

El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena

*Análisis constitucional de algunos de sus elementos***

*The contract of concession of public work under Chilean law.
Constitutional analysis of some of its elements*

Resumen:

La concesión de obra pública es, desde su definición, un buen ejemplo de relación público-privada orientada hacia el cumplimiento de una cuestión de interés público. Desde esa perspectiva parece interesante realizar una revisión de algunos de los elementos básicos de esta relación contractual pública en la que están presentes diversos intereses. El público, orientado a contar con una obra de beneficio colectivo, y el privado, que persigue el desarrollo de una actividad económica que le reporte ganancias a quien la emprende. Ello permitirá cotejar si este sistema de asociación público-privada satisface la normativa constitucional vigente en algunos aspectos que consideramos relevantes.

Palabras claves:

Concesión de obra pública, contrato administrativo, asociación público-privada.

**Abogado. Magíster en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Email: sandraponcedeleon@gmail.com.*

*** Artículo recibido el 10 de octubre de 2013 y aceptado para su publicación el 21 de noviembre de 2013.*

Abstract:

The concession of public works is, from its definition, a good example of public-private compliance oriented to a matter of public interest. Since that perspective, it seems to make a revision of some of the basic elements of this contractual public relation which are presents varied appeals. The public, oriented to have a work of collective benefit and the private, which pursues the development of an economic activity that reported profits to anyone who undertakes it. This will allow you to collate if this system of public-private partnership meets the constitutional rules in force in some aspects that we consider relevant.

Key words:

Concession of public works, administrative contract, association public-private.

I. Introducción

La doctrina especializada afirma que la figura del contrato como instrumento utilizado por el hombre para la ejecución de prestaciones de contenido patrimonial o económico que nace y se desarrolla preferentemente en el ámbito del Derecho Privado, logró invadir el ámbito del Derecho Público a medida que la sociedad comienza a reclamar más y nuevos servicios de parte del Estado y cambia la concepción tradicional del Servicio Público¹. Así, como sostiene García de Enterría, el contrato se muestra hoy como una categoría jurídica que lógicamente hace acto de presencia en las distintas ramas del derecho con notas típicas de cada una de ellas².

Como explica bien el mismo profesor García de Enterría junto a Tomás-Ramón Fernández, al lado de las declaraciones unilaterales en que se concretan los llamados actos administrativos, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otra u otras propias de otros sujetos³.

Se ha concordado mayoritariamente en doctrina, además, en que sin perjuicio de la existencia de las diversas conceptualizaciones que se han elaborado sobre los acuerdos de voluntad que celebra la Administración con los particulares, lo característico de la contratación propiamente administrativa se encuentra en que esta “pretende proveer al funcionamiento de un servicio público, o a la ejecución de una obra pública o a dar directa satisfacción a una necesidad pública”⁴. A lo anterior se agrega que el particular o ente privado que celebra esta clase de convenciones con la Administración se transforma, por ello, en un “agente colaborador de la función administrativa”⁵. Esta situación ha llevado a sostener que se crea una “asociación público-privada de mediano o largo alcance, y en procura, por su intermedio, de la consecución de un fin público”⁶.

Parece pertinente recordar, adicionalmente, que, entre nosotros, el profesor José Luis Cea Egaña⁷ ha señalado que el Texto Constitucional chileno que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, constituye una Constitución Plena, entre otras razones,

¹ Sobre la potenciación de las concesiones como mecanismo que permite afrontar la realización de cometidos públicos veáse Varcárcel (2006), pp. 302-307.

² García de Enterría (1963), pp. 115 y ss.

³ García de Enterría y Fernández (2002), p. 670.

⁴ Moraga (2007), pp. 25-26.

⁵ Soto Kloss (1978), p. 68.

⁶ Estas ideas se desarrollan en Moraga (2007), pp. 25-32.

⁷ Cea Egaña (1988), pp. 156 y ss.

porque condensados en la fórmula doctrinaria Orden Público Económico que acuñó Ripert, están plasmados diversos principios y preceptos jurídicos que fijan los rasgos característicos de la economía pública y privada del país⁸, precisando y ampliando lo que se llama Constitucionalismo Social, en virtud del cual entre los derechos humanos es fuerza reconocer, proteger y promover los de contenido económico coadyuvantes del bienestar general.

Esa última cita doctrinaria nos permitirá afirmar que es dentro del aludido ámbito garantístico constitucional en el que creemos se inscribe la figura del contrato administrativo y, entre sus múltiples manifestaciones o tipos, el de concesión de obra pública, de momento que mediante este el Estado invita a inversionistas privados (nacionales y/o extranjeros) a ejecutar una obra de utilidad pública, o bien a prestar un servicio, también de interés colectivo, bajo su propia cuenta y riesgo⁹, pero a cambio de una contraprestación que se mira como equivalente económico y que se encuentra incentivada, amparada y protegida en el ordenamiento jurídico, a través de distintos mecanismos que intentaremos, al menos, esbozar en este breve trabajo monográfico.

También es útil hacer alusión a las principales razones que pueden explicar el surgimiento de fórmulas que han permitido contar con obras de interés general sin tener que acudir, necesariamente, al presupuesto del sector público. Situación esta que también se vincula con el nuevo papel o rol que asume la Administración del Estado en la construcción y explotación de obras públicas.

Vale la pena reflexionar, asimismo, sobre el grado de aplicabilidad y eficacia que se da a la Constitución Política vigente en la resolución de conflictos contractuales en los que se involucran derechos fundamentales; tema este que también se encuentra presente en la figura del contrato administrativo de concesión de obra pública tanto desde la perspectiva del concesionario como de los usuarios de la obra.

II. Aspectos básicos de la concesión de obra pública¹⁰

Existen diversos principios generales en materia de ejecución de obras públicas que constituyen la base a tener en cuenta, cualquiera sea la forma de gestión o de financiamiento de la infraestructura que vaya a ser utilizada por el Estado, a saber:

⁸ El profesor Cea alude a los siguientes pilares fundamentales del Orden Público Económico en nuestra Constitución Política: Libertad, Subsidiariedad, Igualdad de Derechos y de Oportunidades, Prohibición de la Discriminación Arbitraria, el Bien Común, la Racionalidad de la Política Económica, la Planificación, la Legislación Presupuestaria y la Legalidad del Gasto Público y Discrecionalidad Administrativa.

⁹ Debemos reconocer que hay casos en que para mantener el equilibrio económico financiero del contrato administrativo, el Estado contratante o concedente se obliga al otorgamiento de subsidios u otras compensaciones adicionales al concesionario.

¹⁰ Se sigue a Guiridlian Larosa (2004) pp. 20-25.

En primer lugar, no puede pasar inadvertido que toda obra pública que se pretenda ejecutar, atendida la necesidad colectiva existente, debe ser pagada por alguien; ese alguien no es otro que el particular, sea en su calidad de contribuyente o de usuario de la misma obra pública. Esto, aunque parezca una verdad de perogrullo, debe ser considerado, por cuanto suele olvidarse que no existen obras públicas cuya realización pueda efectuarse de manera gratuita.

Un segundo principio, se orienta a afirmar que la planificación para el desarrollo de infraestructuras siempre debe estar a cargo de un órgano de la Administración Pública o del Estado¹¹, aunque también se permitan las iniciativas o ideas privadas en la materia (como ocurre en el contrato de concesión de obra pública chileno). Esto no constituye sino el corolario de los diferentes, aunque no antitéticos, intereses que existen en el ámbito público y el privado¹², por cuanto la realización de obras públicas trasciende el mero interés comercial e involucra el interés público cuya gestión el Estado tiene a su cargo, a través de su organización administrativa, según se desprende de lo dispuesto, entre otros, por el artículo 1º, en relación con el artículo 24º de la Constitución Política de la República.

Un tercer principio consiste en que la mejor forma de promover y de gestionar la realización de infraestructuras es mediante la utilización de técnicas que permitan el reparto adecuado y equitativo de riesgos entre el sector público y el sector privado; esto es, una participación o asociación público-privada que en última instancia se encuentra condicionada a la viabilidad del proyecto a realizar desde el punto de vista económico y financiero.

Como consecuencia de lo anterior, la implementación de este tipo de modalidades de convención puede llegar a suponer la existencia de verdaderos contratos de naturaleza mixta¹³. A las formas de gestión de las obras de infraestructura pública que implican compartir riesgos se les endosan ciertas técnicas alternativas e instrumentales de derecho privado tendientes a otorgar mayores garantías a favor del contratista y de las entidades que financian su realización (las entidades bancarias, por ejemplo).

