



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

**VÍNCULOS QUE EMANAN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:
RELACIÓN USUARIO-CONCESIONARIO
¿RELACIÓN CONVENCIONAL O RELACIÓN DE AUTORIDAD?
Análisis en relación a las autopistas concesionadas**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumna: Natalia Cáceres Luarte

Profesor: Sr. Claudio Moraga Klenner

Santiago, Diciembre de 2010

Índice de Contenidos

Introducción.....	P. 1.
1. Capítulo I: Marco en que se desarrolla la actividad estatal	P. 8.
1.1. Ámbito de acción de la contratación estatal.....	P. 8.
1.2. Concepto de Relación Jurídica.....	P.9.
1.2.1. Tipos de relaciones jurídicas: Relaciones de Derecho Público y Privado.....	P. 11.
1.2.2. Relaciones Jurídicas y Derechos Subjetivos.....	P.17.
1.2.3. Relaciones contractuales y extracontractuales.....	P.19.
1.2.4. Contratación Estatal: ¿Ejercicio de autoridad o generador de vínculos convencionales?.....	P. 22.
1.2.5. Relaciones Jurídicas creadas por el Estado.....	P. 31.
1.3. Nociones básicas de la actividad del Estado.....	P. 32.
1.3.1. Actividad económica y las relaciones entre el Estado y los particulares a la luz de la Constitución de 1980	P. 33.
1.3.2. Actividad competitiva del Estado.....	P. 36.
1.3.2.a. Actividades competitivas.....	P. 37.

1.3.2.b. Actividades no competitivas	P. 40.
1.4. Actividad de Servicio Público.....	P. 47.
1.4.1. El Servicio Público Concedido.....	P. 60.
1.4.2. Actividad Regulatoria	P. 62.
2. Capítulo II: El hecho administrativo, el acto y el contrato administrativo como posibilidad de delegación de funciones	P. 67.
2.1. Contexto	P. 67.
a) El Hecho Administrativo	P. 68.
b) El Acto Administrativo	P. 69.
c) El Contrato Administrativo	P. 72.
2.2. Clases de Contrato Administrativo: El contrato de Concesión.....	P. 80.
2.2.1. Nociones Básicas	P. 81.
2.2.2. Concesión de obras públicas frente a otros contratos administrativos (rasgos distintivos).....	P- 86
3. Capítulo III : Vínculos que emergen a raíz del Contrato de Concesión.....	P. 90.
3.1. Relación Estado- Concesionario	P. 91.
3.1.1. Decreto con Fuerza de Ley Nº 850 de 1997.....	P. 95.
3.1.2. Decreto con Fuerza de Ley Nº 900 de 1996.....	P. 96.

3.1.3. Decreto con Fuerza de Ley Nº 9560 de 1997.....	P. 97.
3.1.4. Bases de Licitación- Contrato de Adjudicación.....	P. 99.
3.1.5. Mecanismos de solución de controversias entre el Estado y Concesionarias.....	P.100
3.1.5.1. Algunos conflictos entre el Estado y Concesionarios.....	P. 102.
3.1.5.1.a. Ruta 5 Tramo Santiago – Los Vilos. Señalización....	P. 102.
3.1.5.1.b. Concesión Túnel El Melón.....	P. 106.
3.2. Relación Concesionario- Usuario,.....	P. 112.
3.2.1. Relación como vínculo contractual,.....	P. 115.
3.2.1.a. Situación del usuario frente al TAG o transponder.....	P. 117.
3.2.1.b. Situación del usuario frente al peaje,.....	P. 123.
3.2.2. Relación de Consumo,.....	P. 124.
3.2.2.1. Fundamento legal de su aplicación,.....	P. 126.
3.2.2.2. Consecuencia de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor,.....	P. 128.
3.2.3. Relación derivada de la aplicación de una tasa,.....	P. 130.
3.2.3.1. Tarifa,.....	P. 131.
3.2.3.1. Peaje,.....	P. 132.
3.2.4. Relación de Derecho Público,.....	P. 133.
3.2.4.a. Situación de hecho general y abstracta,.....	P. 133.

3.2.4.b. Situación individualizada	P. 134.
3.2.5. Relación Extracontractual.....	P. 136.
4. Capítulo IV : El Contrato de Concesión en el Ámbito Nacional.....	P. 138.
4.1. Principales conflictos suscitados	P. 139.
4.1.1. Indeterminación del Vínculo	P. 139.
4.1.2. Conflictos por actos propios	P. 140.
4.1.3. Conflictos por actos de terceros	P. 142.
4.1.4. Responsabilidad del MOP	P. 148.
4.1.5. Necesidad de un seguro frente a responsabilidad de terceros....	P. 149.
4.2. Aspectos jurisprudenciales; casos, principios e ideas que subyacen en los fallos emitidos por los Tribunales de Justicia y la Contraloría General de la República.....	P. 150.
4.2.1. Contraloría General de la República	P. 152.
4.2.2. Cortes de Apelaciones.....	P. 153.
4.2.3. Tribunal Constitucional.....	P. 155.
4.2.4. Principios recogidos por la jurisprudencia	P. 158.
5. Capítulo V: El Contrato de Concesión a la luz de experiencias extranjeras....	P. 167.

5.1.	España	P. 167.
5.2.	Colombia	P. 176.
5.3.	Argentina	P. 185
5.3.1.	Contexto social de la Ley de Concesiones de Argentina	P. 185.
5.3.2.	Principios e ideas sobre las que descansa la Ley N° 17.520... P.	187.
5.3.3.	Principales falencias, debilidades y conflictos de la Ley de Concesiones de Argentina.....	P. 191.
5.3.3.1.	Situación Económico- política de Argentina.....	P. 192.
5.3.3.2.	Aplicación de la Ley de Contrataciones	P. 193.
5.3.3.3.	Responsabilidad de los concesionarios frente a los Usuarios.....	P. 197.
6.	Conclusiones	P. 203.
6.1.	Naturaleza del vínculo	P. 203.
6.2.	Responsabilidad	P. 207.
6.3.	Discusiones a nivel doctrinario y profesional.....	P. 213
6.4.	Aspectos Jurisprudenciales	P. 216.
7.	Bibliografía	P. 219.

Introducción.

Tal vez, en los inicios de la década de los noventa, hubiese sido extraño discutir la naturaleza jurídica de la relación existente entre el concesionario de un servicio determinado y el usuario del mismo; y es que las posibilidades de establecer cuál es la clase o tipo de vínculo que emana entre las partes y que rige o regula su actuar o incluso sus responsabilidades, eran mínimas.

Ocurre que muchos de los aspectos que hoy nos parecen cotidianos se han ido resolviendo “sobre la marcha”, sobretodo considerando que cada conflicto suscitado entre los partícipes del contrato de concesión no estaba regulado ni por la Ley de Concesiones, ni por su Reglamento, y ha sido resuelto a través de los Tribunales de Justicia, donde la diversidad de criterios, o bien el desconocimiento técnico de los mismos ha llevado a soluciones que pueden no ser susceptibles de discusión por los afectados, ya sean estos los concesionarios, los usuarios o, incluso, el Fisco, creándose una gran controversia al respecto.

No cabe duda de que Chile fue uno de los países latinoamericanos pioneros en la generación de los contratos de concesión entre el Estado y los privados, con el fin de lograr no sólo un mayor nivel de comunicación y transporte entre los ciudadanos, sino también para perfilarse como una de las mejores maneras de fortalecer los lazos económicos con otros países tras el retorno a la democracia. Desde este punto de vista el contrato de concesión de obra pública, vino a ser

una especie de salvavidas para crear confiabilidad y estabilidad en el ámbito internacional, dando lugar a la credibilidad de las instituciones en Chile y fortaleciendo a la vez la percepción- país que hasta ese entonces se tenía en el extranjero.

Surge entonces la inquietud de qué es lo que ha pasado con este Estado pionero, porque pareciera que no ha sido capaz de enfrentar todo lo referente a la responsabilidad que se origina frente a hechos acaecidos en las vías concesionadas, principalmente frente a los accidentes de los usuarios, y no sólo por hechos culposos de la representante, como, por ejemplo, el mal mantenimiento de las vías, sino también por hechos de terceros, entre los que ha sido frecuente el lanzamiento de elementos contundentes como piedras a automóviles en movimiento.

Son estos hechos los que han concentrado el estudio del área del Derecho Público, por parte de académicos y de los agentes que se han visto involucrados con diversas consecuencias, concibiendo un cuestionamiento de todas aquellas bases que se daban por sentadas hasta hace unos años atrás, debatiendo no sólo en torno a la responsabilidad de las empresas que desempeñan esta clase de prestación, sino que a una serie de conflictos que serán analizados a lo largo de este trabajo.

Esta actividad, al ser desarrollada por privados, ¿continúa siendo un Servicio Público? , ¿Cuál es el grado de responsabilidad que debe tener la concesionaria?

Son éstas algunas de las interrogantes que surgen, así como también la de determinar la extensión de las obligaciones de las concesionarias frente al Estado, y por sobre todo frente a los usuarios.

Emerge en este sentido, la necesidad de dilucidar si el Estado al otorgar una concesión para que sea un tercero quien realice actividades que históricamente han sido desempeñadas por éste, obtiene un rol de espectador, o por el contrario debe ejercer una labor de dirección y policía. Al parecer no todo se encuentra dicho en este ámbito.

