y los hospitales, estructuras económicas de extraordinaria complejidad en la determinación de sus precios.

Recalcó que, el 28 de diciembre se cambió el criterio. Y que, el 16 de diciembre, asumió la señora María Isabel Carril Caballero, como subjefa de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes, y el señor Osvaldo Vargas Zincke, como jefe de esa división. Por el VUOT pasa entre el 23 y el 27 por ciento del Presupuesto de la Nación, de manera que es una división cuya complejidad técnica es extraordinariamente grande, motivo por el que se le está rediseñando. Este año, se han incorporado a la Contraloría más de 127 profesionales, no sólo abogados, sino también arquitectos, destinados a la división VUOPT. Además, como tenían muchas ganas de incorporarse a la función pública, también se han derivado a constructores civiles a la división VUOPT y a las divisiones regionales, con un vacío que llenar, porque la cuestión no era sólo llenar la división VUOPT de Santiago. Asimismo, en todas las divisiones regionales se está poniendo a cargo del control técnico de obras y de la revisión de contratos no administrativos a constructores civiles. Ciento veintitrés funcionarios se han incorporado al proceso, de cerca de 3.600 currículum.

Indicó que están preocupados de perseguir la responsabilidad administrativa. Cree que la distinción está dada por el tema del agente público, el que asume en el contexto de la Ley de Presupuesto de cada año, en la glosa que consigna la figura del agente y de los derechos y deberes de los funcionarios públicos. Por lo tanto, se trata de derechos, deberes y responsabilidades. Es una ficción anual del legislador. En cuanto al sujeto, a la Contraloría le es indiferente entre tener un agente público y un funcionario público, porque, al final de cuentas, si hay

responsabilidades patrimoniales por un trabajo mal hecho, hay que perseguirlas igual. Como ellos están exentos de la carrera funcionaria, puesto que no son funcionarios de las plantas de la Administración, no están sujetos a las medidas disciplinarias que dicen relación con los méritos o que producen inhabilidades de ascensos. Esa es la única forma en que la Administración ha podido incorporar a profesionales de mejor calidad, para los efectos de cumplir con los fines y cometidos que las leyes le encomiendan. Es una forma más rápida y en la que ellos se vinculan, pero entendiendo que el Ministerio de Obras Públicas se rige por la Escala Única de Sueldos, la que es una fantasía, porque nadie está en una Escala Única de Sueldos puros, pues todos están llenos de asignaciones. No obstante, es la forma más razonable de entrar a una convención, en la que se pueda tener una contraprestación con un profesional que tiene una situación remuneratoria digna al frente, al que además se le incorpora el régimen de deberes y de derechos, porque los agentes públicos también tienen vacaciones y otra serie de beneficios que se hacen de manera homónima, desde el punto de vista del estatuto, con la prescripción contractual que los vincula con el Estado.

Consultado sobre las deficiencias de los jueces arbitrales, señaló que se trata de una situación jurisdiccional respecto de la cual no tiene competencia, pero sí cree que mientras no se incorporen y sinceren los costos dentro del sistema es muy fácil acudir al juez arbitral, porque acudir sin costos a una decisión jurisdiccional produce siempre una modificación del eje. Entiende que los árbitros son jueces, salvo cuando actúan como mediadores, en esa especie de fase de conciliación ante la fase arbitral. En ese sentido, a lo mejor sería sano establecer un régimen de inhabilidades o de ocupación para testear administrativamente en la Contraloría General de la República, puesto que en materia de registro y de inhabilidades tenemos mucha experiencia. Si se mantiene el actual sistema, en el que son designados, pasan a ocupar una función pública y no necesariamente jurisdiccional, de manera que están detentando un oficio público que se podría complementar o revisar desde el punto de vista de sus conflictos de intereses, lo que no ocurre en muchos casos.

17º Subjefa de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes de la Contraloría General de la República, señora María Isabel Carril.

La señora María Isabel Carril, señaló, en relación con el problema de diseño, que se debe tener presente que, en el oficio N° 48.846, de 28 de octubre de 2005, se observa el problema de las láminas a nivel de los establecimientos carcelarios del Grupo 1. De hecho, en la parte conclusiva de ese informe se advierte que la obra se encuentra prácticamente detenida, en circunstancias de que en las obligaciones del concesionario está específicamente estipulado que debe diseñar, construir, conservar y explotar las obras, en virtud de los documentos y de todas las reglas establecidas a nivel de la fuente de ese contrato de concesión de obra pública. Han transcurrido tres años del informe de 2005, pero nuevamente, como se señala en el informe que se hizo a petición del Senador Alejandro Navarro, se han detectado los mismos problemas.

Cabe preguntarse, hasta dónde el problema es sólo del inspector fiscal, debido a que no ejerció con la debida diligencia la supervisión del avance de cada una de las partes de la obra, si nos encontramos que en lo medular, en el diseño de las respectivas obras, existen problemas de la envergadura que se han señalado. Se debe indicar dónde está la responsabilidad de los distintos sujetos que han intervenido en ese caso, dado que el Ministerio de Obras Públicas no ha iniciado la investigación sumaria que la Contraloría ordenó. Eso no puede dejarse de lado ni desvincularse de otra situación planteada, que dice relación con la forma de entrar a determinar responsabilidades, aunque, en definitiva, le corresponde hacerlo a esta Comisión Investigadora. Sin embargo, tanto a nivel de la toma de razón como de las observaciones que se han detectado en la auditoría, sin entrar en lo que es el mérito, oportunidad y conveniencia, porque eso está fuera de su ámbito de competencia, como Contraloría

pueden hacer mención de determinados hechos o fases, las que nos permiten llegar a concluir o a dar indicios de lo que ustedes, a futuro, puedan establecer sobre la materia.

En primer término, es necesario hacer presente lo que dice relación con todo el programa de infraestructura carcelaria, el cual, desde el punto de vista del Ministerio de Obras Públicas, se ciñe a un cronograma para llevar a cabo los tres grupos de obras, en plazos relativamente breves y en forma casi simultánea. Tratar de cumplir con el cronograma muchas veces denota la idea de cumplir desde el punto de vista formal, pero quizás sin el que se efectuó el respectivo análisis, sin saber si las bases estaban bien elaboradas, si las especificaciones técnicas tenían todos los detalles necesarios para que el concesionario tuviera una visión efectiva de la obra que debía realizar. En la medida en que el concesionario tiene conocimiento cabal y va a terreno puede saber lo que efectivamente debe ejecutar, lo cual evitaría los problemas que se han producido en materia de aumentos. De hecho, algunas veces han pasado seis meses desde que la obra fue adjudicada y se generan aumentos importantísimos por obras adicionales. Por otra parte, está el problema de los convenios complementarios. Más allá de los contratos relacionados con obras del sistema carcelario, en general, a nivel de las obras concesionarias, no podría señalar ningún tipo de contrato concesionado en que no existan convenios complementarios, en algunos casos cinco, siete o más, en los que el proyecto original ha variado a lo largo del tiempo. Con el transcurso de los años nadie podría reconocer los términos primitivos establecidos en las bases, las especificaciones técnicas y los distintos instrumentos que formaban parte de las obligaciones del concesionario.

Consultada respecto de propuestas de carácter legal señaló que, un punto específico dice relación con el límite o porcentaje de inversión. El artículo 19 de la Ley de Concesiones se refiere al subsidio de las bases que pueden establecer términos superiores, con un límite de 15 por ciento, porcentaje que debe ser interpretado con un carácter netamente excepcional, en el sentido de que verdaderamente se den los supuestos para configurar un interés público. Si se analizan los diversos convenios complementarios en los cuales se han efectuado compensaciones económicas en los contratos de concesión, podemos observar, con precisión, que no se da el interés público en todas las situaciones.

Respecto de los sumarios, la Contraloría se ha mencionado en relación con los inspectores fiscales, que es simplemente lo que se puede establecer en un informe de auditoría, pero en un sumario no tenemos restricción, de manera que quienes eventualmente aparezcan como responsables serán objeto de formulación de cargos y, si procede, se llegará a la aplicación de las sanciones del caso.

18º Constituyente de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1”, señor Manuel Díaz de Valdés Olavarrieta,

Relató que en febrero de 2005, aproximadamente, el Ministro Estévez los invitó a formar parte de un consejo de convenios complementarios. El directorio estaba conformado por don Juan Carlos Méndez, ingeniero comercial, de destacada trayectoria; por don Gonzalo Martner, ingeniero a quien todos conocen; por representantes del Ministerio de Obras Públicas y por él. Posteriormente, afirmó, el Ministro Estévez, con el acuerdo de este Consejo, le pidió que fuera miembro de las comisiones conciliadoras y arbitrales. Estas comisiones están establecidas en el artículo 36 de la Ley de Concesiones, son organismos compuestos de tres miembros: uno, designado por ambas partes de común acuerdo, y dos, designados por cada parte respectivamente. Subrayó que ellas ejercen una función jurisdiccional, con independencia de quien lo designa.

Las personas que integraron estas Comisiones son:

- Don Antonio Bascañán Valdés, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ex abogado integrante de la Corte

Suprema, abogado del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, con vasta experiencia en temas de arbitrajes, en Cárceles 1.

- Don Alfonso Reymond, abogado especialista en derecho administrativo, y él mismo, por su experiencia en derecho comercial.

- En Cárceles 2, la presidía Arnaldo Gorziglia Balbi, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y abogado integrante de la Corte Suprema.

- En Cárceles 3, estaba integrada por don Arturo Aylwin Azócar, también abogado de vasta experiencia en materia de arbitrajes y ex contralor general de la República, Gustavo Manríquez, ex fiscal de aguas del MOP, y él.

Manifestó que en los procesos de cárceles concesionadas hubo errores fuertes, porque los diseños fueron prácticamente inexistentes, a partir de lo cual surgen los millones de UF.

Concordó plenamente con la observación de que en las bases se podría establecer, por ejemplo, un esquema para los efectos de los pagos por parte del Estado, que se presenten antecedentes clarificadores en cuanto a los pequeños contratistas y que se califique a las empresas que contratan. Se llamó a licitación para la construcción de cárceles sin tener los proyectos debidamente definidos, lo que provocó conflictos y la interferencia de organismos externos. Los costos aumentaron por cambios introducidos por el Ministerio de Justicia y Gendarmería. En todos los establecimientos el mandatario fue el Ministerio de Justicia y que los costos, no obstante fueron muy superiores a lo presupuestado, de acuerdo con los antecedentes que entregó el Ministerio en su oportunidad, resultaron más bajos que el costo que debió asumir esa Secretaría de Estado en la construcción de la cárcel de Valparaíso. El Ministerio de Justicia y la Dirección Nacional de Gendarmería introdujeron cambios en pleno proceso de ejecución de las obras, lo que trajo como consecuencia el aumento de los costos, situación que fue debidamente demostrada durante el proceso.