La seguridad jurídica se erige, también, en un factor preponderante para atraer la participación del sector privado en emprendimientos públicos, razón por la cual debería recurrirse a mecanismos que provean a los particulares de las garantías necesarias para incentivar su colaboración en estas áreas.

En el mismo orden de ideas, tampoco podemos dejar de mencionar aquí que uno de los principales riesgos que se presenta en la contratación de obras públicas es el denominado riesgo político; el cual trae aparejado una cuota de incertidumbre en

¹¹ El inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –Nº 18.575 y sus modificaciones–, señala cuáles son los órganos que integran la Administración del Estado en nuestro país.

¹² En efecto, mientras que el sector público busca asegurar la satisfacción del bien común, el privado propende a la obtención de lucro comercial.

¹³ Dicha tipología ha sido denominada por alguna doctrina como “contrato público-privado”. Véase Vives Llabrés (1996), p. 318.

lo relativo a la estabilidad de las relaciones que derivan del contrato público que se ha de celebrar.

Conforme a lo expresado surge nítido que uno de los presupuestos indispensables en orden a que la participación del sector privado pueda materializarse, sea que exista una regulación normativa que se oriente por principios básicos y que esté destinada a perdurar en el tiempo. De otro modo, para generar el interés hacia la llegada de financiamiento privado en este ámbito específico de la actividad administrativa –proyección, ejecución, explotación y mantención de obras públicas– se requiere mantener niveles prudentes de certeza y seguridad jurídica.

Se puede agregar que cuando quien pretende invertir en el país es un sujeto de nacionalidad extranjera deben considerarse, además, las garantías que se derivan en su favor de las cláusulas insertas en los tratados o convenios internacionales sobre inversiones que, en carácter de ley de la República, se encuentren vigentes.

En síntesis, se debe contar con una adecuada voluntad política, que demuestre una clara y decidida intención de impulsar la materialización de esta verdadera asociación público-privada para la ejecución de obras de infraestructura pública, incluyendo los respectivos criterios económicos, financieros y jurídicos de recuperación de la inversión que ejecutará el privado concesionario, dentro de los programas políticos y de la normativa especial del sector.

En quinto lugar, debe procurarse la utilización eficiente y eficaz de los recursos públicos con los que cuenta el Estado, principio que en el ámbito de nuestro derecho encuentra recepción normativa concreta en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –Ley N° 18.575 y sus modificaciones– (artículo 5°).

En este punto en particular, pensamos que constituye un requisito o condición indispensable garantizar que la erogación de recursos se realice con un criterio de justicia, en los siguientes aspectos:

Se exige que quienes participen en la financiación de las obras públicas sean los beneficiarios directos de éstas, siempre, eso sí, en la medida de su beneficio. En este caso la equidad supone que los costos de desarrollo de una infraestructura sean soportados por todas las generaciones a quienes pudiese llegar a beneficiar, tomando en consideración que la obra a construir constituye un activo de larga duración en el tiempo.

Por otra parte, la equidad implica la destinación de los recursos presupuestarios a zonas del país en donde los niveles de renta sean menores, arbitrando, en consecuencia, mecanismos de inversión extrapresupuestaria en regiones más desarrolladas en las que las inversiones privadas pueden tener mayores incentivos.

Finalmente, constituye también un principio a considerar en esta materia el hecho que la utilización de mecanismos de financiación privada para la construcción de

infraestructura pública trae aparejado un mayor costo de realización por las cargas financieras que se derivan de la implementación de esta técnica.

No obstante aquello, habrá que reconocer que esta situación reporta una gran utilidad para la economía general del país.

III. Las principales razones que motivan la búsqueda de nuevos mecanismos para la ejecución de infraestructura pública

Es bien sabido que las tasas de inversión pública en infraestructura pública que se habían venido observando en Chile hasta la década de los ochenta resultaban imposibles de sostener y que para hacer más competitiva la economía nacional era ineludible crear incentivos claros para reducir el gasto público total y la formación de presupuestos donde las inversiones se compriman¹⁴.

A su vez, la creación y mejora de la infraestructura pública, específicamente en áreas como caminos públicos, obras de riego, recintos penitenciarios, hospitales, entre otras, es un elemento imprescindible para el crecimiento económico y para alcanzar un mayor grado de bienestar social.

En consecuencia, compartimos la idea de que resulta absolutamente necesario mantener la inversión pública en el desarrollo de esas infraestructuras y, al mismo tiempo, seguir buscando su financiamiento en el ámbito privado, o sea, al margen del Presupuesto General del Estado.

Resulta importante destacar, desde otra perspectiva, que la eficiencia económica del sistema de infraestructuras está directamente conectada con la utilidad que produce a los usuarios, así como con la rentabilidad económica de la propia infraestructura, lo que obliga también a plantearse un mecanismo capaz de combinar el uso general y el aprovechamiento público de las infraestructuras con su amortización y beneficio industrial susceptible de producir. No se trata de seguir creando nuevas y mejores obras públicas en lo técnico, sino que de hacer de estas algo rentable social y económicamente, de forma tal que la propia explotación de las nuevas obras permita amortizar su construcción, cubrir los gastos incurridos para su financiamiento y obtener, como contraprestación en equivalencia el beneficio económico que razonablemente cualquier inversión espera alcanzar, sin que con ello, por otra parte, se genere un sistema libre de riesgos o de garantías, a todo evento, para el particular que decida intervenir –como colaborador y socio del Estado– en esta actividad de carácter público.

¹⁴ Moraga, (2007), Ob. Cit., pp. 49, 50.

Creemos importante hacer hincapié en este último aspecto, en tanto estimamos que las ideas matrices referidas sólo pueden entenderse indisolublemente vinculadas con el nuevo rol que ha de cumplir la Administración Pública en la sociedad actual.

En efecto, ya no es simplemente una reducción de los mecanismos e instrumentos de intervención en la economía lo que se pide a la Administración, en razón del reconocimiento constitucional del Principio de Subsidiariedad (artículo 1º de la Constitución Política de la República), sino también, se trata de efectuar una profunda reflexión sobre las nuevas actividades económicas con contenido social y público en las que han de participar los ciudadanos y que, hasta la fecha, se venían incluyendo sólo en el concepto de servicio público reservado al Estado Administrador.

La razón más próxima que ha producido esta nueva sensibilidad y cambio del papel del Estado Administrador en la realización de las actividades dirigidas a la satisfacción de las necesidades colectivas se encuentra en la creación de un mercado en el que rigen cuatro principios jurídico-económicos de enorme trascendencia: la libertad de comercio, de productos y mercancías; la libertad de capitales; la libertad laboral y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Desde esta óptica, la construcción y explotación de obras públicas ha producido estos efectos jurídicos. Más concretamente, la apertura de los distintos sectores económicos a la iniciativa privada y la necesidad de garantizar la pluralidad de ofertas en los servicios que antes sólo prestaba la Administración estatal, se ha extendido también a la utilización de las infraestructuras y obras de carácter público, mediante la adopción de la regla jurídica del libre acceso a las infraestructuras.

Luego, como nueva modalidad de financiación privada de la infraestructura pública, surge la Concesión de Obra Pública, caracterizada usualmente indicando que la Administración no compensa económicamente al contratista los gastos que este invierte en la construcción, financiación, conservación y explotación, sino que el reintegro de las cantidades invertidas y del servicio prestado se debe obtener, fundamentalmente, del usuario, a través de la figura de la tarifa o peaje.

IV. Concepto de Concesión de Obra Pública

La doctrina, en general, ha definido a la Concesión de Obra Pública como un contrato administrativo, esto es, de Derecho Público, celebrado entre el Estado y un tercero particular –denominado Concesionario–, donde este se obliga a realizar una obra a su cuenta y riesgo cuyo pago no será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados (usuarios de la obra) durante el tiempo que dure la explotación de la misma obra por parte del Concesionario¹⁵.

¹⁵ Sobre reseña histórica, definición y clasificación de la concesión, véase Moraga (2007), Ob. Cit., 40-42.

En otras palabras, como ha dicho el profesor Roberto Dromi: es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización de un trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado¹⁶.

