

MINUTA

- Para:** Comisión de Obras Públicas del Senado.
De: Programa Legislativo LyD / Juan Ignacio Gómez Corvalán (jgomez@lyd.org).
Fecha: 14 de marzo de 2024.
Ref.: Comentarios a los boletines refundidos N°15.073-07 y N°15.253-09, proyecto de ley que que modifica el Decreto N° 900, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en materia de adopción de medidas de seguridad por parte de los concesionarios
Sumario: 1. Objeto del proyecto (p. 1); 2. Contenido y contexto de las modificaciones (ps. 1-4); 3. Comentarios al proyecto de ley (p. 4-14); Conclusiones (p.14).

1. Objeto

La Comisión de Obras Públicas del Senado ha solicitado la opinión respecto del proyecto de ley iniciado en moción que modifica el Decreto N° 900, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, en materia de adopción de medidas de seguridad por parte de los concesionarios, boletines refundidos N°s 15073-07 y 15253-09. Dicho proyecto de ley cuenta con un primer informe que recoge su discusión en general y particular a la vez por la Comisión de Seguridad Pública. Corresponde pronunciarse sobre el texto evacuado por esta última comisión legislativa a fin de contribuir a su discusión por la requirente.

2. Contenido y contexto de las modificaciones

El proyecto en comento cuenta con un artículo único, que modifica el decreto N°900, de 31 de octubre de 1996, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N°164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas e introduce tres grupos de modificaciones que pueden resumirse en lo siguiente:

- 2.1. El numeral 1) introduce una modificación al artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP).

El artículo 23 se refiere expresamente al régimen jurídico durante la fase de explotación, es decir, una vez que la obra ha sido construida y se encuentra ya puesta en servicio. La primera obligación que asiste al concesionario es la de conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización. Luego, en el numeral 2 se enuncia la obligación de continuidad del servicio. Esta última obligación, según el texto legal vigente, obliga al concesionario, respecto de los servicios que presta, a:

“a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación”; y

“b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio.”¹

La modificación propuesta busca, por una parte, incorporar una nueva letra b) que pretendería complementar la obligación de continuidad del servicio mediante la entrega del

“servicio en condiciones de seguridad para los usuarios, previniendo riesgos de todo tipo y adoptando todas las medidas de vigilancia, seguridad y asistencia necesarias para el resguardo del usuario y sus bienes.

Sin perjuicio de su responsabilidad contractual, en caso de que los usuarios sufran daños por incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos, vigilancia, seguridad y asistencia establecidas en el párrafo precedente, el concesionario responderá de conformidad con el artículo 35, ya sea por falta de medidas, retardo en su adopción, o mal funcionamiento.”

Por la otra, la modificación propuesta incorpora un numeral 3, nuevo, el cual busca incorporar como un nuevo elemento del régimen jurídico de la fase de explotación que

“El concesionario deberá adoptar las medidas de protección y seguridad interior de las obras, las que se harán extensivas a los usuarios de las mismas y sus bienes, debiendo establecerse en las respectivas bases de licitación tanto las obligaciones de vigilancia, seguridad, asistencia y de prevención de riesgos de seguridad como las sanciones procedentes y las demás condiciones exigibles para proteger los derechos de los usuarios en caso de incumplimiento, sin perjuicio de su deber de responder según lo establecido en el artículo 35 de esta ley.

En caso de que los usuarios sufran daños por incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos, vigilancia, seguridad y asistencia establecidas en el párrafo precedente, el concesionario responderá por falta de medidas, retardo en su adopción o mal funcionamiento.”

¹ El literal b) es más extenso, pero se ha omitido en la transcripción de la norma el aspecto procedimental relativo a la determinación del valor de las obras y al pago de las mismas.