En relación al tema de los subcontratistas, subrayó que, la competencia de los tribunales arbitrales, o comisiones conciliadoras, escapa a los conflictos suscitados entre particulares, por pequeños que sean ellos o las empresas que los contrataron.

En cuanto a juicios, condenas al Estado y avenimientos en Concesiones de Cárceles, precisó que, en Cárceles 1, hubo un largo trabajo, de más de dos años, para resolver el conflicto que existía. Sostuvo que, al Ministerio no le gustó el fallo que dictamos y recurrió de queja ante la corte de apelaciones, que es un tribunal de derecho, la que la rechazó, por unanimidad, y procedió a dictaminar en contra. Con posterioridad, recurrió ante la Corte Suprema, la que dejó a firme los fallos y llamó a una conciliación, la cual, en la práctica, implicaba una rebaja de aproximadamente 4 por ciento del monto total, el que tiene incorporados otros intereses, de modo que se trata de una operación aritmética bastante compleja. Estudiados los antecedentes, llegaron a la conclusión que dentro del conflicto había responsabilidad mayor del Ministerio de Obras Públicas, en virtud de que no se habían preparado adecuadamente las bases.

En Cárceles 1, el monto demandado fue de 3.200.000 UF (tres millones doscientos mil Unidades de Fomento), más los intereses acumulados, mientras que el monto condenado fue de 2.400.000 UF (dos millones cuatrocientos mil Unidades de Fomento), con cárceles terminadas y en operación, de manera que, en ese caso, el interés público fue debidamente cautelado.

En Cárceles 2, el monto demandado en Cárceles 2 fue de un 1.238.000 UF (un millón doscientos treinta y ocho mil Unidades de Fomento) y el avenimiento logrado el Ministro de Obras Públicas de la época, señor Eduardo Bitrán, fue de aproximadamente 1.650.000 UF (un millón seiscientos cincuenta mil Unidades de

Fomento). Cabe hacer presente que se rescató la concesión con el 40 % (cuarenta por ciento) de la obra construida.

Agregó que, en Cárceles 3, el Ministro también llegó a un acuerdo, en Francia, en virtud del cual se pagó a la concesionaria 1.000.000 UF (un millón de Unidades de Fomento), más 420.000 (cuatrocientos veinte mil Unidades de Fomento). En ese caso la constructora y la operadora es la concesionaria.

En relación con la figura del inspector fiscal, opinó que se deben generar los debidos resguardos, con el objeto de evitar las interferencias de organismos externos, cuando hay mandante, más aún cuando se está en procesos constructivos, porque las modificaciones aumentan los costos.

Manifestó su opinión en orden a que la Ley de Concesiones, en términos generales, no es mala, pero debe ser perfeccionada. Se debe tener en consideración que las empresas invierten a largo plazo porque hay un sistema ágil de solución de controversias, pero si éste se rigidiza todo se deberá llevar a costos, puesto que así opera el mercado.

Concluyó señalando que se deben analizar extremadamente bien las modificaciones que se desean introducir al cuerpo legal sobre concesiones, a fin de evitar que los aspectos técnicos entraben un proceso que ha sido exitoso.

19º Abogado de las Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, Valdivia, Antofagasta y Santiago, señor Braulio Sanhueza.

Indicó que las empresas que ganaron las licitaciones para la construcción y operación de las cárceles constituyeron empresas instrumentales, lo que generó problemas. Si cualquier ciudadano simula o aparenta créditos, si hace creer a otros que tiene un derecho de prenda general que, en realidad, no tiene, y en función de eso hace contratar un crédito –por ejemplo, constituye una sociedad por siete millones de pesos, pero celebra contratos por mil millones de pesos-, indudablemente que está actuando en forma dolosa y está engañando al otro contratante, en este caso a un contratista. Hizo presente que, en este caso, se afectó el derecho de prenda general de los contratistas.

Besalco fue un poco más refinado, porque tuvo la precaución de constituir una sociedad, también instrumental, BAS, pero con un monto de constitución mucho mayor. Respecto a esta empresa, Informó que ingresaron una medida precautoria. Desean asegurarse que, efectivamente, estén los 142 millones de dólares que se le pasaron a BAS, de los cuales 50.000 UF (cincuenta mil Unidades de Fomento) fueron objeto de una medida precautoria por el Duodécimo Juzgado Civil de Santiago, lo que fue notificado al Ministro y al presidente del Consejo de Defensa del Estado. Una abogada del Ministerio de Obras Públicas, les dijo que, seguramente, iba a ser derivado a la Cámara de Comercio de Santiago para someterlo a un arbitraje. Manifestó que, tienen una doble dificultad. Primero, los quieren involucrar en un arbitraje, por lo que se ven en la necesidad de demandar por responsabilidad extracontractual para evitar el citado arbitraje, puesto que ya saben a favor de quién van a fallar. El segundo problema consiste en que si logran, con mucha dificultad, conseguir algo en los tribunales, después tienen que recurrir al MOP para pedirles por favor que les retengan los dineros a fin de que les puedan pagar, en el caso de que ganen el juicio. Pueden hacer un estupendo juicio y ganarlo, pero no van a tener dónde cobrar. Ésa es la dificultad más grande.

Informó que, en Puerto Montt, lograron que le pagaran a los trabajadores de Vinci, embargándoles los contenedores dos días antes de la inauguración. En un juzgado de esa ciudad se tuvo que conseguir una medida precautoria que señalara que esos contenedores estaban embargados y que les impidieran retirarlos del lugar. Fue la única forma posible de que Vinci pagara. Llegaron a conciliación con esa

empresa, acuerdo que se redujo a una escritura pública en una notaría de Las Condes, donde se establece, entre otras materias lo siguiente:

Primero, que hay un holding entre las empresas de Vinci. Segundo, que estas empresas Vinci mantienen conflictos con las personas que aparecen reclamando. Tercero, la Comisión Conciliadora, que aparentemente no tiene facultades jurisdiccionales para decidir en un conflicto, dice, además, que si bien éste existe van a estar pendientes de lo que resuelvan los tribunales. Pero si obtienen una medida precautoria por \$1.500.000.000 (mil quinientos millones de pesos), el tribunal no va a pedir \$500.000.000 (quinientos mil millones de pesos) o \$600.000.000 (seiscientos millones de pesos) de fianza. En otras palabras, esto es una estafa, porque alguien ha simulado créditos y ha dicho ser alguien que no es. No se puede afirmar que Vinci, que tiene \$7.000.000 (siete millones de pesos) en su patrimonio, puede contratar obras por 500.000.000 (quinientos millones de pesos) o 1.000.000.000 (mil millones de pesos). Desde el punto de vista jurídico el Ministerio de Obras Públicas, permanentemente, ha optado por hacerse a un lado. Agregó que, desearía que averiguaran quién ha fiscalizado las cárceles, desde Alto Hospicio hasta Puerto Montt.

Anticipó que, los órganos del Estado mencionarán los artículos 21 y 22 de la Ley de Concesiones, para argumentar que se trata de un conflicto entre privados. En el ámbito estrictamente jurídico, en el caso Besalco, existe una medida precautoria de 50.000 UF (cincuenta mil Unidades de Fomento) y, además, se dictó una prohibición de celebrar actos y contratos superiores a U\$142.000.000 (ciento cuarenta y dos millones de dólares).

20º Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor Alejandro Aravena.

Representante de agrupaciones de Pymes de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago 1, afirmó que, a Valdivia llegó la constructora Vinci anunciando la construcción de la cárcel concesionada de esa ciudad. De acuerdo con documentos que obtuvieron posteriormente, como, por ejemplo, el informe de finanzas públicas de 2007, los montos a invertir en las cárceles, en este caso la concesionaria Grupo 3, ascienden a U\$80.000.000 (ochenta millones de dólares). Dicha cifra corresponde a la concesión de las tres cárceles distribuidas en proporción, de acuerdo a su tamaño y a la cantidad de reos que tendrá cada una de ellas.

El consorcio francés Vinci, se constituye en Chile y crea una empresa constructora llamada Grupo 3, que, a su vez, crea otras empresas dentro de las cuales está la constructora Vinci, encargada de construir cada una de estas cárceles y que es con quien tienen la relación contractual. A ellos les presentaron sus propuestas, los evaluaron y se firmaron distintos contratos en diferentes especialidades. Sin embargo, el MOP demoró en entregar la actualización de los planos para construir. Así, ellos cotizaron la obra con la revisión A de los planos, pero después se construye con la revisión C o D, según el caso, que es la que tiene la firma del MOP.

Durante la obra, empezaron a llegar los planos autorizados por el MOP, que mostraron diferencias, seguramente por la intervención de Gendarmería o del Ministerio de Justicia, modificaciones que significaron enormes costos adicionales, que la constructora nunca quiso reconocer. Posteriormente Vinci demanda al Estado por una cantidad sideral, mucho mayor de la que ellos estaban demandando a Vinci por sobrecostos. Vale decir, se construyeron tres cárceles por U\$ 80.000.000 (ochenta millones de dólares) y Vinci demandó al Estado por U\$92.000.000 (noventa y dos millones de dólares) adicionales por sobrecostos, aduciendo que las modificaciones de los proyectos significaron esos costos para ellos. Sin embargo, Vinci nunca les reconoció a ellos tales sobrecostos, sin embargo, se permitió demandar al Estado por ese concepto.

El 5 de mayo del año 2007, el Ministro Bitrán viajó a Francia y llegó a un acuerdo con el Ministro de Obras Públicas de Francia sobre el tema

de Vinci y se decide a pagar U\$34.000.000 (treinta y cuatro millones de dólares) por sobrecostos a Vinci, dineros que ellos, como subcontratistas, jamás percibieron. Vinci no pagó los sobre costos a ninguna de las 222 Pymes que participaron en la construcción de estas 3 cárceles, salvo a dos, con las que lograron llegar a acuerdo a través de los tribunales. El Ministerio de Obras Públicas les señaló que en quince días iban a tener resuelto el problema, en circunstancias que ya ha transcurrido más de un año.

Agregó que, desconocen los fundamentos técnicos que usó el Ministro de Obras Públicas para determinar el pago de U\$ 34.000.000 (treinta y cuatro millones de dólares) por sobrecostos. Con todo, informó que, la demanda de todas las Pymes no asciende a más de 10 millones de dólares, en la medida en que se fueron acumulando las causas. Explicó que ellos representaban el 43% (cuarenta y tres por ciento) de sobrecostos reconocidos por el Estado y que por lo tanto, iban a recibir proporcionalmente lo mismo, sin embargo, no se le pagó a nadie. En ese entonces, tuvieron una conversación con Carlos Rubilar, director general de Obras Públicas, quien citó a todos los afectados, los que hicieron una breve descripción de sus casos. Añadió que el fiscal Norambuena, explicó que el MOP estaría dispuesto a retener y embargar cualquier estado de pago similar que fuera presentado por la Constructora Vinci, siempre y cuando esa orden emanara del juzgado respectivo. Con posterioridad, el señor Rubilar expresó que en ningún caso podía dar alguna solución debido a que la Ley de Concesiones se lo impedía.