Resulta casi evidente sostener la existencia de un vínculo entre el Estado y las empresas o de terceros que ejecutan actividades por medio del contrato de concesión.

Sin embargo, esa nitidez comienza a espesarse cuando aparece la situación o vínculo que se genera entre los usuarios y concesionarios, en la medida en que ésta relación sólo parece cobrar relevancia en lo que respecta a la responsabilidad que podría eventualmente emanar entre ambos, como resultado de hechos dañosos ocurridos a uno u otro, pues de no provocarse problemas como los que se ha mencionado anteriormente, parece poco importante tratar

de ilustrar y entregar pautas para lograr este resarcimiento frente al daño provocado, ya sea en la persona del usuario como en los intereses o bienes de la concesionaria y en los bienes públicos bajo su tuición.

En la presente memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, se busca explicar, o dar algunas pautas sobre el tipo de vínculo que existe entre el concesionario y el usuario del servicio; por ende, se tratará de encontrar fundamentos que ayuden a calificar dicha relación, en primer término, como un vínculo emanado de un contrato, como se podría sostener que ocurre en el caso del TAG.

En segundo lugar, se analizará si al pagar un peaje o transitar por un pórtico, lo que se produce es el pago por la utilización de un servicio, y que por lo mismo está amparado por la Ley del Consumidor. En tercer término, podría tratarse del mismo modo de una relación extracontractual, como ha sido también discutido y afirmado por la doctrina y parte de la jurisprudencia de nuestro país.

Son estos los aspectos relevantes para toda persona que quiera desenvolverse en esta área del derecho, y por lo mismo no basta con argumentar posiciones personales, sino que parece ser fundamental llevar a cabo un análisis de lo que significa no sólo el contrato en sí, sino también poder aclarar el vínculo que efectivamente existe entre el Estado y el Concesionario, para poder, de este modo, comprender a qué se encuentra obligado este último, y qué es lo que debe esperar el usuario con respecto al ejercicio de una actividad no sólo

pública , sino de servicio público, pues sólo en esa medida se podrá tener una cabal comprensión de la relación que vincula al usuario con la concesionaria.

Dicha actividad, en el caso de la concesión, se encuentra llevada a cabo por privados, y su desarrollo en todo caso estará siempre sujeto a la fiscalización del Ministerio de Obras Públicas, el que, a través de la figura del inspector fiscal, contemplado en el artículo 38 del DFL MOP N° 164, podrá controlar el desarrollo de la concesión, cuyo incumplimiento podrá traer aparejadas las sanciones contempladas en el artículo 32 del mismo cuerpo legal.

De esa forma la finalidad de esta Memoria es analizar los principales temas sobre los cuales se sustenta el contrato de concesión, dividiéndola en cinco capítulos; el primero de los cuales está destinado a explicar las bases de una relación de Derecho Público o Privado y las implicancias que ello tiene, ahondando en las relaciones de Derecho Público cuando se vinculan a la ejecución de actividades de Servicio Público, así como el rol y responsabilidades de quienes las ejercen.

El segundo capítulo, tiene por objeto dilucidar el verdadero contenido del contrato de concesión de Obras Públicas, como parte de lo que conocemos como contratos administrativos, tratando de establecer cuál es su objeto y finalidad; así como, también, el carácter de servicio público que le ha sido atribuido por la legislación relativa a este tipo de concesiones.

Los capítulos tres y cuatro, pretenden ser un análisis de las implicancias que conlleva la suscripción de un contrato de concesión, ya sea entre el Estado y la empresa concesionaria, como entre aquella parte que está desempeñando la actividad y quienes la utilizan, siendo éstos los usuarios, mirado, también bajo la óptica del derecho nacional.

Asimismo, se pretende encuadrar esta clase de relación jurídica en alguno de los tipos de relaciones jurídicas que existen, tratando de tomar para ello las principales características que emergen de esta analogía, recogiendo también parte de las posturas que han adoptado los Tribunales de Justicia, que la han declarado como una relación de consumo, como una relación de Derecho Público o como una relación específicamente tributaria, en la medida en que lo pagaría el usuario por hacer uso de la concesión, sería una tasa.

Es a raíz de esta multiplicidad de encuadres que se le ha dado a este tipo de relación, que se analizarán los principales conflictos suscitados y las problemáticas a las que se han visto expuestos quienes desempeñan esta actividad, ya sea por hechos propios, como la negligencia en el cierre de propiedades aledañas que impidan el acceso de animales a los caminos en concesión, o bien por hechos de terceros, como el lanzamiento de elementos contundentes. Así, este capítulo tiene como objetivo dar pautas para la prevención de este tipo de sucesos.

Finalmente se pretende realizar un análisis de la actividad concesionaria del Estado en países como Colombia y España para obtener respuestas y pautas de acción que nos otorguen diversas visiones y propuestas para el desarrollo de la actividad concesionaria de nuestro país, que tenga características óptimas, que nos permitan seguir siendo uno de los países pioneros en este tipo de contratos.

1. CAPÍTULO I: Marco en que se desarrolla la actividad estatal.

1.1. Ámbito de acción de la contratación estatal.

Hablar de un contrato de concesión o de un contrato del Estado, es algo muy común en la actualidad, por lo que resulta cada vez más relevante aclarar todos aquellos aspectos que se relacionan con la forma en que el Estado desempeña su actividad, lo que incluye determinar el derecho aplicable, como, también, aquellos principios que le dan fuerza y sustento a su actuar.

En sus orígenes, el Estado se presentaba como una entidad de gran poder frente a otras instituciones, súbditos o ciudadanos, haciéndose presente no sólo en la vida de las personas a través de la prestación de servicios, sino también regulando y en algunos casos afectando (o gravando) la forma en que las personas se relacionaban entre sí a través de la dictación de leyes, reglamentos u ordenanzas que comenzaban a regular áreas que anteriormente sólo eran sistematizadas de acuerdo a la voluntad de las partes.

Cabe, en este sentido, señalar que tanto el Estado, como las personas, han buscado relacionarse unos con otros; y que cuando estas relaciones son reguladas por el derecho, nos encontramos frente a una relación jurídica.

1.2. Concepto de Relación Jurídica.

Como señalamos anteriormente, en la vida social el hombre ha tratado de establecer relaciones con otros, resguardándose frente a ciertas situaciones que puedan retardar, entorpecer o generar el incumplimiento de aquellos acuerdos pactados.

El derecho se ocupa de las relaciones interpersonales. Por eso, aunque en el derecho moderno tiende a ocupar un lugar preponderante el derecho subjetivo (potestad para obrar en satisfacción de los propios intereses), el concepto más elemental de todo ordenamiento es la relación jurídica¹.

La relación jurídica, además de ser un concepto doctrinario, atiende precisamente a que el sustrato esencial del derecho no es el individuo aislado, sino que es éste en su situación relacional con otras personas.

Si bien es cierto que en el marco del derecho existen hechos naturales y jurídicos; para el objeto de esta memoria, cobra relevancia este último concepto, entendiéndolo como acontecimientos del hombre o la naturaleza que producen efectos jurídicos², creándose entonces entre las partes una relación jurídica.

¹ BANFI DEL RÍO, Cristián; Universidad de Chile, Facultad de Derecho; Materiales del curso de Derecho Civil I; Primer semestre de 2004, P.1

² VIAL DEL RÍO, Víctor; "Teoría General del Acto Jurídico"; Quinta Edición actualizada; Chile; Editorial Jurídica de Chile; 2002; P.13.

La relación jurídica, pasa a ser aquella que se da entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder- derecho en que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber- obligación de otro³.

En toda relación jurídica es posible encontrar un sujeto activo, quien detenta la titularidad del derecho; y un sujeto pasivo, el cual carga con el deber de conducta u obligación para con el otro sujeto.

Estas relaciones que se generan pueden ser contempladas dentro del Derecho Público o privado, según la calidad de las partes involucradas y los intereses en juego; como también pueden comprenderse en el ámbito contractual o extracontractual según el vínculo que una a las partes, clasificaciones que serán analizadas a continuación.

1.2.1. Tipos de Relaciones Jurídicas: Relaciones de Derecho Público y Privado.

En el mundo del derecho, las relaciones jurídicas que se derivan de pactos u obligaciones correlativas que se dan entre los actores, se clasifican en aquellas relaciones jurídicas de Derecho Público y las de Derecho Privado.

³ DROMI, Roberto; "Derecho Administrativo", Octava Edición, año 2000; Argentina; Editorial Ciudad Argentina; P. 107.

Mucho se ha dicho respecto a que la actividad del Estado se encuadra en lo que conocemos como Derecho Público, mientras que aquellas que se establecen entre particulares corresponderían al Derecho Privado.

La dificultad de establecer los límites de esta distinción y el gran desconocimiento que existe respecto del Derecho Público, de acuerdo a Soto Kloss, tienen asiento en las precariedades de la enseñanza del Derecho Público y en el gran enfoque que se pone en el Estado, dejándose de lado a la persona⁴.

De cualquier modo, la citada distinción de áreas del derecho, resulta común pero no por ello poco conflictiva, pues ¿cómo podemos distinguir tajantemente qué es Derecho Público y qué es Privado?, ¿Es excluyente la participación en uno u otro campo del derecho?