Es dable advertir que la Ley de Concesiones de Obras Públicas de nuestro país¹⁷, recientemente modificada por la Ley N° 20.410¹⁸, en su artículo 1º, amplía el concepto de que se trata, pudiendo incluirse en esta clase de contratos no sólo la construcción de una obra pública concreta a cambio de su explotación por un tiempo determinado, sino que también, la reparación o conservación de las obras públicas ya existentes, la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, y como contraprestación de la inversión asociada a cualquiera de dichas acciones, puede entregarse el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan con el Concesionario, además de otros beneficios determinados expresamente en las Bases de Licitación, como establece el artículo 10º de la misma Ley (ejemplos: concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad, estacionamientos, etc.)¹⁹.

Actualmente se admite entre nosotros también que el Concesionario pueda subcontratar la construcción de la obra con un tercero que cumpla con determinados requisitos de capacidad e idoneidad, sin que por ello, por cierto, se altere el vínculo contractual que se crea sólo entre el Estado Concedente, actuando a través del Ministerio de Obras Públicas, y una Sociedad Anónima Concesionaria.

Con todo, podemos sostener que el nuestro es un sistema de ejecución indirecta de obras públicas a través del cual el concesionario o delegado recibe del concedente o delegante el ejercicio de la competencia administrativa de contratar con un tercero constructor la realización de esa obra pública y, por sí mismo o por un tercero, efectuar las operaciones necesarias para el buen mantenimiento y explotación de la misma, quedando el pago de todas las inversiones requeridas para la construcción, mantenimiento y explotación, también delegado en el concesionario, quien recibe, asimismo, el cometido de percibir los ingresos por la explotación de la obra, para destinarlos a amortizar la inversión hecha y a satisfacer su beneficio empresario que puede o no ser participado con el delegante²⁰.

¹⁶ Dromi (2004), p. 626.

¹⁷ Actualmente contenida en Decreto Supremo MOP N° 900, de 1996, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado del DFL N° 164, de 1991-Ley de Concesiones de Obras Públicas.

¹⁸ El 20 de enero de 2010 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.410, que modificó, entre otras, la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Por STC Rol N° 1536, de 26 de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció, en control preventivo de constitucionalidad de normas orgánicas constitucionales contenidas en el proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras (Boletín N° 5172-09).

¹⁹ Sobre el concepto y naturaleza del contrato de concesión de obra pública y la noción de obra pública en la normativa nacional, se sugiere revisar Rufian (1999), pp. 23-29.

²⁰ Definición extraída de Barra (1984), T. I, pp. 305 y 306.

V. Análisis de algunos elementos del contrato de concesión de obra pública a la luz de principios recogidos en la Constitución Política

En mérito de la extensión que se ha proyectado dar a este trabajo, nos referiremos sólo a cuatro de las principales características de la concesión de obra pública, para intentar, a partir de ellas, adentrarse en el objetivo central de esta investigación, cual es el de analizar de qué manera se recogen los principios y garantías constitucionales en el régimen legal especial aplicable a esta clase de relación jurídica de Derecho Público que une al Estado-Ministerio de Obras Públicas y al particular concesionario.

Esas principales características son: 1) La limitación de la libertad de las partes; 2) La desigualdad jurídica de las partes; 3) La mutabilidad y flexibilidad del contrato y, 4) Existencia de un mecanismo especial de resolución de controversias que surjan entre las partes.

1. Limitación de la libertad de las partes:

La libertad de las partes, consecuencia primera del principio de autonomía de la voluntad, no existe en este contrato administrativo por las siguientes razones:

Desde la perspectiva de la Administración:

La Administración pública no goza de libertad para decidir la forma en que ha de concretar el contrato, es decir, no puede escoger discrecionalmente el procedimiento a seguir para el perfeccionamiento del contrato.

La misma Administración tiene muy poca libertad para decidir a cuál de los interesados elegirá como su contraparte contractual.

Por otro lado, el objeto del contrato ha de consistir siempre en una prestación de utilidad pública concreta –básicamente la construcción, conservación o reparación de una obra pública– por lo que tampoco la Administración está dotada de poder para definir este elemento fundamental.

A su vez, el fin público que persigue la concesión de esta naturaleza circunscribirá también el actuar administrativo.

Desarrollando las ideas esbozadas, es la Ley de Concesiones de Obras Públicas la que, entre nosotros, dispone como deber para la Administración Concedente el utilizar el procedimiento de Licitación Pública, que puede ser nacional o internacional, para proceder a la contratación y adjudicar el contrato sólo a quien cumpla con las exigencias de capacidad que la misma ley encomienda describir y regular en el respectivo Reglamento²¹.

²¹ El Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas se halla contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 956, de 1997.

Estas condiciones no se apartan de las normas constitucionales, pues son éstas las que establecen, por una parte, en el artículo 63, N° 18, que ha de ser el Legislador el que fije las bases esenciales y generales de los procedimientos administrativos, siendo uno de ellos, el de Licitación encaminado a la adjudicación de un contrato de naturaleza pública.

También es el Texto Constitucional –en sus artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19, entre otros–, el que fija el marco de actuación del Estado y de todos sus órganos, entre estos los administrativos, en todos los ámbitos, incluido el contractual, en pos de un fin concreto –la promoción del bien común–, sin descuidar en ningún momento los derechos fundamentales que se reconocen a las personas, entre estos, el de igualdad, que en el caso del procedimiento administrativo de que se trata, se concreta en el principio de la libre concurrencia de los licitantes y estricta sujeción a las bases del contrato, incluido en la legislación, a través de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículo 9º).

Por otra parte, siguiendo estrictamente las pautas que le entrega el Legislador y la respectiva reglamentación, la Administración está llamada a establecer, en las denominadas Bases de Licitación o Pliego de Condiciones, todas y cada una de las condiciones a las cuales se sujetará el contrato –tanto jurídicas, técnicas, como económicas– y que, por ende, deberán ser acatadas tanto por ella como por su colaborador –Concesionario-. Esta característica implica que el Concesionario sabrá, desde la licitación, cuáles serán las obligaciones que deberá respetar en la ejecución del contrato y cuáles serán sus derechos. Conocerá, además las potestades que se le asignan a la Administración y, en fin, cuáles serán las causales que motivarán el término de la relación jurídica.

Desde el punto de vista del licitante o interesado en la contratación:

Partiendo del supuesto de que el particular es libre para decidir si le conviene o no a sus intereses participar en el contrato administrativo que se le ofrece, encontrará en la ley y en su respectivo reglamento los requisitos que deberá cumplir para presentarse al concurso público al que convoque la Administración y esto le garantizará, sin duda, la certeza jurídica, en cuanto a los elementos y efectos del contrato, al igual que una competencia en grado de igualdad con sus pares, tal como ordena la Constitución Política en los numerales 2º y 21º del artículo 19.

Por otra parte, debe reconocerse que sólo algunas de las condiciones que se establecen por la Administración en las respectivas Bases de Licitación pueden ser discutidas por el licitante o proponente, en los casos que así se encuentre previsto. Así, generalmente, aquél podrá optar o elegir el mecanismo económico por el cual espera ser compensado por la inversión comprometida en la ejecución de la obra pública de que se trate; por ejemplo, si en las Bases de Licitación se establecen varias fórmulas o factores económicos para la concesión el licitante podrá escoger cuál es la que le acomoda más a sus intereses comerciales, si se arriesga a contratar por una tarifa o peaje máximo a cobrar a los usuarios por el tiempo que dure la concesión o, bien, opta por el mecanismo de efectuar un pago al Estado por el uso de bienes públicos o fiscales, o pide al Estado un

subsidio o un Ingreso Mínimo Garantizado para minimizar los riesgos de no alcanzar la demanda proyectada en un 100% durante el plazo de duración del contrato, etc.

En otros casos, y tratándose de aspectos técnicos, también puede admitirse que sea el propio licitante el que entregue, para la evaluación de la Administración, el proyecto de obra pública que se pretende ejecutar o, bien, que se le permita a este efectuar en su oferta, modificaciones o mejoras al proyecto que se licita por el respectivo Ente Público.

Es dable destacar, además, que dentro del procedimiento de licitación pública convocado por la Administración para la celebración de un contrato de esta naturaleza, según lo establece el artículo 18° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cualquiera de los licitantes interesados se encuentra habilitado para efectuar consultas al órgano o servicio que hubiere efectuado el respectivo llamado a licitación, cuando le resulten dudosas u oscuras las cláusulas o normas contenidas en las Bases de Licitación y, como consecuencia de ello, la Administración está en el deber de responderle. En caso que sea necesario, incluso, la consulta puede llevar a la aprobación de una modificación de las condiciones previamente establecidas en esos instrumentos, de las cuales se da noticia formal a todos los participantes del concurso.