Posteriormente, celebraron otros contratos, por otros trabajos. Sin embargo, fueron tantos los aumentos de obra y los sobrecostos, debido a atrasos imputables a ellos, que sus recursos colapsaron, lo que les impidió seguir. Solamente en la parte eléctrica los contratos ascendían a aproximadamente \$600.000.000 (seiscientos millones de pesos), pero le pagaron \$343.000.000 (trescientos cuarenta y tres millones de pesos), monto correspondiente a lo que él había construido, pero no le reconocieron los aumentos de obra. Con posterioridad, contrataron a otras empresas, lo que implicó un gasto de más de \$500.000.000 (quinientos millones de pesos) adicionales. Es decir, después de que le quitaron el contrato, gastaron lo necesario para terminar la obra. Actuaron de esa manera con el objeto de evitarse el pago de \$300.000.000 (trescientos millones de pesos) de sobrecosto.

Indicó que no es motivo para sentirse orgulloso el que de veinte personas afectadas, se haya llegado a un acuerdo con diecisiete, toda vez que esos arreglos, que señaló conocer directamente a raíz de lo que hizo Vinci en la Cárcel de Puerto Montt, fueron acuerdos realizados sobre la base de contratos leoninos, es decir, demasiado gravosos para los subcontratistas. En este tema hay que hacer una distinción fundamental en el análisis. Para algunos subcontratistas, la ejecución de estas obras significaba “llevar el pan a la casa”; para otros significaba ser empresa, por lo que hay que hacer una distinción muy clara. Dar ese ejemplo no constituye en absoluto motivo de orgullo; al contrario, de ahí se desprende que, por una parte, si respecto de la empresa se considera que fue positivo – opinión que no comparte- por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas se ha mostrado bastante solícito en arreglar problemas con las grandes empresas concesionarias.

El segundo punto que abordó, desde el punto de vista jurídico, se refiere a que en este caso poco menos que hay que hacer un levantamiento del velo, como se llama técnicamente, para llegar a determinar quiénes finalmente son los responsables. Por otra parte, se observa en el esquema de negocios de estas grandes concesionarias un modus operandi que es común: una disminución artificiosa del derecho de prenda general de las concesionarias a través de la formación de sociedades instrumentales. En el caso de Vinci, con la creación de diversas empresas constructoras. En el caso de Vinci hay casos en que se constituyeron sociedades con un capital de 7 millones de pesos. En el caso de BAS, a su vez, se constituyeron empresas, como Las Acacias y El Roble, también con capitales muy inferiores.

Por lo tanto, a cualquier ciudadano –esto lo dice como abogado- que se enfrenta a alguien y contrata una obra por \$500.000.000 (quinientos millones de pesos) o \$1.000.000.000 (mil millones de pesos), puede sucederle que quien le esta contratando tiene \$10.000.000 (diez millones de pesos), y después le dice: “Señor, sentémonos a la mesa y negociemos. Éste es mi RUT y ésta es la constitución. Si usted quiere, demándeme. Arreglamos o me demanda.” Claro, podría demandarlo, y obtener una sentencia estupenda, pero que serviría, sólo para colgarla en el living de la casa y para nada más. Entonces, aquí lo que hay es, derechamente un fraude, que se ha configurado de la manera en que lo he explicado. Es una materia que se debe investigar: la configuración de las mallas societarias que utilizaron estas concesionarias para, finalmente, contratar a los subcontratistas, a las personas que hoy se enfrentan a estos problemas. Las dificultades jurídicas naturales que ha enfrentado este proceso son que los contratos han sido prácticamente contratos de adhesión que, además, tienen cláusulas arbitrales, han sido leoninos y no han sido debidamente supervisados.

21º Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor César Larenas.

Informó que realizó tres proyectos por un monto aproximado de \$450.000.000 (cuatrocientos cincuenta millones de pesos); gastó \$1.450.000.000 (mil cuatrocientos cincuenta mil millones de pesos) y le pagaron \$160.000.000 (ciento sesenta millones de pesos). El mayor gasto se debe a aumentos de obra y la modificación de planos.

Agregó que mientras construían, les iban cambiando los planos, y les decían que las mayores obras las cerrarían al final. La demora en la entrega de tales planos atrasa la ejecución de la obra. Hizo presente que, a toda la gente que trabajó en la obra, se le pagaba a diario, o mensualmente. Por tanto, si se tenía programado hacer en un mes una determinada parte de la construcción y ésta se ejecuta en dos meses, ello duplica el costo, aumentando, por ejemplo, el costo de arriendo de andamios y de moldaje. Él fue víctima de reiterados robos. Cuando el camión llegaba a la obra de Santiago, lo tomaba la gente de Vinci y lo hacía pasar por sus bodegas, donde, después de sacarle un metro y medio cúbico de hormigón, lo mandaban a su obra, que estaba a mil metros de distancia. Vinci, con ese hormigón, construía unos moldajes que utilizó para armar los edificios de módulos de los reclusos. Era una construcción tipo mecano, que edificaron con el hormigón que compraron y que pagaron ellos.

22º Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Ricardo Chehade.

Comentó que, en algún minuto, el Gobierno decidió invertir en estas diez nuevas cárceles concesionadas, para lo cual llamó a empresas conocidas por todos, en particular Besalco –la más emblemática-, adjudicándose sólo cinco de las diez. Es extraño, puesto que es como si se tratara de la única empresa constructora que tuviera las condiciones económicas para construir las. Finalmente, fueron contratados por Besalco; luego ésta formó la concesionaria BAS y, a su vez, una constructora, de la cual Besalco es socio del 50 por ciento de Astaldi, que luego pasó a ser Torno, una empresa argentina, pero la administración y representación siempre ha recaído en Besalco. Una vez adjudicada las cárceles y a pocos meses de comenzar con las obras, Besalco contrató a un grupo de profesionales, a fin de presentar al MOP mayores obras.

Acerca de la consultas de, en cuánto dinero se adjudicó Besalco esas obras, señaló que no tenía el número preciso, pero son alrededor de 90 y tantos millones de dólares por concepto de las tres primeras unidades carcelarias y, sin embargo, los adicionales superan ese número, o sea, se está hablando de unos 117 millones de dólares.

Respondiendo a la pregunta si Besalco presentó las obras, y si hubo requerimientos de mayores obras por parte del Gobierno a través de los ministerios de Justicia y Obras Públicas, clarificó que, de acuerdo con los antecedentes con los que trabajó en las obras, primero, como ingeniería y luego como obras propiamente tal, no se construyó ninguna celda adicional a las proyectadas en forma original. Además, Besalco comenzó a estudiarlas con mucha anterioridad al llamado a propuestas. En otras palabras, Besalco partió estudiando estas obras al menos con un año de anticipación a que existiera el llamado por parte del Ministerio de Obras Públicas. Precisó lo anterior con conocimiento de causa y con antecedentes valederos. Tiene planos que Besalco le envió para estudiarlos y su único nexo con ellos, antes del tema de las cárceles, fue porque construyeron la Clínica Santa María.

Por su parte, explicó que lleva alrededor de veinte años en este trabajo, puesto que se dedicó a instalaciones sanitarias, redes de incendio; diez años haciendo clases en la escuela de Construcción Civil de la Universidad Católica, otros tantos años en la Universidad Andrés Bello y, últimamente, en la Universidad Gabriela Mistral. Esto es lo suyo, basta con saber que si en un plano hay 110 celdas se deben contar cuántas se construyeron para saber que el margen no es uno a dos.

Dejó en claro que hay cosas que le sorprenden. Por ejemplo, hay un inspector fiscal que inspecciona una obra de Besalco denominada camino La Pólvora, que dura más del doble del plazo y recibe adicionales por ese doble; hay otra obra llamada ampliación de la losa del Aeropuerto Arturo Merino Benítez, que la desarrolla Besalco, y la inspecciona el mismo inspector fiscal; hay cárceles que se construyen en Alto Hospicio, La Serena, Rancagua, Valdivia, Concepción, Santiago, Puerto Montt y, sin embargo, las inspecciona este mismo inspector fiscal. ¡Si en Chile hay más inspectores fiscales! ¡El MOP tiene muchos inspectores fiscales! Por último, hay un puente en el sur que no se iba a construir, pero ahora sí, y la empresa constructora nuevamente se asoció con otra empresa constructora -apostando por ese mismo puente- y que hizo otro grupo de cárceles. Les aseguro que el inspector fiscal tendrá el mismo nombre.

Explicó el motivo de sus demandas a la Comisión señalando que las obras fueron ejecutadas por Jorge Mazú, Carlos Sánchez y Cristina Azócar. Ellos fueron las Pymes, los subcontratistas, que pusieron su dirección, su supervisión, sus materiales y su gente, y estuvieron más tiempo. Pusieron más materiales y más supervisión y los mismos argumentos o parte de ellos con los que Besalco ganó estos adicionales eran de ellos. Pusieron las cañerías, las redes eléctricas, los moldajes para hacer los muros y nada de eso se pagó. Desde el 2004, a la fecha los han citado a cientos de reuniones en la Dirección General del MOP, en el gabinete del Ministro, han estado con senadores, diputados y abogados, pero nunca han tenido un resultado. Siempre se ha hablado del espíritu, de que esto va a salir y de que se les van a pagar las deudas, las cuales han sido reconocidas. Se mandan a auditar sus números y se han perdido los números auditados y las causas en distintos juzgados. En este minuto, gracias a la acción de abogados, hay una precautoria prejudicial por 50 mil unidades de fomento, que espera que sea más efectiva que la que interpuso el grupo II y donde el MOP con Besalco hicieron que las platas salieran. Se negoció para que, en vez de que Besalco recibiera esas platas, éstas fueran endosadas directamente a sus acreedores, a los bancos. Entonces esa plata salió del MOP y no a Besalco, sino a los bancos en forma directa.

Dentro de las cosas que sorprenden, hay dos denuncias. Los señores Estévez, Etcheberry y Bitrán, conociendo los problemas que había, nunca dieron solución ni fueron firmes en nombrar a alguien o una comisión que investigara realmente. Al parecer, no existía el espíritu; el conocimiento sí estaba. Agregó que se debe recordar que hubo un enroque entre el Ministro de Obras Públicas y el director de BancoEstado.