Para Ducci, nuestro pensamiento jurídico parte de tal división, donde, en general se considera como perteneciente al Derecho Público las normas que regulan la organización del Estado y sus relaciones con otros Estados, como también, aquellas que se relacionan con la constitución, organización y determinación de los fines de los demás entes públicos⁵. Distingue además el autor, esta rama del

⁴ SOTO KLOSS, Eduardo; "Derecho Administrativo: Bases Fundamentales"; Chile; Editorial Jurídica de Chile; 1996; Tomo I; P. 32.

⁵ DUCCI, Carlos; "Derecho Civil, Parte General"; Chile; Editorial Jurídica de Chile, 2007; P. 11.

derecho con la del denominado Derecho Privado, señalando que éste se refiere a la persona, su organización familiar y actividad patrimonial⁶.

Alessandri sostiene esta distinción como parte del Derecho Nacional, donde el Derecho Público reglamenta las relaciones de los particulares con el poder público y lo organiza, mientras el Derecho Privado rige las relaciones entre los particulares entre sí y con las personas públicas en cuanto sean susceptibles de tener simples relaciones de interés privado⁷.

Son ramas del Derecho Público aquellas relacionadas con el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Penal; por otro lado, se entienden parte del Derecho Privado el Derecho Civil, Derecho Privado Procesal, y Derecho Comercial, entre otros.

Actualmente, autores como Ribera señalan que son relaciones jurídicas de Derecho Público, aquellas que regulan al Estado, sus organismos, autoridades, etcétera, y en las que existe una facultad para realizar aquello expresamente permitido, primando en este sentido el principio de legalidad, existiendo una presunción negativa sobre ellas⁸. Son, en cambio, relaciones jurídicas de

⁶ Ídem.

⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; "Derecho Civil Primer Año" Título Preliminar de las Personas, Versiones taquigráficas de la Cátedra de Derecho Civil; Santiago de Chile; Librería Zamorano y Caperán; 1933; P. 10.

⁸ Presunción negativa o en contra, en el sentido que inicialmente no pueden desarrollar cualquier tipo de actividad, donde no existe una libertad plena como lo que ocurre en el caso de las relaciones jurídicas de Derecho Privado.

Derecho Privado aquellas que regulan a las personas, con una presunción en su favor, primando el principio de autonomía de la voluntad⁹.

Cabe señalar entonces, que existe una clara distinción, a lo menos doctrinal, entre la relación jurídica pública (o administrativa) y la privada. La primera supone siempre, como uno de los sujetos de la relación al Estado o a un ente público, ya sea estatal o una organización o servicio de carácter gubernamental, en el ejercicio de sus funciones administrativas; mientras que la otra parte puede ser un particular, persona física o jurídica, u otro ente público estatal o gubernamental. En cambio en la relación jurídico – privada, no es necesaria la participación de entes públicos, y su presupuesto descansa en la “*capacidad*”, mientras que en la administrativa, al menos en uno de los sujetos es la “*competencia*”¹⁰, recayendo éstas sobre personas naturales o jurídicas interactuando en un plano de igualdad de condiciones.

Si bien podemos entender la relación jurídica de Derecho Privado como un vínculo entre personas privadas, ello no impide que el poder público participe en la creación y control de la observancia de reglas aplicables a las relaciones privadas.

⁹ RIBERA NEUMAN, Teodoro; Apuntes de clase de Derecho Constitucional; Universidad de Chile, Facultad de Derecho; Primer Semestre 2006.

¹⁰ DROMI, Roberto; Op. Cit. P.107

Significa, más bien, que en la relación jurídica ninguno de los sujetos actúa como portador de una autoridad pública respecto de los otros¹¹.

En suma, la doctrina tradicional señala como elementos esenciales para lograr distinguir cuándo nos encontramos frente a una relación de Derecho Público o Privado, los siguientes:

- Interés que protegen; mientras el Derecho Público se aboca al interés colectivo, el Derecho Privado lo hace al interés individual o personal.
- Carácter de las normas; en atención si éstas son renunciables o irrenunciables; en este ámbito no se debe confundir normas de orden público con las de Derecho Público, ya que, del mismo modo, existen normas irrenunciables en el Derecho Privado, como por ejemplo aquellas de carácter organizativo.
- Cualidad del sujeto; este elemento tiene la falencia de olvidar que el Estado puede actuar también en la esfera del Derecho Privado, cuando se despoja de su poder de imperio.

Frente a la debilidad que plantean estos elementos para lograr establecer una diferenciación sustancial en estas áreas, y para los objetos de esta Memoria,

¹¹ BANFI DEL RÍO, Cristián. Op. Cit. P. 3

serán elementos distintivos y significativos para realizar la separación de las aguas entre Derecho Público y privado, los siguientes:

- Situación en que se encuentran los actores; en el sentido de que éstos pueden presentarse actuando en un plano de igualdad o, al contrario, en un esquema de subordinación, entendiéndose por ello no necesariamente una actitud de mando y dirección, sino que de supervigilancia en el desempeño de la actividad, manteniendo un poder de fiscalizador frente al co-contratante.
- Ius variandi, en que alguna de las partes se encuentra “sometida” a la posibilidad de alterarse las situaciones originarias de contratación o relación en beneficio de un determinado grupo o comunidad.
- Fin perseguido; es innegable señalar que el interés del Estado es particularmente la satisfacción de intereses colectivos, pero de intereses que se satisfacen de forma igualitaria o de equivalencia, sin preferencia de unos frente a otros, como podría suceder en el Derecho Privado.

¿Puede, sin embargo, el Estado participar en la vida jurídica tanto en el ámbito del Derecho Público como en el privado? La doctrina tanto nacional como extranjera ha entendido que sí. El Estado puede actuar, ya sea revestido de poder y autoridad, en cuyo caso nos encontraremos frente a la aplicación de

Derecho Público; o bien, despojado de estas características, actuando en un plano de igualdad con los privados, aplicándosele el Derecho Privado.

Resulta incuestionable que el Estado al convenir un arriendo de oficinas para ejercer en dicho establecimiento funciones administrativas, no lo hace en virtud de su poder de imperio, sino buscando satisfacer una necesidad particular y propia. En tal caso el Estado actúa dentro del marco del Derecho Privado.

A mayor abundamiento, bien puede entenderse como parte integrante del Derecho Público la aplicación de principios característicos de Derecho Privado como la buena fe o la responsabilidad, sin que ello signifique que la entidad estatal sea ajena a la finalidad que caracteriza tal contratación, esto es, el logro de los cometidos del Estado¹².

Con todo, y de acuerdo a Villar Palasí, la autonomía de la voluntad, no alcanza a regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del Derecho Público, en razón al interés colectivo que los fundamenta¹³.

¿Qué se puede decir en este punto entonces respecto de la relación que nace entre el Estado y la concesionaria? En el marco de esta memoria, y de acuerdo a lo que más adelante se dirá en relación al contrato de concesión, se puede

¹² EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS; "La configuración del contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español"; Colombia; Universidad Externado de Colombia; 2003; P.305.

¹³ VILLAR PALASÍ, José Luis; "Lecciones sobre contratación administrativa", Segunda cátedra de Derecho Administrativo; España; Universidad de Madrid; 1999; P. 48.

entender que el vínculo que emerge entre el Estado y el concesionario se encuentra empapado de Derecho Público, pues se ha contraído con miras a un interés social y general al que está llamado a cumplir el Estado con la realización de los contratos públicos¹⁴. Se volverá sobre este punto más adelante.

1.2.2. Relaciones jurídicas y derechos subjetivos.

Como se dijo anteriormente, los derechos subjetivos emanan como consecuencia de la potestad para satisfacer los propios intereses. Sin embargo, las relaciones jurídicas tanto en su ámbito público como privado, pueden dar lugar a uno o más derechos subjetivos.

Mientras el derecho subjetivo en una relación de Derecho Público encuentra amparo por medio de un reconocimiento constitucional y legal, el derecho subjetivo privado se muestra mediante la declaración por la ley, de una acción civil o pretensión que puede hacerse valer por medio de un tribunal.

El derecho subjetivo es concebido como instrumento técnico para garantizar esferas de libertad y autodeterminación a las personas, el núcleo de su definición jurídica resulta ser la atribución al titular de un poder de actuación

¹⁴ EXPÓSITO VÉLEZ; Juan Carlos; Op. Cit. P. 307.

cautelado por el derecho. El derecho subjetivo comprende un “poder hacer” y un “poder excluir” del goce de los bienes sobre los que recae¹⁵.

En el marco de los derechos subjetivos públicos, Amunátegui señala que los derechos individuales se consagran en las constituciones para garantizarlos, para limitar la acción del legislador y para regularlos; para este autor, el principal objetivo de consagrar los derechos constitucionales es el de garantizarlos, distinguiendo entre la garantía que es propia de la acción de los órganos que tienen funciones judiciales (garantizados por las acciones de amparo e inaplicabilidad), de la garantía que surge de la fiscalización, que es propia de la democracia en el control de los diversos órganos estatales¹⁶.

Los derechos subjetivos privados, se expresan, como se señaló inicialmente, en el reconocimiento por la ley de una acción civil o pretensión que se puede hacer valer por medio de un tribunal, si ello fuere necesario. Esta pretensión, que el derecho reconoce al titular del derecho subjetivo infringido puede tener por objeto que sea restituido en el derecho, o bien tener un objeto diferente como la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios provocados.