2.2. El numeral 2 modifica el artículo 35 de la LCOP.

El artículo 35 establece una regla de responsabilidad del concesionario frente a terceros. Dicha norma enuncia un principio sencillo: *“El concesionario responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros”*. Sin embargo, no responderá cuando los daños *“sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato.”*

Esta regla se explica porque el proceso previo a la adjudicación hay: primero, iteración entre los participantes en las licitaciones y el Ministerio, por lo cual hay posibilidad de evaluar riesgos y proponer mitigaciones en la obra respectiva, por lo que si no se previnieron todos los aspectos, la responsabilidad es el correlato de la imposibilidad de prever todos los aspectos del proyecto; y segundo, posibilidad de desistir de participar, si se ve que la obra admite mayores riesgos que los que razonablemente se desean administrar. **Todo lo anterior, porque precisamente el responsable de la concesión es el concesionario y no el Estado como cedente.** Por ello, la segunda parte de la regla, que es la excepción al principio general, resulta de toda lógica: el concesionario no responde por una imposición que se realiza por el Ministerio, pues él, al adjudicarse el contrato de concesión, queda sometido a las potestades exorbitantes de la Administración en materia de contratación administrativa. Precisamente por ello, no resulta de justicia que el concesionario responda por un hecho ejecutado por él, pero ordenado por el Ministerio sin posibilidad de oponerse. No en vano la ley señala que se trata de *“medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas”*.

La propuesta del proyecto busca introducir un nuevo inciso segundo al artículo 35, del siguiente tenor:

“En el caso de daños a usuarios durante la fase de explotación que sean consecuencia del incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones de prevención de riesgos, vigilancia, seguridad o asistencia, se estará a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 23.”

2.3. El numeral 3 incorpora un nuevo artículo 44 a la LCOP, del siguiente tenor:

“Artículo 44. El concesionario, sea que opere con sistemas electrónicos o manuales de cobro de tarifas o peajes, deberá proporcionar y transmitir, por el solo ministerio de la ley, al Ministerio Público, la Policía de Investigaciones o a Carabineros de Chile, de forma automatizada, en tiempo real e interoperando con éstos, la información relativa, al menos, a la placa patente o ausencia de la misma, marca, modelo y color de los vehículos

motorizados que circulen por las obras, de acuerdo a sus respectivas facultades legales en materia investigativa o en el rol de policía preventiva de Carabineros de Chile, con el fin de detectar aquellos vehículos alterados y/o cuyo robo ha sido denunciado o detectado en flagrancia, o respecto a los cuales existan antecedentes de su utilización en delitos, o que circulen con placas patentes alteradas o sin la misma, así como para informar y alertar de eventuales delitos o infracciones que se produzcan al interior de las obras.

La información proporcionada por el concesionario deberá estar disponible para el Ministerio Público, la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, quienes podrán coordinarse con el Servicio de Registro Civil e Identificación para la producción de la alerta sobre el incidente cuando corresponda.

La integración de la información señalada en los incisos precedentes le corresponderá al ministerio a cargo de la Seguridad Pública. Las municipalidades podrán celebrar convenios con dicho ministerio para efectos de recibir la información señalada en el inciso precedente y adoptar medidas en el ámbito de la seguridad pública.

Las exigencias tecnológicas requeridas para proporcionar la información, así como las medidas de resguardo de datos personales, serán determinadas en las respectivas bases de licitación. Estas exigencias tecnológicas deberán atender a los parámetros de servicios, datos y campos y a los requerimientos de conectividad y seguridad de los sistemas de información institucionales que el Ministerio Público, la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile requieran a través del ministerio a cargo de la Seguridad Pública en la función de integrador establecida en el inciso anterior.

En todo caso, la información entregada por el concesionario deberá ser eliminada de las bases de datos de los organismos públicos señalados en los incisos precedentes al cabo de seis meses de ser recibida, con excepción de los datos que sean parte de una investigación penal en curso.”

3. Comentarios al proyecto de ley

3.1. Comentarios generales: concepto de obra pública y ámbito de aplicación

Como primera idea, cabe señalar que el proyecto de ley busca establecer una obligación para las concesionarias de obras públicas, **sin distinguir el tipo de obra de que se trata**, de adoptar medidas de seguridad indicadas en el proyecto con la consiguiente responsabilidad si se produjere un daño. Cabe hacer presente que, actualmente, las concesionarias de obras públicas toman, dentro de las particularidades de cada una de ellas, las medidas que, de acuerdo a la legalidad vigente, así como mediante los contratos de concesión respectivos se les imponen.

Esto se diseñó así, pues dada la heterogeneidad de obras públicas concesionadas, la técnica de imponer obligaciones genéricas en la ley puede llevar a resultados indeseados o derechamente absurdos. En efecto, cabe tener presente que el concepto de obra pública que ha señalado la LCOP, en el primer inciso de su artículo 39, es amplísimo:

“Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a 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 al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados.”