Acerca del principal problema que motivó un aumento de obras, descoordinación, desorden, precisó que, efectivamente, hubo solicitudes que hizo Gendarmería en el tema hospitalario y en el tema de los ministerios; hubo una especificación sobre un tema de seguridad en la extinción de incendios; hubo aumentos de obras; hubo aumentos de plazos para realizar las obras; hubo disminución en el ritmo de avance de las obras, porque se cambiaron planos y también porque la constructora no construyó los muros con los espesores especificados y se tuvo que demoler edificios y hacerlos de nuevo. Todos esos plazos se los achacaron al MOP y fueron aceptados. Efectivamente, el MOP ha perdido todas estas cosas. Para creer, no basta escuchar, pero si se quiere revisar, están los antecedentes. Existen planos y existen las solicitudes de Gendarmería y, por otro lado, de Sodexo, que era el operador que iba a tomar la parte hotelaría de las cárceles y, de hecho, la tomó. En el grupo I, está trabajando Sodexo. En el grupo II de cárceles se dice que de los quince contratistas, hay sólo tres impagos. Lo que sucede es que, de los quince o de los que hayan sido ya que señala desconoce el número exacto.

Señaló que, hace aproximadamente ocho días, fue a Concepción debido a una invitación que le hizo la empresa Claro, Vicuña y Valenzuela, que se adjudicó la terminación de El Manzano II. Con los representantes de esa empresa recorrió durante aproximadamente quince minutos las dependencias de la cárcel y luego se quedó solo, alrededor de tres horas más, sacando fotos de lo que se construyó, así es que tiene testimonio de lo que se hizo, que es vergonzoso. Lo que no hubo ahí es la inspección.

Agregó que es sorprendente el grado de avance que a simple vista presentan las obras en esa cárcel; si hasta las luminarias estaban puestas. Pero parece que Besalco hizo todo eso exclusivamente para negociar el pago de los sesenta y tanto millones de dólares de los que se ha hablado para salirse de esa segunda concesión, porque el avance que se muestra es ficticio. Las fotos no mienten. Por lo demás, él nunca había estado en El Manzano.

El sector que representa siente que, sencillamente, no hubo una inspección adecuada. Entiende que, según dispone la ley, desde el momento en que hay una inspección asignada por el Ministerio de Obras Públicas que no es efectiva, inmediatamente queda superado lo que señala la Ley de Concesiones respecto del nexo directo entre los subcontratistas, contratistas y la concesionaria y se constituye un nexo directo entre el contratista y el Ministerio de Obras Públicas, que debe asumir las responsabilidades por las obras que ellos ejecutaron o que ejecutaron terceros o directamente la propia Besalco.

Respecto de los perjuicios que esta situación ocasionó a su empresa, explicó que en, septiembre de 2004, que es cuando dejaron de pagarle a todas las pymes del grupo uno, esto es, de las tres primeras cárceles, había 200 personas trabajando para su empresa. Tuvieron que trabajar durante dos años para poder pagar lo que les adeudaba por concepto de sueldos y leyes sociales impagas. No obstante ello, no hubo ni un juicio en su contra, gracias a que habló con sus trabajadores y se comprometió a pagarles, pero con trabajo, porque, al igual que Jorge Mazú, continuó con su empresa, en circunstancias en que muchos otros no pudieron seguir.

Pero, además, de lo que adeudaba a esos 200 trabajadores, también estaban los gastos en los que había incurrido por concepto de compras. Así como Jorge Mazú hipotecó su casa y otras propiedades, él perdió las suyas. Son cosas que se pueden demostrar. Vendió una casa, recibió la plata y al día siguiente ya no tenía ni un peso. Pero nunca tuvo una demanda en su contra.

Dijo que le duele que el ex Ministro Bitrán haya dicho en esta Comisión, que se sentía prisionero, cautivo de las concesionarias y, además, imposibilitado de hacer cosas. Si Besalco lo estuviera demandando, como Ministerio de Obras Públicas, lo sacaría del registro de contratistas hasta que se aclararan las cosas. ¡Cómo es posible que el Ministerio le asigne nuevos trabajos y le esté pagando el doble!

¿Por qué? Hasta el día de hoy, Besalco sigue adjudicándose grandes obras. Y estas cosas siguen así.

23º, Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Jorge Mazú.

Dijo que en septiembre de 2004, su empresa fue invitada a construir una parte de las estructuras metálicas del edificio penitenciario de Antofagasta. Visitó sus instalaciones el administrador de la empresa Las Acacias. Dicha empresa era contratista de BAS DOS S.A. para construir la cárcel de Antofagasta y, según entiendo, también la de Concepción. El problema que tenían era que estaban retrasados con la construcción de las estructuras metálicas y necesitaban mostrar avances al 30 de septiembre, específicamente, con la construcción de la techumbre y de algunas escaleras de acceso a algunos edificios. Las escaleras estaban consideradas en la parte exterior de los edificios y no en el interior e insiste que son de él porque todavía no se las pagan.

Cuando fueron invitados, les pidieron específicamente que construyeran en un muy corto plazo. Comentó que están acostumbrados a construir y normalmente lo hacen para empresas mineras, porque éstas requieren altos estándares en soldaduras, en la calidad de los materiales y, además, en los plazos de entrega. Ellos cumplían con ellos, porque en ese tiempo tenían las certificaciones ISO 9.000, 14.000 y 18.000. Por lo tanto, era una empresa considerada de primera línea, que trabajaba con los mejores estándares y que cumplía. A ellos les entregaron cuatro órdenes de compra, pero no tenían un contrato. Dichas órdenes indicaban un cierto monto, que habían calculado, y construyeron esas estructuras en el plazo definido, las entregaron y las facturaron. De ese trabajo se hicieron dos o tres facturas, pero no recuerda bien si se trató de una factura por cada orden de compra. Pasó octubre, noviembre, diciembre y se llegó a abril de 2005. Al principio le pareció comprensible el atraso en el pago, porque estaba acostumbrado a trabajar con contratos.

En la mitad de su construcción –a mediados de septiembre-, le ofrecieron un contrato para construir, prácticamente, toda la estructura de la cárcel y firmaron un primer contrato por \$ 850.000.000 (ochocientos cincuenta millones de pesos). Luego, aproximadamente a principios de octubre, le dijeron que ese contrato firmado, que se había ido a Santiago para la firma de la gerencia, se iba a demorar en volver. Eso es normal en los contratos, al menos en los que he firmado con Codelco, Zaldívar, Escondida y con otras empresas mineras. Normalmente se firma el contrato y, al cabo de algún tiempo –en algunos casos, de hasta tres meses-, llega de vuelta. Mientras tanto, el trabajo sigue adelante, con una carta de intención o una orden de compra como apoyo. En este caso tenían todo. Incluso, antes de ingresar a este negocio, fue a hablar con los ejecutivos de algunos bancos y les informó que le ofrecían este negocio. Como era la primera vez que iba a trabajar con una constructora consultó por la empresa Las Acacias. Sabían que estaba el Ministerio de Obras Públicas detrás de esta obra y, por lo tanto, le dijeron que siguiera adelante. Incluso, le recibieron las primeras facturas. Tuvo que utilizar el factoring debido a que se demoraban en pagarle.

En octubre o noviembre, nuevamente, les llega un contrato en que ellos incorporan las órdenes de compra y que por eso el gerente no firmó. Y así se fue diluyendo el tema. Recordó haber firmado cuatro o cinco contratos por distintos montos, siempre relacionados con lo mismo, pero tenían un precio pactado. Siguió trabajando porque consideraban que tenían un contrato. Pero se empezaron a poner muy nerviosos cerca de diciembre, porque ya no tenían fondos para seguir respondiendo. Les decían que se trataba de un problema administrativo que se iba a solucionar.

Si bien ésa fue su experiencia, puede aclarar algunas cosas. Ellos llevaban libro de obras, y las personas que conocen bien el tema contractual saben que son un requisito obligado de cada contrato. El libro de obras es ley, y allí todo

se respalda con una firma. Cuando el cliente lo firma, significa que se acepta. Si se rechaza, no se lleva a cabo. Si no se firma, de todos modos tiene que hacerse cargo, porque es su obligación firmarlo. En este caso, tenían todos los libros de obras firmados por ellos para las obras mayores, para aquellas cosas que habían sido llamados a construir. Asimismo, tienen las guías de despacho, documento legal tributario que obliga a facturar. Si bien es cierto toda su entrega no fue facturada, sí fue entregada y enviada con guía de despacho, firmada y timbrada por ellos. Su abogado está pidiendo esa documentación a los tribunales, en donde están los originales, para enviarle una copia a esta Comisión. Lo mismo se hará respecto del libro de obras.

Añadió que, en cuanto a las mayores obras, nunca se le pasó por la mente cobrar más del doble -ni siquiera por el doble- de lo que significaba su contrato original, porque eso no corresponde hacerlo en esencia. Es como si a ustedes les construyeran una casa por 100 millones de pesos y al final les dijeran que costó 200 millones de pesos, porque así lo dice su contratista. Probablemente, haya mayores espesores, pero, en su caso, tuvieron disminución de obras, y tiene las pruebas, porque posee los planos que fueron cambiados y no fueron aprobados. Agregó que es imposible enviar un día un plano y al otro día recibirlo aprobado. También tiene conocimientos de ingeniería y sabe que los planos pasan por un proceso de aprobación y demoran, como mínimo, dos semanas en ser aprobados, pues alguien tiene que revisarlos. Se hicieron cambios de planos porque los kilos de la estructura eran demasiados, eran muy pesados.

Les cambiaron costaneras de medidas 150 x 50 x 15 x 3 por 100 x 50 x 15 x 3; es decir, redujeron el espesor. Las costaneras que estaban diseñadas originalmente a 1.200 milímetros terminaron instalándose a 2 o 2,5 metros de distancia, para achicar la cantidad de cerchas. No son planos que hayan sido modificados en el tiempo, porque a los planos que tenían muchas veces les tuvieron que hacer ellos el trabajo de ingeniería, pero no lo cobraron. Los edificios, que en su origen debían ser todos iguales, presentaban diferencias que para quienes trabajan en estructuras metálicas eran importantes. Por ejemplo, los espacios vacíos o los techos que medían 11 metros, con 200 milímetros, en algunos casos eran de 400 ó de 500 milímetros -es decir, un poco más largos-, pero, por muy grande que sea una cercha, si la ponemos ahí no iba a caber, por lo que tenían que hacer un levantamiento de planos, revisar y mandar los planos e indicar el detalle del levantamiento de planos y, al otro día, les llegaba aprobado. Si se cree que eso fue revisado por el Ministerio de Obras Públicas, ello no fue así, porque nunca vio al señor fiscal en las obras. Y se lo dijo a él personalmente, cuando la Comisión visitó Antofagasta. De hecho, él tampoco lo conocía, pues le dijo que sólo había hablado un par de veces con él por teléfono.