El derecho subjetivo es la forma como el derecho concibe la autonomía que éste reconoce a las personas para desarrollar su vida y su actividad del modo más

¹⁵ BANFI DEL RÍO, Cristián. Op. Cit. Pp.9 y ss.

¹⁶ AMUNÁTEGUI, Gabriel; “Principios Generales del Derecho Constitucional”;Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1953; Pp. 303- 328.

libre que resulte compatible con la libertad de los demás y con los intereses colectivos o difusos de la sociedad¹⁷ .

Independientemente de la esfera en que nos encontremos actuando, ya sea público o privado, existe un correlato de protección de intereses para aquéllos que actúan en dichas esferas. Es esto lo que entenderemos como derechos subjetivos.

1.2.3. Relaciones Contractuales y Extracontractuales.

Resulta hasta ahora claro, el hecho de que el Estado al relacionarse con privados en el marco de una concesión lo hace por medio de la figura de los contratos (sin ir más lejos, lo señala la propia ley de concesiones en su artículo¹⁰, al disponer la forma en que se regirá la concesión).

Para López Santa María, el concepto tradicional de contrato reposa en un acuerdo de voluntades de las partes, siendo esta voluntad medida y fuente de las obligaciones que se contraen¹⁸. De acuerdo al mismo autor, la formación del contrato viene dominada por dos ideas: el consensualismo (o acuerdo de voluntades) y la libertad contractual.

¹⁷ BANFI DEL RÍO, Cristián; Op. Cit; P. 8.

¹⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; "Los Contratos Parte General"; Chile; Editorial Jurídica de Chile;1986 ; P. 3.

Es el Código Civil el que establece en el artículo 1438 qué se entiende por contrato o convención: *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa .Cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Sostiene López Santa María, que de esta definición se critica el confundir la noción de contrato con la de convención, dado que convención es todo acto jurídico que crea modifica o extingue relaciones jurídicas, mientras que contrato es aquella especie de convención que crea relaciones jurídicas, así, todo contrato es convención pero no a la inversa¹⁹.

De este modo, el contrato viene de una u otra manera, a facilitar las relaciones económicas entre las personas, optimizando la circulación de la riqueza, el intercambio de bienes e, innegablemente, aportando una noción de certeza jurídica.

Así las cosas, y de acuerdo a lo dicho hasta este punto, parece evidente que la situación y forma en que el Estado se vincula con los concesionarios se enmarca en el Derecho Público y que, en materia de concesiones de obras públicas, tal relación emana de un vínculo contractual.

¹⁹ Ibídem. P. 4.

Sin embargo, el Estado no sólo participa en la vida social bajo el marco de un contrato, sino que también alejado de éste. En tal caso se hablará de relaciones extracontractuales.

Se entiende como vínculo extracontractual aquel hecho que produce daño y que da lugar a responsabilidad, que a diferencia de la responsabilidad contractual, no surge como resultado de una obligación principal, cuyo incumplimiento da lugar a una obligación indemnizatoria derivada²⁰, sino de un hecho dañoso.

Habiéndose ya definido ambos tipos de relaciones jurídicas, resta un tema por solucionar, a saber: ¿qué sucede con el vínculo naciente entre usuarios y concesionarios?, ¿es dable referirnos a un vínculo contractual?

A primera vista, y por tratarse de un vínculo entre privados, parece aplicárseles la idea del contrato o convención. Sin embargo, se profundizará sobre este punto en el capítulo III.

²⁰ BARROS BOURIE, Enrique; "Tratado de responsabilidad extracontractual"; Chile; Editorial Jurídica de Chile; 2005; P. 19.

1.2.4 Contratación estatal, ¿ejercicio de autoridad o generadora de vínculos convencionales?

Existe poca claridad sobre si el Estado, al contratar se despoja de su autoridad, estableciendo un vínculo de igualdad, o bien, si el poder que ejerce el Estado, siempre se encuentra presente y puede “salir a la luz” en cualquier momento de la relación que se generó con el privado.

Sin embargo, ¿qué podemos entender por autoridad? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala como algunas de sus acepciones:

1. Poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho.
2. Potestad, facultad, legitimidad.

Las definiciones al respecto no suelen ser del todo satisfactorias para la comprensión del concepto en estudio. Es por ello que para objeto de esta memoria, se entenderá que existe un vínculo de autoridad cuando existe entre dos partes relacionadas, ya sea por una situación de hecho o contractual, un desequilibrio posicional en los roles, en virtud del cual una de estas, por determinadas condiciones (en algunos casos ajenas a su voluntad), ejerce superioridad sobre la otra vinculado principalmente al hecho de tener bajo su mando o control aspectos vitales para el desenvolvimiento de la actividad o servicio.

Con esta definición, se podrá entender, entonces, que la autoridad es un poder que se ejerce no sólo por parte del Estado, sino también en situaciones tan comunes y cotidianas como las relaciones laborales o parentales en el derecho de familia.

Es prudente hacer una salvedad, y es que hablar de autoridad, no implica ejercer ésta arbitrariamente en desmedro de las otras partes que participan en el vínculo.

Es por ello que la legislación y los principios que dan sustento a nuestra normativa tienden a establecer resguardos para aquella parte que no se encuentra revestida de autoridad y que no tiene las herramientas necesarias para relacionarse en un plano de equilibrio.

Vinculado entonces a la noción de autoridad, que suele señalarse casi unívocamente como un poder esencialmente ejercido por la Administración, emerge también el principio de legalidad y discrecionalidad.

Como se señaló anteriormente, el ejercicio de la autoridad que ostenta una parte del contrato o de una relación, no implica que ésta se despliegue en menoscabo o detrimento de la otra parte.

La discrecionalidad, si bien habilita al administrador para ejercitar en su actividad una mayor flexibilidad de juicio, no puede llevar a olvidar que aquello constituye un poder jurídico, de modo tal que su invocación no puede dar jamás lugar al ejercicio en prescindencia de la norma²¹. En ningún caso puede en virtud de este principio hacerse abstracción de la ley.

En ese sentido, es común que sea el derecho el que señale limitaciones del ejercicio de la autoridad. Así ocurre, por ejemplo, en materia de contratación administrativa, cuando se sostiene que el contrato de concesión de obra pública sólo podrá ser modificado por razones de interés público (la cual en todo caso es fácil de demostrar por parte del Estado); o cuando se consagra una indemnización correspondiente al concesionario en caso de afectarse la concesión.

Respecto a este mismo aspecto, es necesario señalar que no obstante que en una relación jurídica de Derecho Privado participen personas jurídicas de Derecho Público, ello no altera la naturaleza (privada) del vínculo, pues el ente público no puede invocar una prerrogativa especial frente a las otras personas que participan de ella. En las relaciones jurídicas de Derecho Privado participan sujetos que pueden tener diferentes conocimientos, destrezas o fortunas, pero que carecen de potestad para normar el comportamiento de los demás²².

²¹ SILVA CIMMA, Enrique; "Derecho Administrativo chileno y comparado: Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado solidario"; Chile; Ed. Jurídica de Chile, 1996; P. 27.

²² BANFI DEL RÍO, Cristián; Op. Cit, P. 3.

En el ámbito de las concesiones, que es el eje central de esta memoria, se aprecia, sin embargo, una situación difusa, ya que en esta clase de contratos se presentan dos partes; una (el Estado) que se entiende como revestido de autoridad; y la otra, el privado, que actúa como empresa.

Parece claro que el Estado al contratar con el concesionario, mantiene su status de poder (ya sea, en cuanto a regulación, revisión, funciones de policía, etc.) pero, ¿qué ocurre con el concesionario?

Aparentemente, es éste quien se encuentra en una posición de inferioridad de poder, en la que no existe plena libertad de acción y decisión. Es en este sentido que el concesionario, al efectuar la contratación con el Estado asciende en responsabilidades (asume responsabilidad no sólo frente al Estado, sino también una responsabilidad social), pero no necesariamente en poder, tal y como se verá más adelante.

De este modo, la empresa contratante realiza actividades en lugar del Estado, pero sin serlo (no posee las mismas facultades que tiene el Estado en el desempeño de la actividad), manteniendo un vínculo de subordinación, principalmente en atención al derecho-deber de vigilancia por parte de la Administración, que implica un derecho del Estado por sobre el concesionario. Cabe, también, señalar que aún cuando se plantea habitualmente la relación Estado- concesionario en un plano de igualdad; lo que sin duda es aplicable en

el sistema concesionario chileno, existe la posibilidad de que se alteren las condiciones en que se desarrolla la actividad concesionaria, siempre sujetas a un ámbito de legalidad. Es en este punto donde creemos que existe una vinculación con rasgos de autoridad en dicha relación.

Es por ello, y haciendo referencia al principio de igualdad, es que nuestra propia Constitución prescribe en su artículo 1º que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, consagrando explícitamente en su inciso final “el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

De acuerdo a las aseveraciones planteadas anteriormente, resulta complejo lograr distinguir en qué plano se encuentra el concesionario cuando contrae obligaciones con un particular (privado), principalmente porque se carece de nociones sobre las potestades que se transfieren o transmiten de parte del Estado a la empresa concesionaria. Este punto será dilucidado en el tercer capítulo de este trabajo.