Desde ya, lo expuesto hasta aquí, nos hace dudar del hecho que el contrato de concesión de obra pública participe de la característica de ser un tipo de contrato de adhesión en los términos en que éste es definido por la doctrina civilista²².

Sin perjuicio de dicha prevención, el que este contrato no sea precisamente de adhesión ni tampoco de libre discusión, en los términos ya conocidos de la legislación civil, no debe extrañar, ya que por algo este contrato lleva el apellido administrativo, esto es, no tiene por qué ceñirse estrictamente a las pautas por las que se rigen las relaciones que se generan entre privados.

De esta manera, si el licitante tiene reparos que formular respecto del desarrollo del procedimiento o estima que se han lesionado sus derechos, de cualquier modo tiene garantizado su derecho a reclamo, como constitucionalmente corresponde tanto por la vía administrativa (Recursos de reposición, jerárquico o extraordinario de revisión,

²² En palabras de López Santa María (2010) p. 118 y pp.121-122: El contrato de adhesión en oposición al contrato libremente discutido, “es aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas”. De esa forma, un rasgo rasgo decisivo de la adhesión se encuentra en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes. El contrato es obra exclusiva del oferente, que dicta el texto de la convención. El destinatario, siendo el más débil, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla. Además, generalmente no es posible que el destinatario pueda rehusar a la contratación. El mismo autor, citando a SALEILLES en su *Étude sur la théorie générale de l’obligation*, de 1925, indica que en los contratos de adhesión “no hay ni discusión ni igualdad entre las partes. Los efectos del acto son fijados por la exclusiva voluntad del oferente. El consentimiento del aceptante, si no inexistente, se limita a los elementos esenciales del contrato”. Entre nosotros, la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores define el contrato de adhesión en el número seis de su primer artículo como: “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido.”

establecidos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –Ley N° 18.575 y sus modificaciones–, como en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos –Ley N° 19.880–, como por la vía judicial especial –Tribunal de la Contratación Pública establecido en la Ley N° 18.886, órganos de resolución de controversias en materia de contratación de obras públicas– u ordinaria –con fundamento en lo establecido en los artículos 6°, 7° e inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política–.

A modo de síntesis y conclusión, la característica contractual anotada en un inicio –limitación de la voluntad de las partes–, se ajusta a los principios y valores considerados por la Constitución Política, en cuanto:

El Estado, a través de órganos administrativos habilitados legalmente, se encuentra obligado a decidir la contratación, siempre que en esta impere un fin de interés público y en la forma que le indique el legislador (artículos 1°, 7° y 63, N° 18, de la Constitución Política).

Por su parte, el particular cuenta con garantías específicas:

i) Conoce previamente cuáles serán las condiciones que se impondrán para poder participar en calidad de licitante en el respectivo procedimiento de contratación (seguridad jurídica).

ii) También sabe que el concurso debe desarrollarse bajo el imperio de unas mismas reglas y condiciones aplicables a todos los interesados por igual (artículo 19, N° 2, de la Constitución, que garantiza la igualdad ante la ley).

iii) Podrá acudir a las instancias jurisdiccionales previstas por el legislador, en caso de advertir alguna actuación administrativa que le perjudique durante el desarrollo del procedimiento de licitación o a su término (artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política). También podrá acudir ante la misma Administración, a través de recursos administrativos previstos en la ley o bien, acudir al Ente Contralor de la Administración en Chile (Contraloría General de la República), conforme a las facultades que le entrega su Ley Orgánica N° 10.336 o en ejercicio del derecho de petición constitucionalmente reconocido (artículo 19°, N° 14, de la Constitución).

2. Desigualdad jurídica de las partes:

Otra de las características de esta clase de contratos administrativos se concreta en la presencia de un interés superior al puro interés de las partes, interés del que es titular la comunidad y que se ejerce a través de la Administración.

La presencia de este interés superior se traduce en una posición de superioridad jurídica por parte de la Administración, en cuanto es su ejecutora. Sin embargo, esta subordinación del Concesionario al Ente Administrativo Concedente no es absoluta, sino que se aplica exclusivamente a aquellos aspectos del contrato en que está en

juego el interés público, que no es otra cosa que la vieja, pero decantada Razón de Estado aludida por el derecho administrativo francés.

En síntesis, se trata de una subordinación jurídica, amparada en el fin y deber que la Constitución impone al Estado, cuya vigencia se limita a aquellos casos en que debe primar el logro del fin público del contrato, pero que será notoriamente improcedente en otros ámbitos de la relación contractual, como el vinculado al mantenimiento del equilibrio de las prestaciones previamente pactado y comprometido, según lo establezca la legislación especial aplicable.

Se ha considerado que esa superioridad jurídica es el fundamento de las facultades que le asisten a la Administración, entre otras:

- i) Para definir en las respectivas Bases de Licitación, ejerciendo potestades muchas veces discrecionales, tanto las condiciones técnicas de la obra a concesionar, como los factores económicos por los que se generará la competencia entre los licitantes, para lograr el mayor beneficio para la población –interés público, social o colectivo–;
- ii) Para adaptar o modificar las cláusulas del contrato durante su ejecución (*ius variandi*);
- iii) Para controlar –fiscalizar– y dirigir la ejecución del contrato;
- iv) Para aplicar una sanción de aquellas previstas en el contrato ante el incumplimiento o la mora del Concesionario;
- v) Para pedir al órgano que le ley determine que se declare el incumplimiento grave del contrato. Ya abordaremos más adelante el mecanismo de resolución de conflictos establecido en la legislación vigente en esta materia.

En el sistema de concesión de obras públicas el Concesionario busca legítimamente una colocación productiva para su capital. La Administración, en cambio, producto de su misión de servicio establecida en la Constitución Política (artículos 1°, 5°, 6°, 7°, entre otros) y en las leyes que rigen particularmente su intervención en esta clase de negocio jurídico público (Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley de Contratación Pública, Ley sobre Acceso a la Información Pública, leyes que regulan cada contrato administrativo en particular, entre muchas otras), especialmente vela por el interés público, por la satisfacción de las necesidades colectivas. Esto último explica su posición en un plano de superioridad para proceder en forma unilateral, llegado el caso, a imponer una modificación de las condiciones previstas originalmente o bien, para aplicar una sanción de las contempladas, eso sí, en el mismo contrato y de manera previa a la actuación administrativa.

Frente al ejercicio de estas potestades públicas se reconoce y garantiza al Concesionario un sistema de reclamos ante la misma Administración, a través del Inspector Fiscal, con apelación al Director General de Obras Públicas (reposición y apelación –artículo 42 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas), como

también, ante instancias especiales de resolución de conflictos producidos durante la ejecución del contrato, a las que luego aludiremos-. Todo, sin perjuicio de las funciones y atribuciones de los Tribunales de Justicia y de la Contraloría General de la República, como ya se ha advertido.

3. Mutabilidad y flexibilidad del contrato de concesión de obra pública:

La doctrina del contrato administrativo se apoya, como en una de sus piedras angulares, en la posibilidad de su mutación.

La mutabilidad de todo contrato administrativo ofrece una doble vertiente: por una parte, es consecuencia del *ius variandi* que se reconoce a la Administración y, de otra parte, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del particular contratista, la adaptación de contrato como consecuencia de ciertas circunstancias sobrevenidas a su celebración.

La regla es, en consecuencia, la mutabilidad y la flexibilidad del contrato administrativo como uno de sus caracteres típicos, sin perjuicio de los condicionamientos y limitaciones que luego se abordarán.

En primer lugar, y desde la perspectiva del poder administrativo conocido en la doctrina administrativista como *ius variandi*, es dable señalar que en materia de contrato de concesión de obra pública, éste se encuentra, desde luego, previsto en nuestro ordenamiento jurídico positivo, aunque con restricciones precisas. Y desde la óptica del Concesionario, a este se le reconoce el derecho a ser debidamente indemnizado.

En efecto, la Ley de Concesiones de Obras Públicas chilena establece, en su artículo 19²³, en lo pertinente, que:

“Artículo 19.— El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreveniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato.

La inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, no será susceptible de compensación económica adicional a la considerada en dichos instrumentos, salvo para

²³ Artículo modificado por la Ley N° 20.410.

los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación.