El tema de las mayores obras y la construcción tiene que ver más con la voluntad que con cualquier otro factor. Salió de este problema en forma muy difícil y logró que le pagaran las facturas que estaban emitidas. Esos pagos fueron a parar directamente a los bancos, pues había créditos comprometidos. Al igual que otros empresarios, las promesas de pagos que recibía, mes a mes o cada quince días -él pagaba cada quince días-, en el sentido de que esto era un problema administrativo que se iba a arreglar, le llevaron a tomar malas decisiones, de lo cual se hace responsable, pero no ciento por ciento, puesto que si una persona le dice que le va a pagar, obviamente, le hizo comprometer su patrimonio -casa, empresa, todo-, que estaba libre de deudas, el cual hipotecó para recibir dinero para poder pagar a sus proveedores y a mis subcontratistas, para que me diera tiempo para esperar esas platas frescas que nunca llegaron.

Dentro de esas veinte Pymes que se nombraron, también hay pymes que le pertenecen. Se trata de gente que sufrió junto con él, con la única diferencia de que se preocupó de esas otras personas, ya que hipotecó todo para pagarles. Hace fe de que les pagó a sus contratistas, a los que trabajaban directamente con él, porque ellos eran más chicos que él y tenían que alimentar a sus familias. Le envió una carta a la Presidenta de la República y le dijo que todavía tiene buenos brazos y voluntad para trabajar, que es lo que ha hecho siempre. Pero el problema fue fuerte y

duro. Lo más triste de todo es que golpearon muchas puertas. Como ciudadano, puede tener simpatías por todas las personas de Gobierno con las que ha conversado, pues ha notado que hay una cercanía en el dolor, pero también hay mucha insensibilidad y la gente se olvida. Hubo promesas por parte de la Presidenta de la República y de los Ministros. De hecho, los propios Diputados les dijeron que pensaban que el problema ya estaba resuelto. Y es lógico que se pensara así, por todo lo que se ha dicho en la prensa, por las declaraciones públicas que hacen las autoridades en el sentido de que se iba a solucionar. Lamentablemente, ello no ha ocurrido, porque, no obstante esas declaraciones, cuando conversaron los detalles con las personas encomendadas por los Ministros para buscar solución a los problemas, encontraron falta de voluntad.

Resulta que, no obstante que se les prometió que ese problema sería solucionado, el 29 de mayo de 2008 lo llamaron para decirle que lo que se había dicho no era posible de hacer y que ése era el último día para negociar las multas con la Tesorería y el convenio se firmó en marzo del presente año.

Concluyó señalando que, un tema relevante es las empresas contratistas que creó la empresa BAS II, esto es, Las Acacias y a El Roble. Se constituyeron con \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) cada una, lo cual es una fórmula para crear distancia con la verdadera empresa, Besalco. En efecto, no pudieron lograr nada a través de Las Acacias, porque, explica, una sola de sus facturas era superior al capital de la empresa.

24º Reverendo Luis Egaña, Capellán de la cárcel de Rancagua

Consultado sobre si el aumento de la tasa de suicidios se debía a que se abarató costos en sistemas de seguridad, cambiando el plástico por el metal, señaló que, prefería un sistema mixto. Destacó las nuevas infraestructuras como un aspecto positivo, se acabó el hacinamiento, las pandillas, el contagio, hay más luz solar y se acabó con los baños asquerosos. Sin embargo, como aspecto negativo señaló que, se perdió lo gregario. Agregó, en relación a los suicidios, que hoy han bajado y están en el promedio normal de cárceles.

En cuanto a infraestructura, indicó que las máquinas para revisar a las personas ya no sirven y no hay presupuesto para comprar sus insumos. Además, no funciona el detector de metales y hoy se tiene que desvestir a todos los familiares para poder ingresar a la cárcel. La concesionaria solo entrega dos frazadas porque es el peso que puede lavar por cada interno. En la capilla no se puede hacer misa en su interior porque o se llueve o es muy calurosa, mientras que el gimnasio no lo dejan ocupar, aunque se llegó a un acuerdo para poder usarlo los sábados.

A continuación se refirió a las rivalidades entre Siges y Gendarmería, indicando que Gendarmería persigue a los funcionarios de Siges, entidad que realiza excelentes informes técnicos elaborados por asistentes sociales y psicólogos a fin de que los internos obtengan beneficios, mientras que Gendarmería, no tiene abogados y realiza informes pobres y basados en prejuicios. Reconoció que es complicado que un interno pida la salida dominical porque Siges pierde dinero, ya que se trata de la ausencia por 4 días de un interno; la concesionaria deja entonces de ganar \$45.000 (cuarenta y cinco mil pesos).

Por último, señaló que hay defensores que no visitan a sus imputados y el Estado les paga para que lo hagan. Informó que conocía a un inocente condenado y otro que estuvo 6 meses preso y salió libre gracias a que le pagó a peritos que pudieron hacerle informes acabados.

V. CONSIDERACIONES, CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN.

Atendidos los antecedentes, declaraciones, oficios y testimonios que recibió la Comisión, ésta ha llegado a las siguientes conclusiones que dicen relación con el diagnóstico de la situación actual y propuestas para solucionar los vacíos y deficiencias detectadas.

I Consideraciones

La infraestructura penitenciaria chilena, a pesar de las cárceles concesionadas que se encuentran en actual operación, se caracteriza por el hacinamiento y el grave deterioro de muchos edificios que ponen en peligro tanto a reos como a gendarmes. Aún existen establecimientos que datan del siglo pasado con celdas sin servicios higiénicos. Hasta 1990, se carecía de celdas individuales y los internos dormían en nichos colectivos en las paredes.

El creciente aumento de la delincuencia en el país, de alto grado de compromiso delictual o peligrosidad de los internos y la carencia o inadecuación de los actuales recintos penitenciarios llevaron al ejecutivo, hace ya 7 años aproximadamente, a definir la construcción de diversos establecimientos penitenciarios a lo largo del país, proceso que actualmente se ha desarrollado por medio del Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria.

El sistema de alianza público privado en la construcción de cárceles viene a solucionar una serie de problemas que enfrentaban primeramente los reclusos, como es la dignidad del condenado en el cumplimiento de su condena y el hacinamiento. Con este sistema se buscó enfrentar la mayor necesidad de Infraestructura Penitenciaria a raíz del incremento en población penal, aumentar estándares de seguridad penitenciaria (disminución de riñas, agresiones a gendarmes y fugas), disminuir la sobrepoblación al interior de los complejos penitenciarios, con mayores posibilidades de rehabilitación y reinserción social de la población penal y procurar a los condenados las mejores condiciones destinadas a mejorar las posibilidades de reinserción social.

La comisión investigadora de cárceles concesionadas reconoce que los condenados no deben ser afectados en sus derechos en forma indebida y más allá de lo que se refiere a la privación de su libertad ambulatoria. Con el sistema de cárceles concesionadas, se elevan los estándares de funcionamiento de las cárceles, se facilita la reinserción. Efectivamente, el sistema que opera en Chile entrega en concesión a privados: el diseño, la construcción, la operación de establecimientos penitenciarios, la cual incluye el mantenimiento y la prestación de servicios penitenciarios. Gendarmería de Chile mantiene la administración y vigilancia de los Establecimientos Penitenciarios.

Todas las personas citadas a declarar en esta comisión estuvieron de acuerdo, al menos, en que la implementación del sistema de concesiones carcelarias traería consecuencias en los siguientes aspectos:

- A) Este permite el control del contagio criminógeno; los nuevos penales permiten una estricta segmentación, evitando con ello los abusos y agresiones hacia los internos con menor compromiso delictivo o bien, primerizos.
- B) Mejorarían las condiciones en que trabajan los funcionarios; los gendarmes ejercerían su tarea con mayores estándares de seguridad y con mayores posibilidades de control de la población penal.
- C) Se otorgarían mejores condiciones para el trabajo de rehabilitación y reinserción social de acuerdo a la legislación vigente, y

D) Se optimizarían el estado de mantención y operación de la infraestructura penitenciaria.

El sistema de alianza público-privado viene a reforzar también la seguridad ciudadana, a través de la creación de nuevas cárceles que deberían recibir la creciente cantidad de personas condenadas sobre todo bajo el nuevo sistema procesal penal, tal como lo ha reconocido el Director General de Gendarmería de Chile.

Ese esfuerzo de dignidad en la calidad de vida de los internos es pagado por particulares, que luego percibirán ingresos en el tiempo por concepto de construcción y operación de los recintos carcelarios. Así, la administración de las cárceles queda entregada al concesionario, y lo que es indelegable, es la seguridad, que se mantiene en manos de Gendarmería. Mientras que la alimentación, lavandería, desarrollo de reinserción en educación, capacitación laboral, salud y mantención de infraestructura pasa a los privados.

Para nuestro país estas cárceles constituyen un esfuerzo histórico en materia de construcciones carcelarias. No se habrían podido construir todas las cárceles proyectadas de no ser por la alianza estratégica entre lo público y privado, pues el Estado carece de los recursos para construir las cárceles necesitadas por sí solo.

En términos generales, al Estado le corresponde la vigilancia, la Seguridad y la administración de los establecimientos, la cual está a cargo de Gendarmería de Chile. Por su parte, el Ministerio de Obras Públicas fiscaliza y controla el cumplimiento de los estándares solicitados en las Bases de Licitación. Al Ministerio de Justicia le compete el pago semestral de los subsidios comprometidos en el contrato (subsidio fijo a la construcción, subsidio fijo a la operación, subsidio variable por número de internos atendidos al semestre). La ejecución del modelo del sistema de concesiones, por tanto, está en las manos del MOP y los demás Ministerios sólo le entregan un mandato irrevocable. La información de cualquier obra pública, como documentación, cuándo se establecen especificaciones nuevas, reclamaciones de empresas constructoras, son materias de la Inspectoría fiscal del MOP. Sólo el inspector fiscal puede instruir modificaciones. De este modo, no puede haber injerencia de terceros en la ejecución del contrato, sea de Gendarmería u otra Institución, porque la Empresa sabe que cualquier cambio es sólo bajo la firma del Inspector Fiscal.

II Principales problemas detectados

En el marco de la investigación de la comisión sobre irregularidades en el proceso de concesiones carcelarias, es posible identificar grupos de problemas, que desde el punto de vista de los efectos que provoca pueden ser clasificados en los siguientes:

1º Aquellos que dicen relación con las consecuencias que generó el perjuicio para las Pequeñas y Medianas Empresas que participaron en el proceso de construcción de las cárceles, en sus diferentes etapas.

Este grupo de problemas provocó una serie de consecuencias de carácter económico y, a raíz de aquello, de carácter laboral y financiero para las PYMES. A partir de las declaraciones de los invitados, se develó una serie de situaciones que, si bien se encuentran amparados en la ley de concesiones y en general en el ordenamiento jurídico que regula este tema, condujo a una serie de dificultades de carácter económico, laboral y social, tanto para los representantes de las PYMES como para los trabajadores que se desempeñaban en cada una de estas empresas.