Para lograr realizar las posteriores distinciones entre una relación regida por la autoridad y aquélla que se desenvuelve de forma convencional, resulta necesario establecer aspectos que pueden ser definitorios al momento de determinar la concesión como parte integrante del Derecho Público, y a la vez revestida de autoridad:

- En las relaciones de Derecho Público, mucho se suele hablar de poder (por ser un derecho aplicable a la actividad del Estado), el cual no sólo se proyecta en la actividad o función de gobierno, sino también en el área de control de la actividad.
- La autoridad a la que hacemos mención, se extiende también al co-contratante, ya que en atención al poder que ejerce el Estado, puede implicar incluso que se modifiquen las cláusulas del contrato en atención , por ejemplo, a necesidades de orden público (como se señaló anteriormente), lo cual se diferencia ampliamente de los contratos que se vinculan al Derecho Privado, donde rige la autonomía de la voluntad, con lo cual cada cláusula del contrato se encuentra sujeta a discusión por las partes, creando una situación convencional.
- En este mismo sentido se habla de una relación de autoridad, ya más disminuida, para con los usuarios del servicio, los cuales contraen obligaciones correlativas con el concesionario (ya sea de forma directa o indirecta), las que, incluso, pueden ser perseguidas judicialmente.

Pareciera que la noción de autoridad, se encuentra ya clara, por lo menos en cuanto a lo necesario para lograr posteriormente comprender los vínculos que se generan durante la explotación de la obra concesionada.

El paso siguiente es responder esta serie de interrogantes: ¿Cuándo es factible hablar de relaciones convencionales?; ¿Dónde podemos encontrar estas relaciones? Y, finalmente ¿Puede el Estado entablar relaciones de este carácter?

En la cotidianeidad, las personas entablamos relaciones convencionales, es decir, relaciones que se basan y se sustentan en pactos o acuerdos, no sólo sin necesidad de escrituración, sino, también, que se desarrollan en un plano de conmutatividad entre las partes. Es en estos casos cuando se suele hablar de relaciones convencionales.

Así las cosas, la convencionalidad de una relación o vínculo viene dada no sólo por el número de voluntades que concurren en la suscripción del contrato, ya que en la gran mayoría de las relaciones concurren las voluntades de ambas partes.

La tesis coherente con la autonomía de la voluntad (como forma de surgimiento del contrato) es la consensualista²³.

En el marco de las concesiones, parece evidente que concurre la voluntad del concesionario y la del usuario que “decide” utilizar las vías concesionadas. Sin embargo creemos que la convencionalidad en este ámbito se vincula, también,

²³ BANFI DEL RÍO, Cristián; “Los Contratos en General”; Universidad de Chile, Facultad de Derecho; Apuntes docentes 2001; P.29.

con la necesidad propia de “negociar” o discutir tanto el contenido del mismo como las cláusulas y responsabilidades que éste genera, como asimismo el conocimiento y sometimiento a disposiciones conocidas, las cuales se mantienen inalterables para las partes.

Al utilizar las autopistas concesionadas existe una voluntad positiva, lo que no necesariamente implica un conocimiento cabal de las implicancias de este acuerdo, principalmente por parte del usuario, lo que genera el establecimiento de una consensualidad, pero sin duda, morigerada por el desconocimiento íntegro de la obligación contraída.

Es en este plano de pseudo consensualidad o consensualidad incompleta, donde se hace pertinente la distinción entre contratos de adhesión y aquellos que son de libre discusión.

Se entiende por contratos libremente discutidos aquéllos en que las partes establecen su contenido en una base de igualdad y libertad, analizando sus intereses contrapuestos y definiendo sus cláusulas. Son, en cambio, contratos de adhesión o por adhesión los establecidos por una de las partes, mientras que la otra sólo puede decidir si lo toma o lo deja. La característica fundamental del contrato por adhesión es el desequilibrio en el poder negociador de las partes²⁴.

²⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA; Jorge; Op. Cit. Pp.7 y ss.

Vinculando esto con la convencionalidad, podemos señalar que sin duda, en el tipo de contrato que se configura como resultado de la utilización de autopistas concesionadas, resulta claramente menoscabada o disminuida la idea de consensualidad, en la medida en que se trata de contratos por adhesión.

Volviendo a la actividad que desarrolla el Estado, ésta se ejerce administrativamente, tratando de abarcar la mayor cantidad de aspectos de la vida social y de los individuos partícipes de la misma, reconociéndose actividades de policía, de servicio público, de fomento, regulatoria, empresarial y planificadora.

A continuación, se desarrollarán aquellas que parecen ser las más relevantes en materia de contratación administrativa y, con ello también, en materia de concesiones.

1.2.5. Relaciones Jurídicas creadas por el Estado.

El Estado, a diferencia de lo que se planteaba años atrás por parte de la doctrina, puede actuar en el mundo del derecho a través de relaciones que fluctúan entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Mientras en algunas áreas el Estado sigue actuando revestido de su autoridad, limitada por principios de legalidad (como en el área de los servicios públicos)

existen otras esferas en las que éste contrata como un privado más, por ejemplo frente al arrendamiento de inmuebles o la prestación de cierta clase de servicios.

Resulta natural, que sean algunas áreas de la actividad estatal las que revistan esta característica, principalmente en atención al beneficio colectivo que ellas generan²⁵, por lo que el Estado orientará su labor a la regulación de los particulares que desempeñarán ésta, no obstante existir casos en que será la propia Administración quien la despliegue.

Así, y en principio, para determinar el derecho aplicable a una relación dada, habrá que analizar en qué ámbito se enmarca dicha relación: público o privado. Sin embargo, resulta pertinente destacar que independiente de la labor y el tipo de derecho que se le aplique, sobre el Estado recaen principios que trascienden cualquier tipo de relación, donde aspectos como la probidad y el correcto uso de los recursos públicos, siempre estará presente.

En el área que se vincule más directamente con intereses colectivos, será más probable la aplicación de un Derecho Público, pues con la aplicación de éste, el Estado conservará atribuciones que buscarán resguardar pero, también, fiscalizar cómo y bajo qué condiciones se está desarrollando la actividad; asimismo puede y debe revocar los derechos conferidos cuando éstos no se estén prestando bajo los esquemas acordados.

²⁵ SILVA CIMMA, Enrique; Op. Cit. ; P.45.

1.3. Nociones básicas de la actividad del Estado.

Para que el Estado pueda desempeñar actividades, ya sean económicas, políticas o sociales, es necesario que éste actúe en función del principio de legalidad, que lo haga siempre dentro de la esfera de su competencia y con autorización legal expresa.

Para poder comprender la forma en que el Estado puede actuar en la vida social, se analizarán los aspectos y principios que lo regulan.

1.3.1. Actividad económica y las relaciones entre el Estado y los particulares a la luz de la Constitución de 1980.

Nuestra Carta Fundamental, desde el punto de vista económico y empresarial, entendida como resultado de una serie de acontecimientos políticos y sociales; ha reconocido a lo largo de su evolución, como principio básico, el desarrollo de la libertad económica y la libre iniciativa de los particulares en este ámbito.

Es por ello que es la propia Constitución la que consagra en su artículo 19 N° 21:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo, de quórum calificado”

De estas normas se desprende el hecho de que la actividad económica y empresarial del Estado se vincula con el principio de subsidiariedad, señalándonos o explicando cuándo y bajo qué condiciones el Estado debe desarrollar actividades económicas o empresariales, las cuales están sujetas a casos de excepcionalidad, generalmente relacionados con la inactividad o imposibilidad de la sociedad y sus grupos intermedios de servirse a sí mismos, siendo necesario que las prestaciones se efectúen por el Estado, preferentemente por los órganos o entes administrativos primeramente locales, para continuar ascendiendo a un plano superior de jerarquía.

En este sentido, la actuación del Estado en el plano económico se ha vinculado con la idea de que éste puede actuar bajo los siguientes parámetros:

- a) El Estado sólo puede actuar o participar en actividades económicas y empresariales previo mandato legal expreso (ley de quórum calificado).
- b) La actividad que desarrolle el Estado debe sujetarse al derecho común.
- c) El Estado podría desarrollar actividades económicas y empresariales sin sujetarse al derecho común, si es que una ley de quórum calificado así lo prescribe.
- d) El Estado debe actuar en materias económicas y empresariales de manera proporcionada y prudente, de forma tal de no ahogar la participación de los privados en estas mismas actividades.²⁶

El Estado chileno, a lo largo de su historia constitucional ha atravesado por numerosas etapas en materia económica, partiendo desde una actividad empresarial directa, como sucedió en materia de Ferrocarriles y Estanco en la década de 1810; continuando con la privatización de empresas del Estado desde la década de 1970, siendo, tal vez, el punto de partida, lo ocurrido con la nacionalización del cobre; llegando, finalmente a periodos recientes de nuestra historia, con empresas dedicadas al servicio público como Endesa en materia

²⁶ MORAGA KLENNER, Claudio; Apuntes de clase cátedra de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, Facultad de Derecho; Segundo semestre de 2006.

eléctrica y Aguas Andinas, que reemplazó al Estado en materia de servicios sanitarios, todas ellas en la década del 90.

Es de esta forma que el Estado comienza a desvincularse lentamente de una de sus actividades administrativas más propias de su ejercicio: el servicio público.