El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que este incurriere por tal concepto.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el quince por ciento del presupuesto oficial de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito con la sociedad concesionaria.

Si el valor de estas inversiones adicionales, durante la etapa de explotación, excediera el cinco por ciento del presupuesto oficial de la obra o correspondiere a una suma superior a cien mil unidades de fomento, su ejecución deberá ser licitada por el concesionario, bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas, en la forma que establezca el reglamento, en cuyo caso el valor de las inversiones que se compensarán al concesionario será el que resulte de la licitación, a lo que se sumará un monto adicional a título de costos de administración del contrato, que será determinado en las bases de licitación. El Ministerio tendrá un plazo de 60 días para aprobar o manifestar sus observaciones a las bases respectivas, contados desde la recepción de estas. Transcurrido ese plazo sin que el Ministerio se haya pronunciado, se entenderán aceptadas. Con todo, por razones fundadas, contenidas en las bases de licitación, previo informe del Consejo de Concesiones, podrá establecerse una excepción a la obligatoriedad de la licitación de las obras adicionales en las condiciones anteriormente descritas.

Las compensaciones económicas referidas en los incisos precedentes, deberán expresarse en los siguientes factores: subsidios entregados por el Estado, pagos voluntarios efectuados directamente al concesionario por terceros a quienes les interese el desarrollo de la obra, modificación del valor presente de los ingresos totales de la concesión, alteración del plazo de la concesión, modificación de las tarifas u otro factor del régimen

económico de la concesión pactado. Se podrán utilizar uno o varios de esos factores a la vez.

En el caso de los incisos tercero, cuarto y quinto de este artículo, el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados en el inciso anterior, deberá siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo. La tasa de descuento aplicable será calculada sobre la base de la tasa de interés promedio vigente para instrumentos de deuda consistentes con el plazo de la inversión, ajustada por el riesgo relevante del proyecto adicional y por el que corresponda a los mecanismos de indemnización que se apliquen. Si existiera discrepancia sobre la tasa de descuento aplicable, las partes podrán recurrir a los órganos establecidos en los artículos 36 y 36 bis. Para estos efectos, se entiende por proyecto adicional el derivado directamente de la modificación de las características de las obras y servicios contratados.

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

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

A su vez, el artículo 20 la misma ley²⁴, contempla la posibilidad de que durante la ejecución del contrato las partes del contrato acuerden la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y los estándares técnicos establecidos en las Bases de Licitación, mediante la suscripción del correspondiente Convenio Complementario aprobado por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, que debe llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda.

²⁴ Artículo modificado por la Ley N° 20.410.

El pago al concesionario de esta clase de obras adicionales podrá efectuarse alterando cualquiera de los factores económicos de la concesión; a modo de ejemplo: el plazo de duración de la concesión, el monto de la tarifa, añadir algunos negocios complementarios a explotar por el Concesionario dentro del área de concesión, etc.

Ahora, no obstante la necesidad de ampliar o mejorar las condiciones de las obras, para que éstas cumplan los niveles de servicio previstos al tiempo de contratar, si las partes no logran acordar su costo y forma de pago en el mencionado Convenio Complementario, difícilmente aquellas serán ejecutadas.

En seguida, el artículo 20 bis de la ley del ramo²⁵ dispone:

“Excepcionalmente, durante la etapa de construcción y por razones de interés público debidamente fundadas, cuando una obra concesionada requiriere de rediseño o complementación, de tal modo que el total de las inversiones adicionales necesarias durante dicha etapa, incluidos los costos de mantención, operación y conservación, superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra, tales inversiones adicionales y modificaciones de obras podrán ser contratadas por el Ministerio de Obras Públicas con el concesionario, una vez cumplidas las siguientes condiciones:

- 1) Que los hechos y circunstancias que dan lugar a la necesidad de rediseño o complementación se produzcan con posterioridad a la adjudicación de la concesión y no hayan podido ser previstos al tiempo de su adjudicación;*
- 2) Que por razones de experiencia, comportamiento, desempeño, impactos sociales y ambientales, economías de gestión o economías de escala, sea más eficiente adjudicar las nuevas obras al concesionario original;*
- 3) Que se haya acordado específicamente el diseño, características técnicas y niveles de servicio que deberán cumplir las obras objeto de rediseño o complementación;*
- 4) Que se hayan acordado las compensaciones por la ejecución de las obras objeto de rediseño o complementación y que dichas compensaciones estén regidas íntegramente por lo dispuesto en los incisos sexto y séptimo del artículo 19; y*
- 5) Que el Panel Técnico, establecido en el artículo 36, se pronuncie explícitamente con su recomendación favorable al acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, sobre la base de la concurrencia de los requisitos señalados en los numerales 1), 2) y 4) de este artículo, y de las diferencias que se producirían en caso de aplicar*

²⁵ Artículo agregado por la Ley N° 20.410.

lo dispuesto en el artículo 28 ter. En todo caso, el Panel Técnico podrá realizar recomendaciones de manera previa a su pronunciamiento definitivo.

Cumplidos los requisitos anteriores, todos los antecedentes deberán ponerse a disposición del Consejo de Concesiones, para que informe al Ministerio de Obras Públicas, sobre la conveniencia de proceder a acordar las nuevas inversiones y obras bajo las condiciones antes señaladas.

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

Razonando acerca del régimen normativo transcrito, podemos afirmar que la mutabilidad del contrato de concesión de obra pública y el estado de subordinación jurídica en que se halla el Concesionario frente a la Administración Concedente, atribuyen un carácter específico y propio a esta clase de relación jurídica, diametralmente diverso del principio de la inmutabilidad que rige el contrato en el Derecho Privado y que aquí sólo existe en cuanto se relaciona con cláusulas referentes al interés económico del particular Concesionario, jurídicamente protegido como derecho patrimonial, fundamentalmente, por la garantía constitucional de la propiedad (artículo 19, N° 24, Constitución Política de la República). Recalamos el término fundamentalmente, ya que también podría citarse en este punto, como derecho del Concesionario, la garantía del ejercicio de la actividad económica en condiciones establecidas por el Legislador y conforme a la moral y a las buenas costumbres, reconocida a toda persona por el numeral 21 del artículo 19 constitucional.

La legislación en esta materia, entonces, se orienta a garantizar no sólo el interés público involucrado en el contrato de que se trata, sino que, también, y de manera precisa, el interés económico y patrimonial legítimo del Concesionario.

De esta forma, ni el Concesionario puede oponer a la satisfacción de las necesidades públicas colectivas la inmutabilidad de su contrato, invocando el principio del *pacta sunt servanda*, ni la Administración puede sacrificar los intereses legítimos del Concesionario, en su aspecto económico, para dar satisfacción a las necesidades por las que debe velar. Se satisfacen, de tal manera, el doble juego de intereses –públicos y privados– que están involucrados en estos contratos administrativos.

Lo novedoso del sistema establecido en la ley chilena de concesiones de obras públicas es regular de manera precisa, por una parte, de qué manera será indemnizado el Concesionario cuando el Ente Administrativo Concedente ponga en ejercicio su potestad, que no es otra que la modificación del régimen económico del contrato en alguno o varios de los factores que lo determinen y, por otra parte, también resulta claro ante qué órgano o instancia jurisdiccional –administrativa o judicial– se

podrán ventilar los conflictos que surjan entre las partes al tiempo de definir tales compensaciones.

Como cuestiones concretas, y en este mismo aspecto, vale la pena resaltar que la causa sobreviviente que justifique la revisión económica del contrato de concesión, constituye una concreta garantía para el Concesionario, acorde con los principios y normas constitucionales que inspiran el denominado Orden Público Económico.

En nuestro país, en consecuencia, no habrá que recurrir a la doctrina o a la jurisprudencia judicial o administrativa para aplicar un sistema que tienda al resguardo del patrimonio del privado que participa en la gestión de una actividad de interés colectivo, cuando hechos sucedidos con posterioridad al perfeccionamiento del contrato alteren el equilibrio de las prestaciones debidas entre las partes y, concretamente, en desmedro del interés económico patrimonial del Concesionario de la obra pública de que se trate.

En segundo lugar, el no encontrarse acotado en la ley del ramo el concepto de causa sobreviviente que justifique la revisión económica del contrato, permite que la situación que se presente en un caso concreto, pueda y deba observarse y resolverse conforme a los elementos, características y efectos de cada concesión en particular.