La identificación de procedimientos amparados en la ley y que perjudicaba a las pequeñas empresas fue uno de los principales argumentos que se presentó para justificar la situación actual en la que quedaron los pequeños y medianos empresarios, con ocasión de la construcción en el Grupo 2 de Cárcenes donde se encuentran las de Antofagasta y Concepción.

A modo de ejemplo, la ley no contemplaba mecanismos de solución de controversias rápidos y expeditos que solucionaran las controversias entre las PYMES y las empresas concesionadas. Así las cosas, al tratarse de “problemas entre particulares” debieron recurrir a la justicia ordinaria con el objeto de hacer efectivos sus derechos y acreencias. En este punto, creemos, el Estado tomó una actitud pasiva al no prever eventuales conflictos entre las propias PYMES y las concesionarias. En este orden de ideas, pensamos que uno de los fundamentos centrales de la situación catastrófica que vivieron las empresas chilenas se debió a una improvisación en la implementación del plan de cárceles concesionadas.

El Estado, a través del MOP, tuvo conocimiento de aquello, es decir, de la quiebra inminente de las pequeñas empresas chilenas, ya que éstas no pudieron hacer efectivas sus acreencias cuando las empresas contratistas no cumplieron con sus obligaciones financieras. No obstante lo anterior, nada hizo para solucionar el conflicto que se provocó y que se mantuvo en el tiempo con un perjuicio evidente para las PYMES.

Esta actitud pasiva del Ministerio de Obras Públicas, ante un problema evidente que afectaba a las PYMES, contrasta con otras acciones ejercidas por otros ministerios ante pretensiones contrapuestas entre partes. A modo de ejemplo, la intervención del Ministerio del Trabajo para solucionar el conflicto entre CODELCO y sus subcontratistas.

Además, se observó que el capital de las empresas concesionarias estaba por debajo de las obras ofertadas, lo cual no da satisfacción del cumplimiento de las obras, amén que permitía que se ofertara a un precio mucho menor, con lo que se dejaba afuera a empresas más solventes en el rubro de la construcción y más grandes que podrían satisfacer mejor los intereses demandados por el MOP. Asimismo, se aprecia que estas empresas concesionarias de bajo capital, han monopolizado la construcción de las distintas obras licitadas. A lo anterior se suma, el reglamento del MOP, que establece que debe adjudicarse al proyectista más barato, los que presentan deficiencias en la ejecución de las obras, que luego hay que arreglar a través de modificaciones de obras.

2º Perjuicio al Estado de Chile con ocasión del pago millonario por concepto de indemnización a las concesionarias de las cárceles.

Lo anterior, quedó demostrado cuando, entre otros antecedentes, la Contraloría General de la República concluyó que si bien los ingresos y pagos están de acuerdo con las bases de licitación y convenios complementarios, el Ministerio de Obras Públicas debía dar cumplimiento a lo previsto en el dictamen N° 59.275 de 2007.

Se indicó, por parte del Contralor, que el MOP por acuerdo de las comisiones conciliadoras y arbitrales ha desembolsado importantes sumas de dinero que sobrepasan ampliamente lo previsto en los contratos originales.

También se dejó presente que la propia Contraloría General de la República emitió un informe denominado “programa horizontal de fiscalización de obras públicas concesionadas” (lo anterior a nivel nacional), de fecha 17 de febrero del año 2000, en el cual se efectuaron observaciones al procedimiento de conciliación que se llevaba a cabo en el proceso de concesiones carcelarias. La excesiva lentitud, lo que implicaba mayores costos para el Ministerio –y, en consecuencia, para el Estado- ha implicado un mayor pago por parte del Ministerio de Obras Públicas perjudicando, sin lugar a dudas, el patrimonio económico del Estado de Chile.

3º Inoperancia de los sistemas o procedimiento de control a través de los Inspectores Fiscales designados por el Ministerio de Obras Públicas.

Sabido es que la designación de los Inspectores fiscales corresponde al MOP, a través de la dirección del Director General de Obras

Públicas. Es, precisamente, este funcionario en el que recaen las mayores responsabilidades, sobre todo, en consideración a que la Contraloría emitió un informe donde expresa que es el Inspector Fiscal quien debe fiscalizar la construcción de las edificaciones en terreno que se estaban realizando, informando detalladamente de los estados y avance de las obras.

En este sentido, la Contraloría General de la República representó observaciones a la manera en que se realizó la fiscalización a los controles aplicados por los inspectores fiscales y sus respectivas asesorías. Lo anterior, producto que no se detectaron a tiempo los defectos ni se formularon las observaciones en los planes de autocontrol de las concesionarias. Ello se reflejó, incluso en reincidencias, en los grupos 1 y 3 de cárceles.

Así, se determinó que los establecimientos correspondientes a Iquique, Valdivia y Puerto Montt recibieron la puesta en servicio definitiva, no obstante persistir observaciones, vulnerando con ello, claramente, las bases de licitación, visadas y autorizadas por la autoridad designada para estos efectos.

En lo relativo a los diseños, quedó demostrado también en la comisión que los anegamientos y filtraciones, tanto de muros como lozas y que la humedad al interior de los pabellones, se debió a la falta de control, con lo que queda de manifiesto la inobservancia absoluta de normas en esta materia. Las cárceles de Valdivia y Puerto Montt debido a su condición atmosférica y geográfica fueron aquellas en que más se reflejó este tipo de fallas en la construcción y diseño. Se concluye, por parte del ente contralor, que los diseños aprobados no se ajustaron con lo previsto en el documento "Pauta Mínimas de Diseño" (que son entregados y elaborados por el Ministerio de Obras Públicas a través de la dirección respectiva) ya que no consideraron variables tan importantes como el medio geográfico para la solución de eventuales problemas como los de tipo climatológicos, que podían ser previstos en su oportunidad por aquellos que tenían la función de controlar la construcción en esta etapa.

Se hace mención también que, si bien, el tiempo y las condiciones climatológicas de las cárceles de Antofagasta (enlace Uribe) y de Concepción (El Manzano II), propias de la zona, han contribuido al deterioro de los materiales construidos, también queda claro que se observaron fallas estructurales en la construcción de ambos edificios. Dichas fallas también alcanzan al suelo de fundación, tal cual como lo reafirman los estudios de Evaluación y Diagnóstico de la Construcción que el propio Ministerio de Obras Públicas contrató para llevar a cabo en ambos complejos penitenciarios.

Si bien la responsabilidad que la Contraloría General de la República ha consignado respecto de los Inspectores Fiscales es directa, también es dable a considerar que estos Inspectores no tienen la calidad de funcionarios públicos, en consecuencia, su responsabilidad sólo es perseguible desde el punto de vista civil. Lo anterior, reviste una importancia máxima por cuanto lo que en parte se pretende en la presente comisión investigadora es dilucidar eventuales responsabilidades políticas de quienes siendo funcionarios públicos cometen actos que irrogan perjuicio al Estado. Naturalmente, como es sabido, la responsabilidad de los inspectores fiscales deberá perseguirse en la esfera de competencia propia de los particulares. Lo que no puede quedar sin sanción política es la responsabilidad de quienes, teniendo la obligación de implementar el proceso de concesiones carcelarias, no lo realizaron de acuerdo a parámetros que aseguraran un óptimo resultado, o bien, implementando dicho plan lo hicieron negligentemente.

De tal manera, es necesario consignar en el informe de esta comisión, la responsabilidad ministerial, al menos de los ex jefes de las Carteras de Justicia y Obras Públicas, por sus responsabilidades en el diseño y posterior implementación del proceso de concesiones carcelarias, asunto abordado en el punto 6º de esta presentación.

Como conclusión, la Contraloría General de la República estima que es posible que se haya configurado falta de probidad, prevista y sancionada en el artículo 52 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en lo relativo a los Inspectores Fiscales involucrados, para lo cual plantea al Servicio respectivo practicar la investigación correspondiente a la luz de las materias auditadas, con el fin de dar cuenta a la unidad de control de la Contraloría General de la República.

4º Indeterminación de solicitud de mayores obras en la construcción de los diferentes establecimientos penitenciarios, en especial, los ubicados en Antofagasta y Concepción.

En este ámbito, no hay certeza acerca de quien motivó el cambio de los proyectos originales. En las intervenciones de los ex ministros Bitrán y Estévez sobre esta materia, es posible determinar que dichos aumentos de obras correspondieron a sugerencias planteadas por las diferentes empresas concesionarias. En efecto, esta información fue confirmada por el Inspector de Obras Jorge Maurería, quien por lo demás, es el funcionario en quien, a juicio de la Contraloría General de la República recaen las mayores obligaciones en los defectos constructivos de los diferentes edificios que servirían de cárceles.

Sin embargo, para las empresas concesionadas, el único que podía cambiar los planes y proyectos era el Ministerio de Justicia, a través de Gendarmería de Chile, quien habría participado en el diseño, tanto en las pautas mínimas de diseño, como en la posterior implementación.

Es necesario mencionar que, producto de estas mayores obras el Estado de Chile vio aumentado sustancialmente el valor final de los establecimiento penitenciarios, debiendo pagar más de lo que originalmente costaban las construcciones. Lo anterior no admite discusión, las obras sin terminar que el Estado recuperó se produjo previo pago de un millonario monto de dinero que dejó al descubierto un procedimiento poco objetivo que, desde el punto de vista económico, perjudicó al Estado por la inexcusable negligencia del Ministerio de Obras Públicas, ello constituye un ejemplo latente de lo oneroso que resultó para el Estado de Chile la construcción de este tipo de cárceles.

5º Responsabilidad en el orden político, toma de decisiones de manera intempestiva y falta de programación en el desarrollo de las políticas públicas carcelarias.

Quedó demostrado en la comisión, que no hubo una política completamente seria en relación a la implementación del proceso de cárceles concesionadas. Ello se vio reflejado en un cúmulo de impedimentos que frustró que el conjunto de cárceles, que se habían prometido a través de un discurso presidencial, no se entregaran en tiempo y forma.

En efecto, de las declaraciones de los ex Ministros Jaime Estévez y Eduardo Bitrán, junto con las del Ministro de Justicia, se concluye una falta de preparación en la puesta en marcha del proceso de concesiones de cárceles.

Las situaciones descritas anteriormente, denotan que la implementación y posterior puesta en marcha del proceso de concesiones carcelarias obedeció a lógicas poco técnicas en su implementación, corroboradas por la Contraloría cuando ha planteado que se omitieron auditorías, como, asimismo, en que los controles internos de fiscalización tampoco funcionaron adecuadamente.

Tampoco la Institución de Gendarmería estaba preparada presupuestariamente para avocarse al nuevo sistema de concesiones carcelarias. La escasez de personal, hizo que los turnos de los funcionarios se extendieran más allá de lo previsto, como asimismo, el vestuario y otros elementos de seguridad, no fueron considerados al inicio de este plan.