1.3.2. Actividad Competitiva del Estado.

Para que el Estado y los privados ejerciten el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución, no sólo es menester que cumplan con las disposiciones en ella dispuestas, sino que también, el ejercicio de tal actividad debe ser desarrollado en un plano de relativa igualdad entre los actores del sistema; es esto lo que se llama actividad competitiva del Estado y, al respecto, mucho se ha discutido en atención a la forma en que éste puede desempeñar tal actividad: ¿Puede el Estado ser partícipe de una actividad en un plano de equidad?, ¿Puede el aparato estatal despojarse de su autoridad para interactuar con otros en un esquema de libre determinación de cláusulas contractuales? o, más aún, ¿Podría el Estado una vez celebrado un contrato, no “echar mano” a subterfugios para beneficiarse o beneficiar a la comunidad, aún generando un menoscabo en la otra parte contratante?

Con el fin de evitar muchas de estas situaciones es que el Poder Legislativo de nuestro país, ha buscado resguardar a quienes contratan con la Administración,

pero fundamentalmente crear, desde el punto de vista económico, ambientes de libre competencia entre los actores del medio.

En este sentido, la libertad de contratación es una libertad reconocida en los mercados competitivos, operando bajo principios comerciales, sólo sujetas a aquellos límites o restricciones generales aplicables por igual a todas las empresas del mercado²⁷.

Para comprender lo que debemos entender por actividad competitiva del Estado, resulta necesario realizar una distinción entre aquellas actividades que, por su naturaleza, se desarrollan en un plano de competitividad, y aquellas sujetas a un régimen jurídico no competitivo.

1.3.2.a. Actividades competitivas.

Por regla general, actividad competitiva o competencia en atención a la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es en sus diversas acepciones, es:

- a)** Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.
- b)** Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; "Principios de Derecho Público Económico", España; Fundación de Estudios para la Regulación; 2001; P. 576

- c) Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.
- d) Persona o grupo rival.
- e) Competición deportiva.

En el área de la contratación, frente a la oferta de múltiples interesados, como ocurre en materia de contrataciones públicas, parece ser una suma de estas definiciones las que entran en juego, pues no podemos poner en duda el hecho que la competencia lleva ínsito un aspecto de rivalidad, donde dos o más actores del mercado tienen por objeto lograr un mismo resultado, o bien ofreciendo un determinado bien o servicio en condiciones, más o menos, similares.

La competitividad de las actividades está basada principalmente en la libertad de entrada al mercado, donde desde una esfera reservada inicialmente de forma única y exclusiva al Estado, comienza un proceso de apertura a la iniciativa privada, es decir, se genera una mayor variedad en cuanto a la oferta de los servicios requeridos; no obstante esta "*libertad de entrada*", el eventual operador ha de cumplir con una serie de requisitos respecto a condiciones técnicas, profesionales, económicas, entre otras, fijadas previamente por la autoridad, generándose en los privados (aquellos que detentan la concesión), el incentivo de obtener dividendos económicos por un determinado periodo de tiempo, los cuales serán retribuidos directamente por el Estado, o bien, de forma directa por los usuarios del servicio.

Otro aspecto relevante, a la hora de analizar un mercado competitivo, se vincula con las facilidades esenciales para desarrollar la actividad, tema que se desarrollará más en extenso en párrafos posteriores, pero que implica una facilidad en el acceso a la prestación del servicio, reconocida a todos los operadores, en la medida que sean éstas requeridas para lograr desarrollar la prestación del mismo.

Mucho se ha discutido el hecho que estas instalaciones tienen las características de lo que llamamos monopolio natural, en los que, a grandes rasgos, es sólo una empresa la que puede producir la actividad al menor costo, sin perjuicio de lo cual debe reconocerse el acceso a otros operadores para que la actividad genere una competencia real.

Finalmente, y tal vez uno de los aspectos más relevantes en materia de competencia, radica en la opción que tienen los usuarios de los servicios prestados para decidir con quién contratar; es lo que se conoce como *libre contratación*.

Aun cuando éste sea un tema bastante discutible, principalmente en atención al verdadero poder o derecho de opción que tienen los usuarios para contratar o abstenerse de hacerlo con el prestador del servicio, sobretodo en materia de servicios públicos, pero también en materia de aguas o electricidad, donde las

empresas tienen una delimitación territorial y sectorial para la prestación del servicio. Este trabajo pretende perfilar algunas líneas sobre el tema.

1.3.2.b. Actividades no competitivas.

A diferencia de lo que ocurre en las actividades competitivas, vistas anteriormente, las actividades no competitivas se desarrollan en un ámbito donde el proceso de la actividad no puede tender o simplemente no tiende a un plano de competitividad o de “rivalidad” entre dos o más actores o prestadores del servicio, ya sea por las características propias de la actividad que impiden el desarrollo por dos o más actores, o bien porque no se presentan más partes interesadas en prestar dicho servicio.

En algunos casos las actividades se desarrollan en un plano de no competencia, por vincularse directamente con actividades propias y esenciales de la actividad del Estado, actividades en las que el Estado ofrece un nivel mínimo de prestación a todas las personas; quedando a salvo el derecho de aquellos que, teniendo los recursos para hacerlo, puedan optar a una prestación mejor, generalmente desarrollado por privados. En estos casos no existiría una competencia, sino más bien una opción. Ocurre ello, por ejemplo, en el caso de las prestaciones de salud o de transporte públicos.

Para autores como Gaspar Ariño Ortiz, ejemplos o tipos de actividades no competitivas son los “servicios universales”, o aquellos que afectan sólo a una etapa de la cadena económica del negocio, como lo que ocurre en materia de gestión y desarrollo de infraestructuras²⁸, o bien lo que ocurre respecto a las prestaciones de servicio universal. Parece pertinente dedicar algunas palabras a ambas situaciones.

Instalación y Gestión de Infraestructuras.

Relacionaremos la instalación y gestión de infraestructuras con principios básicos no sólo del derecho, sino también de la economía y la propia actividad estatal.

Cuando hablamos de instalación y gestión de infraestructuras, se crea mentalmente la idea, por un lado, de grandes inversiones pero por otro, de recursos no sólo limitados sino que, también, que deben utilizarse de forma óptima y eficaz.

Para poder desarrollar y aplicar estos conceptos, resulta impensable que si dos empresas han decidido prestar un servicio, como por ejemplo de gas o electricidad, en un determinado sector, la empresa que ingresa al mercado de

²⁸ *Ibíd.* P. 577.

forma posterior, realice nuevamente una instalación de postes o de cañerías; ¿sería esto un aprovechamiento óptimo de los recursos?

En este ámbito, el concepto guarda relación con la necesidad de redes e infraestructuras esenciales, entendiéndose por estas los implementos, bienes o materiales ya utilizados por otros (generalmente, realizadas por los primeros que accedieron al sistema), que son requeridos como vitales para poder desarrollar también la actividad; y cuya nueva construcción o implementación sólo generaría mayores costes, o bien, mayor ineficiencia.

En otras palabras, lo que se genera es un uso común entre los actores del mercado, de manera tal que todos los operadores o interesados en acceder a ello, deben tener la posibilidad de hacerlo. De acuerdo a Gaspar Ariño Ortiz, un ejemplo que resulta claro es el uso de estaciones y vías en materia de ferrocarriles; en telecomunicaciones las redes y cables, sólo por mencionar algunos. Sin embargo, sólo en algunos casos resulta fácil realizar la separación entre infraestructura y el servicio propiamente tal.

Cabe tener en cuenta, entonces, que lo que se ha buscado en este caso es imponer un estatuto regulado de redes e infraestructuras que no hagan otra cosa que garantizar el uso de todos en igualdad de condiciones, lo cual se ha dado principalmente en materia de telecomunicaciones; aunque la red en una determinada tecnología, tenga elementos de monopolio natural, no siempre será necesario un régimen de *“esencial facilities”*, ya que en el actual proceso de

convergencia y digitalización será posible la competencia entre redes que, utilizando diferentes tecnologías, pueden suministrar los mismos servicios²⁹.

Prestaciones de servicio universal.

Éstas, pueden ser entendidas como el ejemplo anterior que señalamos en atención a los servicios de salud o de transporte, de carácter públicos.

Dentro de las prestaciones de servicios, que han de desarrollarse en un régimen de carácter competitivo, existen aquellas prestaciones en que los privados manifiestan un interés de prestación, ya sea por sus utilidades económicas o de otra índole, frente a otras actividades que no tienen la misma demanda de prestación por parte de privados.

Estas últimas son entendidas, de acuerdo a Gaspar Ariño Ortiz como aquellas modalidades a las que el mercado, por sí sólo, no daría respuesta, y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho³⁰, son éstas principalmente vinculadas a ámbitos de salud o transporte.

²⁹ *Ibidem.* P. 582

³⁰ *Ídem.*

Frente a este panorama resulta inviable la existencia de un clima de competencia, ya que en este sentido, no habría una oferta, no existirían otros interesados en prestar el servicio más que el Estado, que tiene, como se señaló en apartados anteriores, una labor social para con sus ciudadanos³¹.

Pero, ¿Qué tipo de actividades no presentarían ofertas?, ¿Por qué los privados no buscan acceder a la prestación de esta clase de actividades?

En el caso de la primera pregunta, parece ser relevante a la hora de incentivar a los privados para desarrollar estas actividades, entendidas en la mayoría de los casos como propias del Estado, otorgar a éstos algún beneficio de índole económica. En segundo término, en el caso de estas prestaciones no se generaría oferta, principalmente, porque el costo de las actividades o prestaciones no alcanzarían a cubrir el precio que se podría pagar por éstas.