Por ello, vale la pena detenerse un momento para llamar la atención sobre cuál sería el universo de obras públicas que quedarían comprendidas en estas disposiciones.

Actualmente, existen concesiones de obras públicas en operación respecto de:

- Infraestructura vial interurbana²;
- Infraestructura vial urbana³;
- Soluciones hídricas⁴;
- Infraestructura aeroportuaria⁵;

² De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Acceso Norte a Concepción, Concesión Alternativas de Acceso a Iquique, Concesión Autopista Concepción - Cabrero, Concesión Autopista de la Región de Antofagasta, Concesión Camino Internacional Ruta 60 CH, Concesión Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar, Ruta 68, Concesión Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo, Concesión Red Vial Litoral Central, Concesión Ruta 160 Tramo Tres Pinos - Acceso Norte a Coronel, Concesión Ruta 5 Tramo Collipulli - Temuco, Concesión Ruta 5 Tramo La Serena - Vallenar, Concesión Ruta 5 Tramo Puerto Montt - Pargua, Concesión Ruta 5 Tramo Río Bueno - Puerto Montt, Concesión Ruta 5 Tramo Santiago - Los Vilos, Concesión Ruta 5 Tramo Santiago - Talca y Acceso Sur a Santiago, Concesión Ruta 5 Tramo Temuco - Río Bueno, Concesión Ruta 5 Tramo Vallenar - Caldera, Concesión Ruta 57 Santiago - Colina - Los Andes, Concesión Ruta Interportuaria Talcahuano - Penco, Concesión Variante Melipilla, Segunda Concesión Túnel El Melón.

³ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Acceso Nororiente a Santiago, Concesión Américo Vespucio Oriente Tramo El Salto - Príncipe de Gales, Concesión Sistema Américo Vespucio Norponiente, Av. El Salto - Ruta 78, Concesión Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78 - Av. Grecia, Concesión Sistema Norte - Sur (Autopista Central), Concesión Sistema Oriente - Poniente (Costanera Norte), Concesión Variante Vespucio El Salto - Kennedy (Túnel San Cristóbal), Segunda Concesión Acceso Vial Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

⁴ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Embalse Convento Viejo II Etapa, VI Región.

⁵ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Nuevo Aeropuerto Región de La Araucanía, Concesión Nuevo Aeropuerto Regional de Atacama, Cuarta Concesión Aeropuerto El Tepual de

- Infraestructura hospitalaria⁶;
- Infraestructura penitenciaria⁷; y
- Edificación pública y equipamiento urbano⁸.

Todo lo anterior, además de once (11) concesiones que se encuentran en operación y construcción⁹ y dieciocho (18) obras públicas concesionadas que se encuentran en construcción¹⁰.

3.2. Modificaciones a los artículos 23 y 35: ¿un régimen de responsabilidad objetiva?

El planteamiento del proyecto –excluyendo el art. 44, relativo a la transmisión de información, comentado más adelante– es configurar un régimen de responsabilidad especial para los concesionarios de obras públicas, tal que ello conforme un esquema de regulación que puede estilizarse como de “regulación por incentivos”. Es decir: para asegurar el cumplimiento de los estándares de servicio deseados, el legislador sanciona su incumplimiento con una sanción eventual, consistente en la responsabilidad del concesionario respecto del tercero afectado.

En efecto, tal como se explicó en el punto 2.2. relativo a la modificación que se efectúa al artículo 35 de la LCOP, dicha norma no constituye un régimen general de responsabilidad, sino que permite discernir en cuáles casos responde el Estado y en cuáles casos el concesionario. Dado que no hay una relación contractual entre el usuario de la obra pública y el concesionario, la responsabilidad entre ellos se enmarca dentro de las reglas de responsabilidad civil

Puerto Montt, Segunda Concesión Aeropuerto Andrés Sabella (ex Cerro Moreno) de Antofagasta, Segunda Concesión Aeropuerto Carriel Sur de Concepción.

⁶ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Hospital de Antofagasta, Concesión Hospital de Maipú y La Florida, Concesión Hospital Félix Bulnes.