Por la amplitud del término, cabría discutir, por ejemplo, los efectos perjudiciales que para el Concesionario se puedan haber generado como consecuencia:

- a) De incumplimientos de su contraparte pública que no tengan prevista en otras disposiciones, una fórmula de compensación al Concesionario;
- b) De hechos imprevistos, extraordinarios, anormales, temporales, ajenos a la voluntad de las partes, que tornen extremadamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el Concesionario, haciendo de igual forma peligrar la continuidad del servicio público que este presta²⁶;
- c) De actuaciones generales del Estado que aunque sin perseguirlo, alteren especialmente la economía del contrato (factum principis o Hecho del Príncipe), etc.

En tercer término, queda suficientemente acotado y, por ende, ajeno a la interpretación de las partes o de un tercero con poder resolutivo, en su caso, el tipo de compensación que se aplicará frente a estos hechos que causan el desajuste económico de la prestación debida por el particular concesionario. Lo cual constituye, al mismo tiempo, una garantía para el interés público involucrado, de momento que el sistema regulado legalmente, permite acudir a la modificación de uno o de varios de los factores económicos ya previstos en el contrato, a la hora de definir la forma que adoptará la compensación de ser esta procedente, esto es, cuando se verifique un perjuicio para el Concesionario.

²⁶ Condiciones para que opere la Teoría de la Imprevisión, reconocida dentro del sistema de responsabilidad contractual por desequilibrio en las prestaciones.

En otras palabras, si la intención que subyace en todo contrato de concesión de obra pública es que el Estado no acuda al Presupuesto Público General para crear, reparar o conservar obras públicas, sino que el costo sea asumido por el privado Concesionario quien, a su vez, ha competido con sus pares en un procedimiento de licitación convocado especialmente por la Administración competente al efecto de celebrar el contrato administrativo, por recuperar su inversión a través de una tarifa a percibir de los usuarios que se benefician directamente de ella, no se concibe por el Legislador que para compensar al Concesionario por estas causas sobrevivientes que alteren su patrimonio, se exija el pago de una indemnización en dinero efectivo.

Otro aspecto que es digno de destacar es que si bien conforme lo establece el numeral 2) de su artículo 22, la Ley de Concesiones de Obras Públicas declara que las obras se ejecutarán a entero riesgo del Concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, incluso frente al caso fortuito y la fuerza mayor, el mismo texto legal dispone que cuando así se haya previsto en las respectivas Bases de Licitación, la Administración deberá concurrir al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor.

Esta fórmula obedece al principio según el cual las obras ejecutadas por el Concesionario continúan formando parte del demanio o dominio público, por lo que en el caso que así se haya previsto en el respectivo contrato, el Estado se hace cargo de esta categoría de riesgo imprevisible que hace imposible la ejecución del mismo contrato, concurriendo al pago de los perjuicios que se generen.

Luego, en el numeral 3 del mismo artículo 22 aludido, la ley se pone en el caso que el Concesionario no logre cumplir sus obligaciones dentro del plazo previsto en el contrato, pero por un hecho que sea imputable al Fisco. En este evento, y si así se logra acreditar en el respectivo procedimiento, la forma de compensar al Concesionario será el otorgamiento de un aumento de plazo igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las otras compensaciones que fueren procedentes.

El caso típico en que se ha utilizado esta cláusula legal se puede encontrar cuando el Concesionario reclama que por atrasos en la entrega de los terrenos que el Estado-Ministerio de Obras Públicas debe expropiar para la ejecución de la obra de infraestructura concreta –camino público, por ejemplo–, este no ha podido cumplir su propia obligación de construir en los plazos contratados y, además, ha sufrido perjuicios de índole patrimonial.

Según dispone la letra b) del numeral 2 del artículo 23 de la ley en análisis, durante la fase de explotación de la concesión, el concesionario se encuentra obligado a prestar el servicio de manera ininterrumpida. Pero el Legislador reconoce que tal obligación cede en caso que el servicio se interrumpa por situaciones derivadas de caso fortuito o fuerza mayor. Corresponde a los contratantes calificar estos hechos y también convenir las medidas que permitan una rápida y eficiente reanudación del servicio. Si dentro de esas medidas se requiere la ejecución de obras adicionales, son las partes las llamadas a convenir su valor o precio y, en caso de no producirse el acuerdo, podrán recurrir

a un peritaje. En último término, siempre está a salvo la acción para recurrir ante las instancias de resolución de conflictos previstas en la misma legislación contractual al que nos referiremos en el acápite siguiente.

4. Mecanismo de resolución de controversias:

Principalmente en sus artículos 36 a 36 ter, la Ley de Concesiones de Obras Públicas ha dotado a esta clase de contrato administrativo de un mecanismo especial de resolución de controversias al que deben someterse sus partes.

En síntesis, la modificación legal al régimen del contrato de concesión de obra pública comentada en la especie, aprobada mediante la Ley N° 20.410, eliminó a la Comisión Conciliadora –que operaba como mecanismo de resolución de conflictos previo a la fase propiamente jurisdiccional–, y creó un órgano consultivo permanente –igualmente desprovisto de facultades jurisdiccionales– llamado Panel Técnico.

Panel Técnico:

Las partes de la convención de que se trata pueden someter sus discrepancias técnicas o económicas a un Panel Técnico de integración colegiada, a efectos de que éste emita una recomendación debidamente fundada y no vinculante, dentro de un plazo de 30 días corridos, contados desde la presentación de la discrepancia, prorrogable por una sola vez.

Importa destacar que al tratarse de una recomendación, la que emite el Panel, no tiene efecto vinculante para las partes del contrato de concesión y, por ende, si éstas no alcanzan un acuerdo respecto del conflicto de que se trate apoyados por los fundamentos que entrega ese Ente Técnico, deberán llevar la resolución definitiva del asunto ante la Comisión Arbitral del contrato o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, según mejor estimen.

Estos tribunales –Comisión Arbitral de la concesión y Corte de Apelaciones de Santiago–, conforme a lo dispuesto en la misma legislación, podrán considerar en su sentencia, en calidad de prueba pericial –informe de peritos–, la recomendación evacuada por el Panel Técnico.

Reglas de Integración:

El Panel Técnico está compuesto por cinco profesionales: dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Duran 6 años en sus cargos. La integración del panel se renueva parcialmente cada 3 años, partiendo por los dos abogados.

En cuanto a las condiciones de idoneidad exigidas por la ley para integrar dicho Panel, los aludidos profesionales deben acreditar estar en posesión de una destacada trayec-

toria profesional o académica en materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura.

Con orientación en el respeto del principio de probidad la ley establece, además, un sistema de inhabilidades e incompatibilidades para los integrantes del Panel Técnico de concesiones.

Así, dichos profesionales no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios; ni podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. Las inhabilidades e incompatibilidades señaladas se mantendrán respecto de cada integrante, hasta un año después de haber terminado su período.

En cuanto su designación, los miembros de Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas se someten al sistema de Alta Dirección Pública y los propuestos como resultado del procedimiento de concurso público respectivo, son nombrados por resolución del Ministerio de Obras Públicas.

La retribución económica de los miembros del Panel se encuentra fijada en la misma ley en términos de establecer mínimos y máximos (para el Presidente: entre 150 UTM y 300 UTM como máximo y para los otros miembros: entre 100 UTM y un máximo de 200 UTM). El pago de su remuneración es de cargo de ambas partes del contrato administrativo²⁷.

Existe, además, un Secretario abogado quien, entre otras funciones que determina el Reglamento de la ley, es Ministro de fe y actuario. Su remuneración máxima, también fijada en la ley, alcanza las 150 UTM.

Procedimiento de reclamación ante el Panel Técnico:

La ley remite a su Reglamento el establecimiento del procedimiento que se seguirá para acudir ante este Panel. Dicho Reglamento se encuentra aprobado por DS MOP N° 956, de 1997, modificado por DS MOP N° 215, de 2010, y dispone que las reglas de funcionamiento son establecidas por el mismo Panel.

²⁷ La disposición segunda transitoria de la Ley N° 20.410 declara: "Durante los dos primeros años de vigencia de esta ley, el Ministerio de Obras Públicas soportará la totalidad de los costos correspondientes a los honorarios de los integrantes del Panel Técnico, monto que se reducirá a los dos tercios de estos honorarios durante el tercer año de vigencia de esta ley. En este último caso, corresponderá a los concesionarios de obras públicas regidos por esta ley financiar la diferencia, según la prorrata definida en el reglamento".