5.1 Responsabilidades de los Ministerios de Justicia, Obras Públicas y participación del Ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar.

a) Ministerio de Justicia: Es responsable sólo por cuanto es el mandante, es decir, quien requiere al Ministerio de Obras Públicas el desarrollo del programa de concesiones carcelarias. Bajo este contexto, el Ministerio de Justicia es quien encarga al ministerio técnico respectivo la construcción de los recintos penitenciarios en las condiciones que en el propio mandato se indican. La etapa posterior escapa a la competencia de esta cartera, y por consiguiente, del ministro del ramo. Tanto es así, que el Ministro Carlos Maldonado, en su intervención en la comisión, dejó en claro que la experiencia ha demostrado que el modelo de concesiones tiene sus bemoles, por tanto debe entenderse en esas circunstancias.

b) Ministerio de Obras Públicas: Es perfectamente reconocible la participación de los ex ministros de esta cartera: Javier Etcheberry como el impulsor del plan; el ex ministro Jaime Estévez, quien prosiguió en el desarrollo y puesta en marcha del proyecto de las nuevas cárceles; Eduardo Bitrán, quien tuvo la responsabilidad de lidiar con los diferentes actores en la puesta en marcha del programa de concesiones carcelarias, como también en los posteriores pleitos judiciales que se suscitaron con ocasión de las demandas interpuestas por las concesionarias por concepto de pago de mayores obras. En consecuencia, a esta Cartera, le cupo responsabilidad en el diseño y control en las diferentes etapas de construcción de los recintos carcelarios. Respecto de la designación de Inspectores Fiscales, no reparó en informes hechos saber por Contraloría, no regularizó las situaciones que revestían carácter de irregularidades, ni instruyó los sumarios sugeridos por Contraloría General de la República.

Por su parte, ninguno de los actores que participaron en el programa de concesiones carcelarias, estimaron ni previeron que la aplicación de la ley de concesiones de obras públicas, en esta materia, debía tener una adecuación, a objeto de que la institucionalidad jurídica que regularía el proceso nuevo e inédito en nuestro país, fuese lo más exitoso posible. Esta circunstancia, a la luz de los antecedentes, no ocurrió.

Señaló, asimismo, la Contraloría General de la República que, hasta la fecha, hay sumarios por parte del MOP que están pendientes y que fueron ordenados instruir en su minuto, ello denotando una falta de preocupación de parte de este Servicio, toda vez que aquello redundaba en una mejor organización y posterior implementación del propio programa.

Se consignaron deficiencias técnicas en los tres grupos de cárceles y que fueron puestas en conocimiento de la autoridad administrativa.

c) Ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar: Resulta inevitable referirse, en estas conclusiones, a la responsabilidad política que le cupo al Ex Presidente de la República en esta materia. El tema carcelario fue mencionado por el ex mandatario en los discursos de la Cuenta Pública del 21 de mayo de los años 2004 y 2005, en los que se prometió la construcción de diez establecimientos penitenciarios, bajo la modalidad de concesiones, todos ellos funcionando. En la actualidad, uno de los centros penitenciarios está abandonado (Antofagasta); El Manzano 2, recién relicitado para su construcción; y el Grupo 4 de cárceles se encuentra paralizado.

En consecuencia, creemos que el Ex Mandatario sí tiene responsabilidades políticas en la nefasta aplicación del programa carcelario en Chile. Claramente las políticas gubernamentales en esta materia no se cumplieron, el Estado de Chile pagó más de lo que le correspondía por la construcción de los establecimientos penitenciarios concesionados, lo que no se puede dejar pasar. Lo antes expuesto, evidentemente, ha repercutido en los índices de seguridad nacional, puesto que la implementación del nuevo proceso penal, implicaba la construcción de centros penitenciarios que acogieran al gran número de imputados que pasarían a formar parte de la población penal a nivel nacional.

Constituye una obligación ineludible para el Estado de Chile el propender a la seguridad ciudadana, la cual ha quedado desprotegida producto de la improvisación del proceso de concesión carcelaria.

Sin lugar a dudas, la responsabilidad vertical en nuestro sistema presidencial, nos mueve a encontrar responsabilidades en lo más alto de las esferas gubernamentales, alcanzando incluso, en este caso, al Ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar.

5.2. Normas jurídicas vulneradas en el proceso de concesiones carcelarias.

En término jurídicos, es posible identificar las siguientes normas, que a juicio de estos parlamentarios, se habrían infringido durante la aplicación del programa de concesiones carcelarias. En primer lugar, como lo señala el artículo 5º, del DFL N° 1, de 2001, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Bases, las autoridades “deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”. Ello implica que es, precisamente, a estos funcionarios a quienes se le encomienda una de las funciones más importantes del complejo aparato del sistema público: velar, esto es cuidar con celo, supervigilar la correcta y eficiente administración de los recursos públicos. Y no es una disposición programática ni carente de fondo, sino que está fundada en el correcto desempeño que deben observar todos los funcionarios públicos en la administración de sus funciones. Por tanto, la autoridad ministerial no ha cumplido con el mandato que le encomienda la ley.

Se complementa esta disposición, además, con el artículo 3º de la Ley de Bases, que establece los principios que inspiran la Administración Pública: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal (...) La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación (...) control, probidad, transparencia y publicidad administrativas (...)”.

El artículo 11, del mismo texto legal, por su parte, establece la obligación de las autoridades de ejercer el control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos. Señala el precepto, que “dicho control se llevará dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda”. Precisamente, a partir de esta concepción jerárquica de la función de las autoridades es que se va configurando la responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, el artículo 23 de la Ley de Bases dispone que “Los Ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios (...)”.

La inejecución de este artículo se produciría en relación con el artículo 22 de la misma ley que señala que, “Los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores (...) deberán proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector (...)” De este modo, los deberes y obligaciones de los Ministerios, como velar por el cumplimiento de las normas y fiscalizar las actividades del respectivo sector, son, legalmente, de responsabilidad de los Ministros.

6º Seguridad penitenciaria y ciudadana en relación a nuevas cárceles.

Sin lugar a dudas, nadie puede discutir que el nuevo sistema de construcción de cárceles en nuestro país, constituye un avance en esta materia. En efecto, nuevas construcciones, celdas personalizadas, concesión en los insumos carcelarios, como asimismo, servicio de alimentación, lavandería, capacitación y otros son, para la población penal un progreso que miran hacia el futuro y que van de la mano con el desarrollo que ha experimentado nuestro país.

Sin embargo, el fuerte cambio que significó para los reclusos la adecuación a una nueva realidad, conllevó a que se produjeran una serie de trastornos en su diario vivir. Acostumbrados a permanecer en grupo, a sus relaciones interpersonales, el nuevo sistema cortó de raíz la manera que la población penitenciaria tenía de vincularse. Ahora, celdas individuales, y un estricto control de los actos, provocó indirectamente que muchos de los internos atentaran en contra de su vida o su integridad física y psíquica, en especial en la cárcel de Rancagua.

Creemos que este fue uno de los aspectos que mejor refleja la falta de programación por parte de la autoridad, en la implementación del nuevo sistema de concesiones carcelarias, ya que no se vislumbró el aspecto social de los reclusos al interior de los establecimientos penitenciarios.

Otro de los aspectos relevantes dice relación con la adecuación del personal de Gendarmería a las nuevas funciones en las cárceles concesionadas. En efecto, si bien es posible reconocer en los últimos años un aumento significativo del personal de Gendarmería (constituyendo el servicio público que más creció en recursos humanos) éste no fue lo suficientemente respaldado para enfrentar las nuevas labores y las nuevas relaciones intrapenitenciarias con los internos de los diferentes penales.

En efecto, el modelo seguido por las autoridades de nuestro país en este sentido, se hizo adoptando la experiencia francesa sobre la materia, la que demoró cerca de veinte años en implementarse, ya que existían una serie de transformaciones socioculturales y técnicas que se debían adecuar, tanto desde el punto de vista de la población penal, como de los procedimientos de vigilancia a cargo de Gendarmería. Por el contrario, en nuestro país, esta implementación sólo se realizó en el plazo de dos años, sin considerar políticas que incluyeran los aspectos antes mencionados.

La improvisación del proceso de establecimientos penitenciarios concesionados también ha influido de manera sustancial en lo referente a la seguridad ciudadana. El proyecto original contemplaba un número de cárceles para recibir a una determinada población penal, el hecho de que no se hayan construido las cárceles de Antofagasta y Concepción, ambas pertenecientes al grupo 2, y la inexistencia del Grupo 4, hace que la población penal que estaba destinada a esos recintos esté hacinada en otros, o simplemente, se encuentre en libertad.

Por otra parte, la sobrepoblación que ya se expresa en las cárceles concesionadas, hace que el Estado sea prisionero del hacinamiento y surja, en consecuencia, un nuevo problema derivado de la improvisación de las autoridades gubernamentales. Cabe destacar que Santiago 1 ya pagó sobreprecio por la sobre población pactada en contratos.

En el ámbito de rehabilitación y reinserción social, los internos trasladados a los nuevos recintos penitenciarios concesionados, si bien tienen nuevas formas y maneras de generar instancias de rehabilitación social, a la fecha, no es posible determinar fehacientemente si la población penal inmersa en los recintos concesionados logrará una real inserción en la sociedad.

III Sugerencias de la Comisión

Dentro de las propuestas realizadas por los visitantes a la comisión, el actual Ministro de Obras Públicas, Sergio Bitar, expuso lo que para él deben ser los puntos angulares sobre los que descansa una modificación al sistema de concesiones carcelarias. Sin lugar a dudas, la puesta en marcha de un sistema, que si bien no ha sido nuevo para el desarrollo de nuestro país, en el caso de cárceles sí es un mecanismo que incorporó nuevos procedimientos y nuevas lógicas de interrelación entre los diferentes actores. Es por lo mismo que, en su intervención, el ministro Bitar identificó lo que para él constituyen los principales puntos de modificación, a objeto de implementar un mecanismo adecuado para una óptima y eficiente implementación del programa de concesiones carcelarias, a saber:

1. Mejorar los proyectos precisando estándares de calidad y servicio.
2. Fortalecer al Inspector Fiscal con asesorías y mayores recursos; designando a uno por obra; y, adelantando su nombramiento a la etapa de adjudicación de la licitación y no al momento de la construcción.
3. Mejoras en la solución de conflictos.

Naturalmente, creemos que una verdadera adecuación de los mecanismos legales es, sin lugar a dudas, uno de los presupuestos básicos para que las concesiones de obras públicas en materia de cárceles tengan un real éxito. Por cierto, una nueva institucionalidad jurídica daría certeza y seguridad en las relaciones de los diferentes actores que participarían de ella (Estado, empresas concesionadas, subcontratistas, etc.) determinarían claramente las fases de generación de proyectos, contratos de concesión y, por cierto, la manera más justa de resolver los conflictos entre el Estado y los concesionarios y entre éstos y las empresas subcontratadas.