Son éstas las actividades que se pueden calificar más claramente como actividades de servicio público, pues tienen una carga social muy fuerte. Son ejemplos de ello las prestaciones vinculadas principalmente a necesidades básicas de la población, como ocurrió inicialmente con el agua potable (señalada en puntos anteriores como actividad inicialmente desarrollada por el Estado), o actualmente con la prestación de ciertas líneas de transporte urbano e interurbano, junto con las subvenciones estatales empleadas por parte del Estado para mantener un bajo nivel de tarifas de éstos.

³¹ Ídem. P. 585.

Existe también la posibilidad cierta de que éstas logren configurarse también como un negocio, estableciendo ventajas o beneficios para los particulares que de una u otra forma los incentiven a participar en la actividad.

De esta forma, y para evitar entonces, que sea únicamente el Estado el titular para ejercer y desempeñar tal actividad, es que últimamente se ha abogado por la necesidad de generar una nueva noción de servicio público, donde en esta clase de situaciones, los privados sí puedan tener acceso a la prestación de esta clase de servicios.

Para ello se ha señalado, como notas características necesarias para la realización en un ambiente de competencia y libre mercado:

- La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél; como lo que ocurrió en nuestra legislación en materia energética, donde al Poder Ejecutivo, mediante la dictación de la Ley N° 20.220 del año 2007, se le atribuyó la noción de servicio público a la actividad de transmisión de electricidad, con el objeto de resguardar la

seguridad del suministro a los clientes regulados y la suficiencia de los sistemas eléctricos³².

- El abandono por parte del Estado del concepto de reserva; dejando de lado su titularidad sobre la actividad en favor de particulares, donde la concesión emerge como transferencia de una actividad originariamente administrativa, emergiendo en este sentido la idea de actividad reglamentada.
- Sustitución de un régimen cerrado, por uno de apertura en el acceso, regulado por ser servicio público, debiendo en este sentido garantizar ciertas prestaciones mínimas a quienes se beneficien de la actividad³³.

Así las cosas, la universalidad del servicio se conecta con:

- a) La esencialidad de ciertas prestaciones.
- b) Su accesibilidad en todo el territorio nacional.
- c) Su asequibilidad de precio.

³² La Ley N° 20.220 del año 2007, surge como resultado de la incapacidad de las empresas distribuidoras de energía, de prestar el servicio de forma eficiente y evitando abusos para los usuarios. Se agravaron las penas pecuniarias por parte del legislador, quien estableció que ésta área se “asemeja a una actividad de servicio público”.

³³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Op. Cit. Pp. 584 y ss.

Lo que se busca entonces es tratar de ofrecer mejores soluciones a los problemas de la sociedad actual, que las que se han obtenido con el régimen de los servicios monopolizados.³⁴

Parece medular, en este concepto de actividad no competitiva, que desde la nueva óptica del Derecho Público, resulta poco relevante para la calificación de una actividad como servicio público, que ésta se desarrolle o no en un plano de competitividad.

Para ello bastaría el hecho de que ésta recaiga sobre una actividad de necesidades públicas y de prestación del servicio bajo condiciones mínimas (establecidas por la autoridad pública), tal como lo dice López Muñoz, “obtiene el bien común con la menor restricción posible de la libertad, y bajo imperativos de proporcionalidad, sin necesidad de convertir al poder público en protagonista único o exclusivo de múltiples actividades económicas de gran importancia social en la actualidad”³⁵.

³⁴ *Ibidem*. P. 591

³⁵ J.L MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, “La regulación económica en España”, *En*: Jornadas Internacionales sobre el derecho de la post- privatización en Argentina: septiembre de 1993; Universidad Austral de Buenos Aires, P. 67.

1.4. Actividad de Servicio Público.

El servicio público es una actividad directamente vinculada a la política estatal. Es por ello, que el artículo 28 de nuestra Ley General de Bases para la Administración del Estado, señala:

“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios (...)”

El Servicio Público ha sido señalado como la actividad más propia y característica de la actividad estatal, entendiéndose ésta como una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de manera continua y regular, prestada directamente por el Estado y en la actualidad, desempeñada también por privados.

Para lograr dimensionar lo que significa el concepto de servicio público y su estrecha relación con la actividad estatal, se debe definir etimológicamente el concepto. Es por ello que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, servicio es entendido como la organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada, o bien como una Prestación humana que satisface

alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales, entre otras múltiples acepciones.

Este servicio se entiende, entonces, prestado de manera incesante y regular, sometándose a un régimen jurídico especial, de modo que la generación de perjuicios en el desarrollo de ésta actividad, se puede comprometer a su vez, la responsabilidad por parte del Estado.

Suele, en este sentido, citarse un texto de J.J Rouseau, en el cual la expresión *service public* aparece como referida a todas aquellas materias que constituyen asuntos colectivos de los ciudadanos³⁶, siendo ésta una noción político- social más que jurídico. En la expresión de García de Enterría, el servicio público es el “giro y tráfico propio de la administración”³⁷.

En este sentido, se pueden señalar como aspectos relevantes de la noción de servicio público:

- a) Se trata de una actividad estatal, asumida en su titularidad por el Estado.

³⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Op. Cit; P. 489.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Civitas; 1984; P.112.

- b) Se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos.
- c) Es una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social.
- d) Es una actividad que no supone el ejercicio de poderes soberanos³⁸; el cual sí se ejerce en actividades de dirección, supervigilancia y normatividad que ejerce el Estado en otros ámbitos.

Mucho se ha discutido, principalmente en la doctrina española, sobre la necesidad de ampliar o restringir el concepto de servicio público, principalmente por la tendencia social de incluir en este concepto actividades de carácter meramente económico, que ninguna relación tienen con la satisfacción de necesidades ciudadanas y que, a su vez, no tienen relación con el ejercicio de actividades soberanas, sino que es una posibilidad que se le ofrece al particular, como lo que ocurre en el caso de el “*derecho a opción*” en la utilización o no de ferrocarriles, o del transporte público, etc.

Sin embargo, se presentan como nociones distintivas del concepto del servicio público (en el caso del Derecho Español), cinco aspectos o notas diferenciales, siendo éstas:

³⁸ *Ibídem.* P. 499.

- a) La exclusividad o monopolio de hecho, donde algunas actividades pueden ser desarrolladas por privados mediante una simple autorización y no necesariamente una concesión.
- b) La regularidad y continuidad de la prestación, dado que la falta de habitualidad o interrupción en el servicio público puede generar una crisis del sistema o la actividad.
- c) Tiene, además, el administrado, en el servicio público un derecho abstracto y la posibilidad de exigir la prestación judicialmente.
- d) Es, también característico de la noción de servicio público el ejercicio de potestad y protección y prestación de Derecho Público.
- e) Poder de *imperium*, basado principalmente en la especial protección que debe darse en atención a la naturaleza de la actividad³⁹.

No obstante esta caracterización otorgada por Ariño Ortiz, y gran parte de la doctrina española, la noción de servicio público varía en atención a las necesidades de una comunidad, sector o población, por lo que debemos contrastarla con lo que la doctrina nacional señala al respecto.

³⁹ *Ibidem.* ;Pp.502-503.

En este sentido autores, como Silva Cimma, se han referido al servicio público desde dos enfoques disímiles. Uno de ellos es el concepto de servicio público desde un punto de vista doctrinario; entendiendo por servicio público a los órganos componentes de la administración pública, destinados a satisfacer aquellas necesidades que revisten el carácter de públicas⁴⁰.

Por otra parte, la profesora Gladys Camacho, ha definido el concepto de servicio público, en atención a las nuevas perspectivas de la actividad estatal, como: *“Actividad de prestación que la administración pública legalmente asume, pero que puede gestionarla directa o indirectamente por persona interpuesta a fin de satisfacer necesidades públicas, conforme a un régimen especial, exclusiva o predominantemente de derecho público cuando es gestionado por sí, o por un régimen que va precedido por la imposición de ciertos deberes o cargas de servicio público, aún cuando se rija por el derecho privado.”*⁴¹

De la definición se desprenden características propias del servicio público, como por ejemplo, el ser una forma de actividad administrativa, consistente en la realización de prestaciones a favor de los particulares, que se manifiestan en forma diversa; en atención al factor subjetivo de la titularidad del servicio público, el ordenamiento ha de reconocer que corresponde a la Administración su realización, aunque no necesariamente debe hacerlo por sí; en el aspecto

⁴⁰ SILVA CIMMA; Enrique; Op. Cit. P. 48.

⁴¹ CAMACHO CEPEDA, Gladys; “La actividad administrativa de servicio público”, En : PANTOJA BAUZÁ, Rolando; “Derecho Administrativo Chileno”; México, Editorial Porrúa México; 2007; P. 462.

objetivo se caracteriza por tener la finalidad de atender a la satisfacción de interés público; finalmente, en consideración al factor jurídico formal, la noción de servicio público se caracteriza por la existencia de un conjunto de normas especiales que lo regulan, normas de derecho público que tienen por objeto asegurar el funcionamiento del servicio de manera regular y continua, en condiciones de calidad y acceso garantizados⁴²

La noción jurisprudencial de servicio público, el segundo enfoque, se vincula a un ámbito de carácter doctrinario, sólo en el momento en que se adopta el concepto legal para adaptarlo y expandirlo a actividades que se orienten al interés superior de la comunidad⁴³. De este modo, la Corte Suprema agrega como elementos fundamentales característicos del servicio público aspectos como el estar regido a un régimen especial y el financiamiento con fondos fiscales⁴⁴, lo cual de una u otra forma se contrapone al desempeño que pueden realizar los privados de dicha actividad.