⁷ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas (<https://shorturl.at/arBMT>), en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Programa Penitenciario Grupo 1 (Iquique-La Serena-Rancagua), Concesión Programa Penitenciario Grupo 3 (Santiago-Valdivia-Puerto Montt), Segunda Concesión Programa Penitenciario Grupo 2 (Antofagasta y Concepción).

⁸ De acuerdo al sitio web de la Dirección de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, en esta categoría se encuentran en operación: Concesión Centro de Justicia de Santiago, Concesión Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación, Concesión Complejo Fronterizo Los Libertadores, Concesión Estación de Intercambio Modal La Cisterna, Concesión Estadio Techado Parque O'Higgins, Concesión Plaza de la Ciudadanía, Etapa 1, Concesión Puerto Terrestre Los Andes.

⁹ Listado de obras disponibles en <https://shorturl.at/acorU>.

¹⁰ Listado de obras disponibles en <https://shorturl.at/coSV3>.

extracontractual que se construyen a partir de los artículos 2284¹¹, 2314¹² y 2329¹³, todos del Código Civil. Dichas normas conforman la base del régimen de responsabilidad por culpa o subjetiva y, “*En el Derecho Chileno, como en todos los sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de la responsabilidad, de modo que resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa.*”¹⁴

Un régimen de responsabilidad por culpa descansa sobre la base de que el daño que se causa al tercero ha sido cometido por negligencia, debido a la infracción de un deber de cuidado. De esta manera, la negligencia importa una razón para atribuir causalmente a un sujeto distinto de aquel que padece el daño, la responsabilidad por éste, pues la regla general es que quien sufre el daño debe soportarlo.

Por otro lado, los deberes de cuidado son establecidos por el legislador o creados por los jueces, en este último caso cuando se trata de estándares definidos en la ley, pero que no son específicos (como es el caso del “buen padre de familia”, la “suma diligencia” o el “cuidado ordinario o mediano”, todos estándares señalados en el art. 44 del Código Civil, además de otras diversas disposiciones).

Todo lo anterior permite, en un régimen de responsabilidad por culpa, que un juez deba valorar la conducta de quien, presuntamente, sería responsable por haber infringido un deber de cuidado, tal que el hecho dañoso pueda imputársele acreditando la existencia de un nexo causal entre la acción del sujeto y el daño causado, es decir “*que el hecho sea imputado subjetivamente como su hecho al demandado*”.

¹¹ Art. 2284. Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos.

¹² Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

¹³ Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:

1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

3°. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

¹⁴ Barros B., Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición (2006), p. 27.

Estas explicaciones previas son necesarias para considerar si la modificación al artículo 23, por su redacción, mantiene o no un régimen de responsabilidad por culpa o, por el contrario, establece un régimen de responsabilidad estricta u objetiva.

Este último régimen se caracteriza porque basta acreditar el nexo causal entre la acción y el daño para que proceda la responsabilidad, sin importar si hubo una infracción a un deber de cuidado. Esto es así porque, conceptualmente, los regímenes de responsabilidad objetiva se emplean el riesgo creado por quien desarrolla la actividad, como ocurre con la responsabilidad por accidentes nucleares en nuestra legislación¹⁵.

Ahora bien, la nueva letra b) que se incorpora al numeral 2 del artículo 23 dispone que es parte del régimen jurídico de la concesión “*Entregar el servicio en condiciones de seguridad para los usuarios, previniendo riesgos de todo tipo y adoptando todas las medidas de vigilancia, seguridad y asistencia necesarias para el resguardo del usuario y sus bienes*” para luego concluir, en el párrafo segundo de dicho literal propuesto que: “*Sin perjuicio de su responsabilidad contractual, en caso de que los usuarios sufran daños por incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos, vigilancia, seguridad y asistencia establecidas en el párrafo precedente, el concesionario responderá por falta de medidas, retardo en su adopción o mal funcionamiento.*”

De estas normas, cabe formular las siguientes preguntas y observaciones sobre la modificación al numeral 2 del artículo 23:

- a) Si la letra a) del numeral 2 señala que es parte de la obligación de continuidad de servicio prestarlo “*en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen [...] peligrosidad a los usuarios de las obras [...]*” ¿no se debería comprender las disposiciones propuestas bajo la idea de supresión de las causas que originen peligrosidad? Si fuese así, la propuesta de nuevo literal b) en el numeral 2 y nuevo numeral 3 del artículo 23 así como la modificación del artículo 35 serían innecesarias.
- b) Suponiendo que el sentido de la propuesta fuese distinto, ¿qué implica *prevenir riesgos de todo tipo*? Si un riesgo se concreta, a pesar de haber tomado el concesionario “*todas las medidas de vigilancia, seguridad y asistencia necesarias para el resguardo del usuario y sus bienes*”, ¿cabría suponer entonces que el concesionario es responsable? ¿El legislador está aquí señalando un deber de cuidado o un criterio que enmascara una regla de responsabilidad objetiva? Por la redacción, se trata de una regla que siempre podrá incumplirse: por más diligente que sea el concesionario, siempre puede haber un hecho dañoso en el bien de su concesión y eso implica que no habrá prevenido riesgos de todo tipo: habrá previsto todos, menos el que se concretó.

¹⁵ En efecto, el artículo 49 de la ley N°18.302 sobre seguridad nuclear dispone “*Artículo 49.- La responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley.*”

El párrafo segundo genera aún mayores problemas cuando señala que “*el concesionario responderá de conformidad al artículo 35, ya sea por falta de medidas, retardo en su adopción o mal funcionamiento*”. Es decir: si no toma las medidas, si por cualquier hecho ellas se retardan o llegaran a tener un desperfecto. Así, el régimen por culpa se debilita más. Sin embargo, podría decirse que el concesionario siempre podría alegar que no es responsable, pues ha concurrido en el hecho un caso fortuito u ocurrido una fuerza mayor. Pero, si este fuese el resultado, en el mejor de los casos la propuesta ha restringido fuertemente el régimen de responsabilidad y ha establecido, nuevamente, *de facto*, una presunción de responsabilidad en contra del concesionario, debiendo probar éste que fue diligente. Sin embargo, ¿cómo se prueba la diligencia si el estándar legal podría llegar a ser, de aprobarse el proyecto, haber prevenido todo tipo de riesgo y el adoptar todas las medidas necesarias.

Claramente, la redacción de la letra b) es problemática y su fin no es claro. Por ello, se sugiere evaluar su permanencia en el proyecto o dotarla de un contenido preciso y que no induzca a lecturas equívocas respecto de su prescripción.

- c) Adicionalmente, el párrafo segundo comienza señalando que “*Sin perjuicio de la responsabilidad contractual...*”. Cabe preguntarse, ¿cuál? La propuesta parece asumir que hay una responsabilidad (y una relación) contractual entre el concesionario y el usuario, pero ello es un error, pues no hay relación contractual por el uso de la obra pública. La obra pública es siempre un bien nacional, de uso público o fiscal, según corresponda¹⁶, independientemente de si su uso está sujeto a contraprestación o no.

Por lo demás, solo en algunos casos la obra pública conlleva para el usuario el pago de una contraprestación, pero ello no tiene como fuente un contrato, sino la ley. No debe olvidarse que la concesión de obra pública es un régimen jurídico de Derecho Público que solo existe entre el Estado, como cedente, y el concesionario y cuyos derechos y obligaciones nacen primariamente de la ley y del reglamento, por una parte, y del contrato de concesión de obra pública por la otra. El usuario no forma parte de dicho contrato. Y en los casos donde hay contraprestaciones que el usuario debe soportar – típicamente, peajes– dicha contraprestación es una obligación que emana completamente de la ley, como un elemento de la concesión, según dispone el inciso primero del artículo 11 de la LCOP¹⁷.

¹⁶ El artículo 589 del Código Civil distingue entre bienes nacionales de uso público y bienes fiscales. Al respecto, la norma señala: “*Art. 589. Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.*”

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”

¹⁷ “Artículo 11°.- El concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados. El concesionario no estará obligado a establecer exenciones en favor de usuario alguno.”

En consecuencia, se sugiere que la frase en comento sea suprimida del proyecto por no corresponder al régimen jurídico de la concesión de obra pública.