La normativa dispone el deber para el Panel de incorporar en el procedimiento de que se trata determinadas reglas básicas que, podemos afirmar, cumplen el estándar mínimo del debido proceso reconocido por la Constitución Política en el numeral 3° del artículo 19.

En efecto, el Panel debe contemplar normas que aseguren la audiencia de las partes y mecanismos para recibir antecedentes probatorios. Se debe regular la forma en que se formularán las solicitudes o reclamaciones, el mecanismo de notificación que se empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que se adopten, al igual que definir la forma y el plazo en que se emitirá la recomendación.

Otro aspecto de interés que el Legislador de la Ley N° 20.410 alteró con respecto a las facultades que anteriormente se entregaban a la Comisión Conciliadora de cada contrato de concesión de obra pública, es que este Panel Técnico no puede disponer la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio de Obras Públicas a que la respectiva reclamación se refiera²⁸.

Y esta norma tiene como fundamento que como este Panel no ejerce potestad jurisdiccional, menos aún puede tener facultades de imperio.

Comisión Arbitral:

La Ley N° 20.410 también modificó el arbitraje contemplado por su antecesora, en los aspectos a los que se hará mención especial enseguida.

Integración:

A diferencia de lo que ocurría en el texto primitivo, en que la ley no establecía como condición el poseer un título profesional específico para integrar las comisiones arbitrales que podían constituirse para cada contrato de concesión de obra pública, la modificación legal introducida en el año 2010 obliga a que la actual Comisión Arbitral que se prevé como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos de esta clase esté integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos deben ser abogados. Además dispone que uno de esos integrantes abogados ejerza como Presidente de la misma.

Se altera, asimismo, como efecto de la reciente modificación legal, la amplia facultad que se le reconocía a las partes del contrato para designar a los miembros de las comisiones arbitrales²⁹.

²⁸ El inciso quinto del artículo 36 de la Ley citada dispone: “La presentación de una discrepancia ante el Panel Técnico referida a la dictación de una resolución del Ministerio de Obras Públicas, no suspenderá sus efectos”. La única manera de entender esta disposición es sosteniendo que el Panel no puede decretar la suspensión.

²⁹ Durante la vigencia de la ley anterior las partes del contrato de concesión de obra pública escogían libremente a los tres integrantes de la Comisión Conciliadora (cada parte designaba a un integrante y de común acuerdo al que la presidiría), que podía transformarse en Comisión Arbitral, por decisión exclusiva del Concesionario, si no se alcanzaba la conciliación o acuerdo respecto de un tema en

En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la nueva legislación, los tres integrantes de estas comisiones deben ser nombrados de común acuerdo por las partes al inicio del contrato de concesión, a partir de dos nóminas de expertos de destacada actividad profesional o académica. La primera de esas nóminas estará compuesta por 20 abogados y será confeccionada al efecto por la Corte Suprema, mientras que la segunda estará compuesta por 10 profesionales de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción y serán designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Para poder integrar estas nóminas habrá que participar en un concurso público de antecedentes que convocarán los órganos mencionados y la selección deberá fundarse en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Por expresa disposición legal, las dos nóminas de expertos se renovarán parcialmente cada cinco años, mediante la convocatoria a nuevo concurso público de antecedentes.

Ninguna persona puede formar parte de estas nóminas por más de quince años consecutivos o discontinuos, sin perjuicio de lo dispuesto en la misma norma en cuanto a que estos integrantes pueden ser removidos o reemplazados en sus cargos anticipadamente, en caso que se presente la situación contemplada en la misma ley³⁰.

A falta de acuerdo de las partes para la designación de uno o más integrantes de la comisión Arbitral, su nombramiento será efectuado por sorteo ante el Secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de entre los candidatos incluidos en las mencionadas nóminas.

Como regla de probidad, la ley establece que los interesados en ingresar a estas nóminas de expertos deben acreditar a lo menos diez años de ejercicio profesional y no estar relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación. Asimismo, no podrán estar relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones, ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación. El reglamento establecerá las formalidades para su nombramiento.

Se fijan máximos para su remuneración en el Reglamento y se determina que esta será pagada por ambas partes del contrato.

conflicto. Conforme a nuestra experiencia en el área, se trataba de escoger a personas prestigiosas y con experiencia en el área de la economía, en el derecho público y en el arbitraje.

³⁰ El artículo 36 bis de la ley dispone que los miembros de estas comisiones podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente, o a solicitud de cualquiera de las partes, por una sola vez, siempre que hubieren transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento y no estuvieren conociendo de una reclamación.

Procedimiento ante la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública:

Conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 36 bis de la ley, 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, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago.

El legislador altera la regla primitiva en cuanto a cuál de las partes puede requerir la intervención de estos tribunales arbitrales.

En efecto, anteriormente sólo se reconocía el derecho a la Sociedad Concesionaria para pedir a la Comisión Conciliadora del contrato que se constituyera en Comisión Arbitral para conocer y resolver el conflicto determinado que plantearía en la respectiva demanda. En cambio, producto de la modificación legal introducida en el año 2010, se reconoce también la calidad de sujeto activo de la acción de reclamo arbitral al Ministerio de Obras Públicas, aunque con limitaciones: El Ministerio de Obras Públicas sólo podrá recurrir ante la Comisión Arbitral una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra, salvo la declaración de incumplimiento grave a que se refiere el artículo 28, la que podrá ser solicitada en cualquier momento.

Asimismo, el Legislador estima indispensable que previo a pedir la intervención a estos Entes Jurisdiccionales se haya recurrido ante el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas.

Por otra parte, cuando se pida la intervención de la Comisión Arbitral ésta fallará como Tribunal Arbitral colegiado, de árbitros mixtos³¹. Es decir, la solución definitiva de las controversias entre las partes del contrato de concesión de obra pública queda entregada a jueces abogados, en su mayoría, que son árbitros arbitradores en cuanto al procedimiento, pero que están obligados a apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Además, tiene la obligación de fallar conforme a derecho y en un plazo de 60 días.

Otro aspecto que regula la ley dice relación con la revisión de estas resoluciones, disponiendo que no procede recurso alguno en contra de la sentencia definitiva que aquella Comisión emita en ejercicio de su atribución.

Claro está, y habrá que advertirlo, esta situación no implica de manera alguna que las sentencias que se dicten por este Tribunal Arbitral, puedan provocar faltas o abusos graves o tener otros defectos, pues si así sucediera, esos vicios se pueden corregir a través del recurso de queja y del recurso de casación en la forma, conforme lo establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Estas medidas legales, claramente, tienden a hacer más atractiva la intervención del sector privado en esta clase de emprendimientos públicos, ya que se les garantiza a los

³¹ La regla anterior era que se trataba de árbitros arbitradores que fallan conforme a criterios de prudencia y equidad, y no, necesariamente, obligados a dar aplicación a una norma legal o contractual.

concesionarios la existencia de un sistema de resolución de controversias más expedito que el procedimiento ordinario que se sigue ante los tribunales de justicia³².

Al mismo tiempo, al incorporarse por mandato legal el arbitraje mixto, el árbitro estará obligado a aplicar las reglas y los principios jurídicos que rigen el contrato administrativo para resolver el conflicto que se le formule.

De esta forma se minimiza el riesgo que permitía el anterior sistema de arbitraje de arbitradores de facultar al juez para dictar sentencia incluso en contra de las disposiciones contractuales que obligan a las partes en esta clase de relación jurídica, que, no hay que perder de vista u olvidar, es de naturaleza pública, pues mira al interés colectivo –ejecución de una obra pública necesaria para la sociedad y la prestación de un servicio asociado a la misma–, aunque sin descuidar el necesario equilibrio económico financiero en las prestaciones debidas entre las partes, que, como principio general, debe siempre respetarse.

Como novedades que tienden a dar certeza a las partes en estas materias, la ley vigente establece plazos para requerir a la Comisión Arbitral.

En efecto, si el hecho o ejecución del acto que motiva la solicitud ocurriese durante la etapa de construcción, el plazo para recurrir ante la Comisión será de dos años que se cuenta desde la puesta en servicio definitiva de la obra. Si el hecho ocurre durante la fase de explotación de la concesión, en tanto, el plazo para recurrir ante la Comisión Arbitral será también de dos años, pero contado desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente.