En ese sentido, lo hacía notar el ex Director General de Obras del Ministerio de Obras Públicas, cuando señalaba que: "... la ley de concesiones ha sido muy exitosa en todas las obras que el Ministerio de Obras Públicas ha desarrollado, como carreteras, aeropuertos, etcétera. Sin embargo, el tipo de infraestructura en cuestión (la construcción de cárceles a través del mecanismo de la concesión) es más compleja y hay que hacer varios avances.". Precisamente, esos avances son los que quedaron de manifiesto y no se realizaron en el lanzamiento y puesta en marcha del proceso de concesión carcelaria, obedeciendo la lógica a un criterio más político que técnico, que influyó finalmente en que los particulares, a quienes se pretendía incorporar en la unión público – privada, terminarían demandando al Estado a través del Ministerio de Obras Públicas.

En consecuencia, podemos concluir que, para la implementación y puesta en marcha de este novedoso programa, necesariamente ha debido procederse con un criterio de carácter técnico y no político. Ha quedado demostrado en la Comisión, que la puesta en marcha de este proceso obedeció, en parte, a estas lógicas y se omitieron una serie de elementos indispensables para que el programa carcelario surtiera efectos.

En el presente informe se anexarán documentos hechos llegar a la comisión, entre los cuales se cuenta con observaciones de los diputados señores Carlos Abel Jarpa Webar y Alfonso Vargas Lyng, los que han servido de base para la elaboración de estas conclusiones y, por ende, se entienden parte integrante de éstas.

Sometidas a votación las consideraciones, conclusiones y proposiciones, fueron aprobadas por cinco votos a favor y uno en contra. Votaron a favor los Diputados señores Javier Hernández Hernández (Presidente); Egaña Respaldiza, don Andrés; Rojas Molina, don Manuel; Sepúlveda Hermosilla, don Roberto;

Vargas Lyng, don Alfonso; y Ward Edwards, don Felipe. Votó en contra el Diputado señor Jarpa Webar, don Carlos Abel.

Se hace presente la conveniencia de que estas consideraciones, conclusiones y proposiciones sean remitidas a S.E. la Presidenta de la República, a los Ministerio de Obras Públicas, Justicia y Hacienda, y a la Contraloría General de la República.



Se designó Diputado informante al señor JAVIER HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

SALA DE LA COMISIÓN, a 20 de noviembre de 2008.

Tratado y acordado en sesiones de fecha 30 de abril, 8 y 15 de mayo; 5, 12 y 19 de junio; 3, 10 y 31 de julio; 7, y 21 de agosto; 11 de septiembre; 2, 9 y 30 de octubre; 6, 13 y 20 de noviembre de 2008; y en Reuniones en Comité de fechas 11 de agosto; 1 de septiembre de 2008, con asistencia de los Diputados señores: Araya Guerrero, don Pedro; Ceroni Fuentes, don Guillermo; Egaña Respaldiza don Andrés; Hernández Hernández, don Javier (Presidente); Jarpa Webar, don Carlos Abel; Latorre Carmona, don Juan Carlos; Quintana Leal, don Jaime; Rojas Molina, don Manuel, Sepúlveda Hermosilla, don Roberto; Vargas Lyng, don Alfonso; Venegas Cárdenas, don Mario y Ward Edwards, don Felipe.

Por la vía del reemplazo asistieron los señores Diputados Aguiló Melo, don Sergio; Correa de la Cerda, don Sergio; García Huidobro, don Alejandro; Kast Rist, don José Antonio; y Tuma Zedan, don Eugenio.

Asistió además, el Diputado señor Von Mulhenbrock, don Gastón.

MIGUEL CASTILLO JEREZ,
Secretario de la Comisión.

ÍNDICE

I. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN.	1
II. LABOR DESARROLLADA POR LA COMISIÓN	1
A. Sesiones realizadas.	1
B. Personas escuchadas.	2
C. Personas invitadas que no asistieron a la Comisión	3
D. Antecedentes requeridos por la comisión y documentos recibidos en respuesta	4
E. Información remitida a la Cámara de Diputados	14
III. Antecedentes Generales	15
A) Marco regulatorio en materia de concesiones	15
A.1. Normas aplicables a las concesiones de obra pública	16
A.2 Concesiones sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de las áreas de servicios	16
A.3 Etapas de la licitación	17
I. Etapa precontractual o “actuaciones preparatorias” de la licitación:	17
II. La licitación	17
III. La oferta	20
IV. Adjudicación	22
V. Contrato de concesión	24
A.4 Desarrollo del contrato de concesión	24
A.-Etapa de Construcción:	24
B.- Etapa de Explotación :	27
A.5 Fiscalización del contrato de concesión.	28
Inspector Fiscal	28
A.6 Derechos y obligaciones del concesionario	30
A.7 Duración y extinción de la concesión.	30
A.8 Comisión Conciliadora	31
B) Relación de hechos	32
1º El Programa de Concesiones carcelarias:	33
2º Infraestructura penitenciaria	33
A) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA GRUPO 1"	33
B) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, GRUPO 2"	34
C) "PROGRAMA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA PENITENCIARIA, GRUPO 3"	35
3º Informe de Contraloría General de la República.	36
1º Mayores pagos efectuados por el Ministerio de Obras públicas	36
2º Responsabilidad de la inspección fiscal	37
3º Responsabilidad del equipo profesional de las empresas	37
4º Causales de extinción	38
5º Subcontratistas	38
6º Resolución de controversias	39
4º Auditoría técnico financiera efectuada por Contraloría General de la República	39
I GRUPO 1	39
II GRUPO 2	41
III GRUPO 3	43
5º Conclusiones de Contraloría General de la República	45
IV. Exposiciones efectuadas por las personas invitadas a la comisión	47
1º Ex Ministro de Obras Públicas, don Jaime Estévez.	47

2° Ex Ministro de Obras Públicas, señor Eduardo Bitrán _____	51
3° Ministro de Obras Públicas, señor Sergio Bitar Chacra, _____	57
4° Ex Director General de Obras Públicas, señor Carlos Rubilar. _____	59
5° Directora Nacional de la Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas, señora Verónica Serrano. _____	63
6° Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, señor Gonzalo Cordua. _____	63
7° Ex Director General de Obras del Ministerio de Obras Públicas, señor Patricio Aguilera. _____	66
8° Fiscal de Obras Concesionadas, señor Jorge Maureira. _____	67
9° Ex coordinadora de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, señora Francisca Castro. _____	69
10° Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado, _____	70
11° Jefa de la Oficina de Planes y Estudios del Ministerio de Justicia, señora Beatriz Barrera. _____	73
12° Director Nacional de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Jiménez. _____	73
13° Jefe de la Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, señor Marcos Lizana. _____	75
14° Presidente Nacional de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP), señor Pedro Hernández. _____	76
15° Contralor General de la República, señor Ramiro Mendoza. _____	77
17° Subjefa de la División de Vivienda, Urbanismo, Obras Públicas y Transportes de la Contraloría General de la República, señora María Isabel Carril. _____	83
18° Constituyente de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo 1”, señor Manuel Díaz de Valdés Olavarrieta, _____	84
19° Abogado de las Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, Valdivia, Antofagasta y Santiago, señor Braulio Sanhueza. _____	86
20° Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor Alejandro Aravena. _____	87
21° Representante de Agrupaciones de PYMES de Puerto Montt, de Valdivia y de Santiago, señor César Larenas. _____	89
22° Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Ricardo Chehade. _____	89
23°, Representante de Agrupaciones de PYMES de Antofagasta y Santiago, señor Jorge Mazú. _____	92
24° Reverendo Luis Egaña, Capellán de la cárcel de Rancagua _____	94
V. CONSIDERACIONES, CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES APROBADAS POR LA COMISIÓN. _____	95
I Consideraciones _____	95
II Principales problemas detectados _____	96
1° Aquellos que dicen relación con las consecuencias que generó el perjuicio para las Pequeñas y Medianas Empresas que participaron en el proceso de construcción de las cárceles, en sus diferentes etapas. _____	96
2° Perjuicio al Estado de Chile con ocasión del pago millonario por concepto de indemnización a las concesionarias de las cárceles. _____	97
3° Inoperancia de los sistemas o procedimiento de control a través de los Inspectores Fiscales designados por el Ministerio de Obras Públicas. _____	97

4º Indeterminación de solicitud de mayores obras en la construcción de los diferentes establecimientos penitenciarios, en especial, los ubicados en Antofagasta y Concepción. _____	99
5º Responsabilidad en el orden político, toma de decisiones de manera intempestiva y falta de programación en el desarrollo de las políticas públicas carcelarias. _____	99
5.1 Responsabilidades de los Ministerios de Justicia, Obras Públicas y participación del Ex Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar. _____	100
5.2. Normas jurídicas vulneradas en el proceso de concesiones carcelarias. _____	101
6º Seguridad penitenciaria y ciudadana en relación a nuevas cárceles. _____	102

III Sugerencias de la Comisión _____ 103

IV. Antecedentes y documentos anexos al informe de la Comisión Especial Investigadora del Proceso de Concesiones Carcelarias.

1. Copia taquigráfica de las versiones, in extenso, de las sesiones celebradas por esta Comisión Especial Investigadora:
 - Sesión 3ª, de fecha 15 de mayo de 2008;
 - Sesión 4ª, de fecha 5 de junio de 2008;
 - Sesión 5ª, de fecha 12 junio de 2008;
 - Sesión 6ª, de fecha 19 de junio de 2008;
 - Sesión 7ª, de fecha 3 de julio de 2008;
 - Sesión 8ª, de fecha 10 de julio de 2008;
 - Relación de la visita realizada al Complejo Penitenciario “El Manzano 2”, en la ciudad de Concepción el 21 de julio de 2008;
 - Sesión 9ª, de fecha 31 de julio de 2008;
 - Sesión 10ª, de fecha 11 de agosto de 2008;
 - Sesión 11ª de fecha 21 de agosto de 2008;
 - Reunión en Comité, de fecha 1 de septiembre de 2008;
 - Sesión 13ª, de fecha 11 de septiembre de 2008;
 - Sesión 14ª, de fecha 2 de octubre de 2008 y,
 - Sesión 15ª, de fecha 9 de octubre de 2008.
2. Sugerencias efectuadas por el Diputado señor Alfonso Vargas Lyng.
3. Minuta de conclusiones efectuadas por el Diputado señor Carlos Abel Jarpa Webar.
4. Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, documento elaborado por la Oficina de planificación y Presupuesto, Unidad de Concesiones de Gendarmería de Chile, Ministerio de Justicia.