Respecto del nuevo numeral 3 que se agrega al artículo 23, cabe formular las siguientes preguntas y observaciones:

- a) Cuando el primer párrafo del nuevo numeral 3 señala que el concesionario “*deberá adoptar las medidas de protección y seguridad interior de las obras*”, ¿se refiere a las obras públicas ya construidas o a éstas cuando están en construcción? Eso es importante para definir el contenido de la obligación. Otra posibilidad es que sean ambos estadios, pero, nuevamente, no es clara la disposición. Por ello, se sugiere determinar adecuadamente su contenido.
- b) En relación con lo anterior, el numeral 3 parece distinguirse de la nueva letra b) del numeral 2 en que mientras que esta última obligación es genérica, el nuevo numeral 3 se refiere a la “*protección y seguridad interior de las obras*”. Así, sería dable entender que son obligaciones que ocurren *dentro* de las obras y no fuera de ellas. Dichas obligaciones, además, se hacen extensivas a los usuarios de las mismas y sus bienes. Es decir, además de cuidar el interior de la obra pública que le fue cedida, el concesionario debe adoptar medidas de seguridad y más aún, de protección, para los usuarios y sus bienes. Esta obligación será definida en las bases y comprende la vigilancia, seguridad, asistencia y prevención de riesgos de seguridad. Así visto, la ley parece dar a entender que la concesión de obra pública, además de conllevar, según corresponda, la construcción, reparación, conservación y explotación de la obra, **implica la cesión de las funciones de policía que corresponde al Estado y que es una función de su esencia**. Esta norma privatiza la seguridad más allá de cualquier límite razonable. En este sentido, se sugiere que la norma tenga contornos claros y se revise el contenido, pues no parece correcto que el Estado “concesione” la seguridad.
- c) En cuanto al régimen de responsabilidad, el párrafo segundo, al señalar que “*los usuarios que sufran daños por incumplimiento de las obligaciones [...]*” parece reiterar la idea de que hay un régimen de responsabilidad estricta u objetiva, pero de manera poco clara, pues enseguida la norma propuesta señala que “*el concesionario por falta de medidas, retardo en su adopción o mal funcionamiento*”. Al igual que en la modificación del numeral 2, la norma es poco clara y parece admitir lecturas confusas. Por ello, sugerimos revisar la pertinencia de esta norma.
- d) No queda claro qué significa, en el primer párrafo del nuevo numeral 3 del artículo 23, la frase “*las demás condiciones exigibles para proteger los derechos de los usuarios en caso de incumplimiento*” como elemento de las bases de licitación. Esto parece suponer que hay

una relación jurídica (¿contractual, quizás?) entre usuarios y concesionarios, pero ello no es efectivo como ya hemos señalado con ocasión de la forma en que se configuran los regímenes jurídicos de obras públicas.

Finalmente, las modificaciones al artículo 35 admiten, atendidos los comentarios anteriores, las siguientes observaciones y preguntas:

- a) El artículo 35 aclara la distribución de responsabilidad entre el Estado y el concesionario. Es modificado mediante la incorporación de un nuevo inciso segundo. Este último se refiere a los daños causados durante la fase de explotación “*que sean consecuencia del incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones de prevención de riesgos, vigilancia, seguridad o asistencia*”. Respecto de ellos, la norma señala “*se estará a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 23*”. La remisión es confusa, pues el párrafo primero del numeral 23 remite al artículo 35, pero luego, su párrafo segundo parece fijar una regla diversa al párrafo donde está la remisión, aun cuando dicho párrafo trata sobre las mismas materias. Se recomienda revisar cuál es la utilidad del inciso segundo propuesto para el artículo 35 y considerar especialmente su supresión.

3.3. El nuevo artículo 44: integración de cámaras

El artículo 44 que se propone agregar a la LCOP busca generar una integración entre sistemas de captura de imágenes que tengan los concesionarios y el Ministerio Público, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile. Dicha medida es fundamental para avanzar en la contención de delitos de relevancia social.

De acuerdo a datos de Carabineros de Chile para el total del año 2023, del total de delitos de alta connotación social el 19% (91.658 casos policiales) de ellos fueron robos cometidos con o contra vehículos. Por ello, la integración de cámaras o, dicho de manera más general, de sistemas de recolección de información resulta esencial.

Dicha tarea, sin embargo, es realizada de manera deficiente por el proyecto en comento.