A su vez, si se decide ocurrir ante la Comisión en contra de resoluciones adoptadas por el Ministerio de Obras Públicas, el plazo será de un año, contados desde la respectiva notificación de dicha resolución. El plazo para reclamar ante la misma Comisión aludida se reduce a 120 días en el caso de requerimientos en contra de resoluciones que impongan multas al Concesionario. Este plazo se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución.

Algo interesante en esta nueva legislación, también, es que introduce una prescripción de la acción una vez vencidos los plazos previstos para interponer los respectivos reclamos.

Ahora bien, el juicio arbitral que se inicie, al igual que la fase ante el Panel Técnico, sin duda, debe orientarse conforme a las reglas que impone la garantía del debido proceso, reconocida en nuestra Constitución Política, como ya se ha dicho, en el numeral 3 de su artículo 19.

³² Esto, sin perjuicio que es la misma ley la que permite a las partes llevar el conflicto a la Corte de Apelaciones de Santiago, en lugar de la Comisión Arbitral, la que adoptará el procedimiento previsto en los artículos 69 a 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, con las precisiones y excepciones que la misma norma establece.

Así, el propio texto legal en comentario es el que impone considerar en tal proceso arbitral las normas que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y demás antecedentes que las partes aporten. Asimismo, se impone la sentencia fundada en la que se expongan las consideraciones de hecho, técnicas, económicas y de derecho que sirven de sustento de lo resuelto. Todos esos elementos, sin duda, constituyen mecanismos mínimos de aplicación del mencionado principio general reconocido constitucionalmente en el país.

Como última acotación sobre este mecanismo especial de resolución de conflictos contractual, y privilegiando la brevedad que debe tener esta clase de trabajos, resulta importante tener en cuenta que la facultad que le asiste a la Administración en todo contrato administrativo para poner término a la relación por incumplimiento grave de las obligaciones del particular Concesionario –caducidad–, se atempera en el caso de la concesión de obra pública, de momento que es la propia ley la que obliga al Ministerio de Obras Públicas a recurrir previamente a esta Comisión Arbitral (artículo 28 de la ley), para que se califique la procedencia de la decisión que se pretende adoptar en esta materia de gran trascendencia, desde la perspectiva no sólo pública, sino también, y sobre todo, para el Concesionario.

En síntesis, frente a las prerrogativas o potestades exorbitantes que se le reconocen a la Administración durante toda la vida del contrato administrativo de concesión, la ley le entrega al Concesionario las herramientas eficaces para la defensa de sus derechos, incluso en la fase precontractual.

En efecto, se le da al licitante la garantía de un procedimiento reglado que precede a la decisión de la administración de adjudicar el contrato a un licitante interesado. Luego, durante la ejecución de contrato se le reconoce al Concesionario su derecho a reclamar en instancias administrativas de las decisiones o resoluciones adoptadas por el respectivo Inspector Fiscal (que ejerce la dirección y la fiscalización del contrato administrativo en esta fase de ejecución), se le reconoce el derecho de reclamar en sede técnica, ante un grupo de expertos que harán las veces de amigables compondores frente a un tema en conflicto entre las partes y propondrán bases para una conciliación extrajudicial.

Se le reconoce también a las partes la posibilidad de llevar el conflicto que se mantiene entre ellas a la sede jurisdiccional que elijan, ya a la arbitral prevista especialmente en esta legislación y cuyos integrantes son elegidos por las mismas partes al inicio del contrato administrativo, o bien la judicial especial ante la Corte de Apelaciones de Santiago. La defensa del derecho de propiedad sobre la contraprestación que nace de este contrato administrativo, a obtener una justa retribución por la inversión ejecutada al construir y conservar la respectiva obra concesionada, será en estas instancias jurisdiccionales lo que se le garantizará al privado que ha aceptado asociarse con el Estado Concedente en esta empresa de la ejecución de infraestructura de interés y beneficio público.

Se satisface, por consiguiente, la garantía que se reconoce a toda persona en el numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República³³, en relación con lo dispuesto en la misma disposición en sus numerales 2 y 24, y en el artículo 38, inciso segundo, de la misma Carta fundamental.

VI. Conclusiones

Para alcanzar los objetivos trazados por el Estado al establecer un sistema de ejecución de obras públicas a través del contrato de concesión es imprescindible que se consolide una colaboración leal y sincera entre el sector público y el privado durante toda la vida de cada proyecto, compartiendo desde la planificación, la perfección de los acuerdos, la ejecución, hasta la gestión del mismo.

Esa colaboración tendrá esas condiciones, fundamentalmente cuando el sistema de concesión resguarde adecuadamente los distintos intereses que se presentan en la relación contractual de que se trata, y siempre, respetando las reglas y principios reconocidos en la Constitución Política.

Coincidiremos con los profesores García de Enterría y Fernández en el sentido que este formidable poder (de la Administración) no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración; la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas o, si se prefiere, con los “servicios públicos”, cuya responsabilidad de gestión tiene atribuida la Administración, y cuyo gobierno, por consiguiente, debe esta de atender con todas sus facultades específicas, sobre todo en evitación de retrasos, que serían ineludibles si la Administración tuviese ella misma que demandar ejecutorias judiciales o si su actuación pudiese ser paralizada por el simple expediente de un proceso³⁴.

Agregaremos a ello que estas ideas son concordantes con el texto constitucional y la misión y rol instrumental o de servicio que se le asigna al Estado y dentro de este y fundamentalmente a los órganos que integran su Administración, desde el artículo 1° de la Carta Fundamental.

Conforme a los elementos básicos señalados en el presente trabajo se puede afirmar, asimismo, que tanto el procedimiento administrativo para contratación de la concesión de obra pública, como el mecanismo de resolución de conflictos incorporado al contrato administrativo en cuestión, satisfacen los estándares mínimos definidos por el constituyente para que opere a favor del Concesionario de obra pública la garantía

³³ Véase por ejemplo, STC Rol 1413, C° 28, en el cual se expresó: “el procedimiento que establecen las normas aplicables en el caso concreto cumple con el estándar constitucional de un debido proceso donde el afectado puede ejercer efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando prueba y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales”.

³⁴ García de Enterría y Fernández (2002), p. 691.

reconocida a toda persona en el numeral 3° del artículo 19 constitucional. Lo anterior, si se atiende a los parámetros que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en sus sentencias al tiempo de referirse a tales estándares³⁵.

También se ajusta al principio de control jurisdiccional de la actividad administrativa que orienta a nuestro Estado de Derecho y que se encuentra reconocido expresamente en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República.

VII. Referencias bibliográficas

- BARRA, Rodolfo Carlos (1984): *Contrato de Obra Pública* (Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma) T I, 305-306 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), 156 y ss. pp.
- DROMI, Roberto (2004): *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Argentina, Editorial Ciudad Argentina) 10ª edición actualizada, 626 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963): “La Figura del Contrato Administrativo”, en *Revista de Administración Pública* (Nº 41), 115 y ss. pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2002): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Ediciones Civitas, octava edición), T I, 670 y 691 pp.
- GUIRIDLIAN LAROSA, Javier (2004): “Nuevas Formas de Gestión y Financiación”, en *Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras* (Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot), pp. 20 a 25.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing, quinta edición), 578 pp.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2007): *Contratación Administrativa* (Editorial Jurídica de Chile), 326 pp.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2013): “Aplicación de los Elementos del Debido Proceso al Procedimiento Administrativo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886* (Bocksang y Lara Coordinadores), (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing Thompson Reuters), pp. 207 a 231.
- RUFÍAN LIZANA, Dolores (1999): *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, (Santiago de Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica), 359 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978): “La Contratación Administrativa”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* T LXXV (1ª parte, sec. Derecho), 68 y ss. pp.

³⁵ En esta materia véase Ponce de León (2013), pp. 207-231.

VALCÁRCEL, Patricia (2006): Ejecución y Financiación de Obras Públicas. Estudio de la Obra Pública como Institución Jurídico-Administrativa (Editorial Thompson-Civitas; Fundación Caixagalicia, CIEF), 302-307 pp.

VIVES LLABRÈS, Antonio (1996): “Infraestructura privada: diez mandamientos para su sostenibilidad”, en Financiación y gestión privada de infraestructura de interés público (Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, noviembre) 318 pp.

Jurisprudencia Citada

Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 1413-09-INA, disponible en página web www.tcchile.cl, link sentencias.