Una primera observación que cabe formular al respecto es la técnica general: la obligación no puede imponerse “*por el solo ministerio de la ley*”, porque ello implica un efecto desde la publicación y sin hacer una bajada concreta. La obligación de integrar los sistemas de cámaras u otros de captura de información **debe ser un mandato legal a las bases de licitación para los proyectos futuros y, mediante una norma transitoria, disponer la obligación del Ministerio de Obras Públicas de adecuar los contratos vigentes, en los casos que sea pertinente**. Con todo, debe hacerse presente que dicha materia es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en

virtud del artículo 65 inciso tercero de la Constitución Política de la República en relación con el numeral 10 del artículo 63, norma que señala que son materia de ley (y de iniciativa exclusiva, por el art. 65) “*Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión.*”

Asimismo, la obligación de “*proporcionar y transmitir*” que recaería sobre el concesionario se refiere al “*Ministerio Público, la Policía de Investigaciones o a Carabineros de Chile*”. La disyunción “o” debería reemplazarse por la conjunción “y”, pues de mantener la redacción, la obligación de proporcionar y transmitir sería facultativa: el concesionario elegiría a cual transmitir.

Además, el proyecto incorpora una frase que parece ser un criterio orientador para los concesionarios respecto de la entrega de información: el primer inciso dispone que se deberán transmitir datos al Ministerio Público, a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile [...] “*de acuerdo a sus respectivas facultades legales en materia investigativa o en el rol de policía preventiva de Carabineros de Chile*”. Cabe preguntarse, nuevamente, ¿cuál es el sentido de esta norma? ¿Debe el concesionario valorar la información y remitirla a cada institución según sus competencias legales? En esto, nuevamente, el proyecto no es claro y termina induciendo a confusión por medio de una disposición que no tiene mayor sentido.

Por otro lado, dicha transmisión debe realizarse en tiempo real “*e interoperando*” con las instituciones referidas en el párrafo precedente. El contenido de la “interoperación” radicaría en cierta y determinada información. Al respecto, cabe señalar que hay un uso impropio de la palabra en el contexto del Derecho Público. La interoperabilidad, definida como principio en el artículo 16 bis de la ley N°19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, “*consiste en que los medios electrónicos deben ser capaces de interactuar y operar entre sí al interior de la Administración del Estado, a través de estándares abiertos que permitan una segura y expedita interconexión entre ellos.*” En tal sentido, la idea de “interoperación” llevada al contexto del proyecto es redundante, porque si hay transmisión de datos en tiempo real, los sistemas necesariamente estarán interoperando. Con todo, en diversos proyectos de ley se ha advertido un uso impropio del término legal, dando a entender que la interoperabilidad implica transmisión de datos cuando, en realidad, solo significa compatibilidad de sistemas.

Finalmente, el inciso primero concluye señalando una lista de fines que tiene la transmisión de datos. Nuevamente, el sentido de dicha norma parece más declarativo que sustantivo en tanto ¿la información solo podrá usarse para dichos fines? ¿Tiene un alcance procesal penal en materia de prueba? En principio, la inclusión solamente

parece servir como límite a las instituciones receptoras y ello no debería estar radicado en la legislación sobre obras públicas.

Luego, el inciso segundo del nuevo artículo 44 señala que la información transmitida deberá, además, estar disponible para el Ministerio Público, Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile. Esto conlleva que la obligación que este nuevo artículo contempla es transmitir y almacenar.

En otro orden de ideas, el inciso tercero refiere que la integración de la información señalada en los incisos precedentes le corresponderá al ministerio a cargo de la seguridad pública. Esto es relevante, porque integrar información –tal como en la inteligencia realizan los denominados “centros de fusión”– implica que toda la información deberá ser remitida, hoy, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y en el futuro al Ministerio de Seguridad Pública. Esto no es coherente con la norma del inciso primero pues, ¿bajo qué título recibe la información el ministerio encargado de la seguridad pública? ¿Qué implica o cuál es el alcance de la integración? ¿Bajo cuáles criterios se aplica? Esta norma requiere de una justificación mayor, porque excede con creces las facultades actuales del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, especialmente porque se trata de un organismo de diseño de políticas públicas y no de un organismo con facultades operativas.

En cuanto a la referencia a las municipalidades, actualmente cuentan con facultades acotadas en materia de seguridad pública, por lo que no pueden adoptar medidas de seguridad pública más allá de sus competencias, genéricas¹⁸. Si bien dicha información puede ser de utilidad para mejorar el desempeño de sus atribuciones, no se advierte que implique un cambio sustancial en el estado del arte. Otra cosa sería una reforma mayor y sistemática, pero la norma en comento no es el caso.

Los dos últimos incisos, por último, son materias que perfectamente pueden ser materia de bases de licitación antes que quedar señaladas en la ley.

¹⁸ Art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades:

“j) El desarrollo, implementación, evaluación, promoción, capacitación y apoyo de acciones de prevención social y situacional, la celebración de convenios con otras entidades públicas para la aplicación de planes de reinserción social y de asistencia a víctimas, así como también la adopción de medidas en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal, sin perjuicio de las funciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de las Fuerzas de Orden y Seguridad.”

Además, dicha ley orgánica contempla la existencia de planes comunales de seguridad pública.

3.4. Un problema transversal: ¿aplicar las disposiciones del proyecto a toda obra pública?

Probablemente, el mayor problema del proyecto es que posee una disonancia en sus disposiciones: está construido sobre la idea de aplicarse a autopistas, como se puede apreciar de la historia de su trámite, pero su redacción termina aplicando a todo tipo de obra pública concesionada. Esto es muy evidente en el artículo 44 y por su redacción, termina aplicándose a ellas, en la práctica; pero las modificaciones a los artículos 23 y 35 se aplican, sin más, a hospitales, aeropuertos, cárceles y, en fin, a todo el arco posible de obras públicas que se entreguen en régimen de concesión.

¿Es, entonces, razonable generar un efecto tan expansivo de las disposiciones del proyecto? La respuesta solo puede ser negativa.

En efecto, las concesiones de obras públicas son regímenes jurídicos que necesitan de la máxima certeza, porque a diferencia de la mayoría de los proyectos de inversión, las concesiones son sumamente heterogéneas y donde la decisión de inversión en la inmensa mayoría de los casos obedece a una decisión pública, no a una decisión privada. Esto conlleva que, para articular la asociación público-privada, las condiciones generales y de detalle se expresan en las bases de licitación y, posteriormente, en el contrato de concesión. Esto es lo que permite que las particularidades estén contenidas adecuadamente según la realidad concreta de cada obra pública, sus especificaciones técnicas y su régimen económico.

Sin embargo, el proyecto establece disposiciones bastante detalladas en materia de seguridad que, si bien pueden hacer algún sentido en una autopista, no tienen ningún sentido en las cárceles, hospitales o aeropuertos. Solo basta imaginar la aplicación de las reglas propuesta para el artículo 23 a una cárcel: ¿es responsable el concesionario por daños a un interno en una riña si no dispuso todas las medidas para prevenir dicho riesgo? O en un hospital, ¿cómo debería entenderse la misma obligación de previsión frente a infecciones intrahospitalarias?

Por eso, el proyecto debería reformularse para que, sin alterar el espíritu, sea adecuado en su técnica legislativa a lo que razonablemente se puede pedir del régimen concesional de obra pública en lo que atañe a la ley y delegar aquello que corresponde a las bases, a las bases. Pero todo ello, también, mediante una definición específica: ¿las medidas deben ser para un tipo específico de obra pública o para todas? Y, dependiendo de ello, ¿cuál debe ser la forma de incorporar estos planteamientos a la ley?

4. Conclusiones

El régimen de concesión de obra pública ha sido sumamente exitoso para cerrar la brecha de inversión pública en el país y ciertamente, es de esperar que dicho régimen sea potenciado y

perfeccionado, pero con sumo cuidado. Una concesión de obra pública tiene horizontes no inferiores a 15 o más años y los errores en sus diseños son socialmente costosos. Es lo que ocurrió con las primeras concesiones, que adolecieron de imperfecciones en diseños tarifarios, cuestión que se ha corregido a través del tiempo. Una mala legislación en esta materia puede terminar implicando años de efectos indeseados y probablemente, difíciles de anticipar hoy.

Por ello, el proyecto de ley en comento es una buena oportunidad para abordar los desafíos de la seguridad en la LCOP, pero ello debe hacerse dentro del marco, con la técnica y con la razonabilidad que informan el régimen concesional de obra pública.