Silva Cimma, señala como características definitorias del concepto de servicio público la continuidad, regularidad, uniformidad, obligatoriedad y permanencia, todos ellos aspectos que analizaremos posteriormente.

⁴² *Ibíd.*; P. 453 y sgtes.

⁴³ SILVA CIMMA, Enrique; *Op. Cit.*; P. 51.

⁴⁴ En la sentencia de 12 de junio de 1911, la citada Corte expresó que el establecimiento público tenía el carácter de tal por el sólo hecho de costearse con fondos del fisco; citado En: PANTOJA BAUZÁ; R; "La organización administrativa", Santiago; Editorial Jurídica de Chile; P. 99.

Se ha señalado a su vez, en el caso de la doctrina española, que existiría una clase de servicios públicos, denominados virtuales e impropios, siendo éstos los que entrañan una noción de especial interés público, en los cuales el Estado opta por mantener o conservar poderes de control e intervención. Ejemplos de ello, serían las autorizaciones o licencias de farmacias, de servicio de taxi, centros privados de educación, instituciones bancarias, entre otras⁴⁵, que se relacionan de forma directa con la supervigilancia que ejerce sobre éstas la administración, fundamentalmente a través de las superintendencias creadas en estas áreas.

Características de estas actividades es que son desarrolladas en el marco de una autorización y no de una concesión.

El servicio público es, entonces, una técnica de gestión que no ha tenido un tratamiento uniforme, de manera que el servicio debe adaptar su regulación a la naturaleza y características del sector que se trate, como lo señala Gaspar Ariño Ortiz.

Asimismo, el autor señala que una vez declarado servicio público un determinado sector o actividad, queda abierto tal campo de actuación a los particulares solamente previa concesión, mediante la cual éstos se convierten

⁴⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Op. Cit. P. 511.

en gestores de una actividad originaria y primariamente pública, donde la titularidad sobre la misma sigue conservándola la Administración⁴⁶.

El señalamiento de determinada actividad como servicio público, de acuerdo a Duguit, se relaciona no únicamente con el interés colectivo, sino también con una creación gubernamental, donde resulta indispensable la intencionalidad de éste⁴⁷.

De acuerdo al mismo autor, y a diferencia de lo que podemos observar en nuestra realidad nacional (donde existe gran respeto a la figura del concesionario y al marco legal en el cual se desarrolla la concesión), en el Derecho Español, todo sector declarado servicio público se convierte en un campo deslegalizado en cuanto tal. La administración goza en él de unos poderes de intervención, de ordenación o sanción, más allá de lo que permite la Constitución para el resto de la economía⁴⁸.

Discrepamos de esta afirmación puesto que en nuestro país, si bien el Estado puede en casos muy excepcionales privar al concesionario de la actividad, ello requiere no sólo la concurrencia de ciertos requisitos, sino que dicha facultad se ejercite en un marco de legalidad.

⁴⁶ Op. Cit. P. 526.

⁴⁷ DUGUIT, León; "Traité de Droit Constitutionnel"; París ; 10ª Edición; Tomo II; 1923; Pp. 61 y ss.

⁴⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Op. Cit.; P. 535.

La mayoría de las personas tendería a señalar que es la “*incertidumbre*” en cuanto al respeto de los parámetros, derechos y obligaciones establecidos en la concesión, lo que genera mayores inconvenientes entonces a la hora de contratar el Estado esta clase de servicios, pues dejan, de cierta forma, desprovisas a las empresas que optaron por desempeñar tal actividad, frente a la posibilidad que el Estado pueda hacer más gravosa su actividad, o apartarla de ella, volviendo la titularidad a éste una vez realizadas las inversiones, lo que conlleva inseguridad jurídica.

Es esta eventual falta de certeza la que debería ser subsanada por parte del propio Estado, concibiendo organizaciones e instituciones autónomas que generen seguridad jurídica en este ámbito, todo lo cual, debe ser una garantía al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que si éstos llegan a producirse, le sean aseguradas al afectado la debida protección y reparación⁴⁹ .

Por eso, en materia de inversión extranjera en materia de concesiones, el conocimiento de la historia política de un país, junto con el manejo de las crisis y el respeto a las leyes son aspectos de vital importancia para los futuros concesionarios.

⁴⁹ MADARIAGA, Mónica; Universidad de Chile; Facultad de Derecho; Apuntes de clase; 1987.

En referencia a lo señalado anteriormente, nuestro sistema nacional en materia de concesiones fue pionero en este aspecto, pues buscó resguardar los intereses de los privados, conjuntamente con los estatales y ciudadanos.

Si bien es cierto, existen disposiciones que buscan resguardar a los privados frente a eventuales vulneraciones por parte de la Administración, estas infracciones, en la práctica, no se han llevado a cabo, pues frente a las dificultades que se han generado durante la ejecución de las disposiciones, y en virtud de nuestra estabilidad tanto política como legal y constitucional es que no sólo proyectamos credibilidad para inversionistas extranjeros, sino que también se resguarda la legalidad de las políticas vinculadas para con ellos.

En suma, y considerando las definiciones antes mencionadas, podemos señalar como características de los servicios públicos en nuestro país, las siguientes:

- a) **Continuidad**; entendida como la imposibilidad de interrumpir el servicio, cuya infracción generaría graves daños en la colectividad.
- b) **Regularidad**; Sujeción del servicio a reglas y principios que rigen su actuar.
- c) **Uniformidad**; Implica el otorgar el servicio al mismo precio para todo aquel que se encuentre en la misma categoría, una

igualdad de acceso al servicio para todos aquellos que se encuentren en una misma condición.

d) **Obligatoriedad**; Imposibilidad de negarse el servicio a unos y otorgársele discrecionalmente a otros.

e) **Permanencia**; El servicio subsiste mientras se mantienen las circunstancias que lo hicieron necesario para la colectividad.

Al hablar de contratos entre la administración y los privados, estamos hablando de servicios públicos concedidos, en los que, generalmente se transfiere la ejecución de las prestaciones del Estado, o aún sin operar una concesión sino simples permisos, deben éstos sujetarse a su normativa.

Es en virtud de la legislación, que el Estado ejerce su supremacía, lo que implica que la autoridad, en el marco de sus poderes de administración, puede modificar o alterar el régimen jurídico del concesionario en la mayoría de los servicios públicos de nuestro país⁵⁰, en atención a las necesidades generales y con miras al interés colectivo y general.

⁵⁰ Dicha modificación o alteración puede llevarse a cabo, por ejemplo en materia eléctrica mediante la dictación de leyes que complementen o mejoren una determinada situación en beneficio de la comunidad, como lo que ocurrió en el caso de la inminente quiebra de Gas Atacama.

La modificación o alteración del marco inicial en que se desarrollará la actividad tiene como fin principal el orientarse al bienestar social de la comunidad.

Es por ello que surgen las correspondientes superintendencias que evitan que se generen abusos entre los actores del mercado.

Frente a la pregunta ¿Pueden cederse o concederse los servicios públicos?, la respuesta parece ser afirmativa, pues la consecuente prestación positiva del servicio, en cuanto sea indispensable para la vida social es necesaria; y dado que el ordenamiento jurídico no lo prohíbe, puede ser delegado, por medio de los mecanismos establecidos para ello (concesiones, autorizaciones, permisos) en organismos públicos u otros, en virtud de las disposiciones y limitaciones establecidas en los artículos 7 y 63 de nuestra Constitución Política⁵¹.

Respecto a si en materia de autopistas nos encontramos frente a un servicio público, ésta es la idea que se buscó plasmar en el Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, al señalarse enfáticamente en su artículo 61 que la obra entregada en concesión es un servicio público.

Además, y en atención a las características que ha de tener una determinada actividad, para calificarse como servicio público, podemos decir que comparte

⁵¹ El artículo 7 de la Constitución, en su inciso 2 señala: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. El artículo 63, del mismo cuerpo legal señala en su numeral 10) que son materias de ley: "Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión."

tales cualidades, por tratarse de una actividad orientada al público, es decir con una finalidad esencialmente social, desarrollada en un plano de uniformidad, obligatoriedad, permanencia y regularidad. De esta forma el Reglamento, señala también la obligación de prestar el servicio sin discriminaciones, y a una prestación ininterrumpida, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

1.4.1. El servicio público concedido.

Como se mencionó brevemente en el acápite anterior, el servicio público si bien es una actividad de la Administración destinada a prestar determinados servicios a la colectividad, en el último tiempo éste ha sido susceptible de prestarse a través de particulares.

Para Alberto Ruiz Ojeda, la concesión constituye un otorgamiento de poderes públicos a sujetos privados, donde el concesionario actúa como agente o delegado de la administración⁵². Es la concesión el método que actúa como la técnica de gestión más propia del Estado.

La concesión, su buen funcionamiento, y eventual éxito, radican no sólo en la elección de un buen “*delegado*”, sino también en el logro de un sistema de equilibrios en cada una de las etapas de la concesión, pero también en las responsabilidades que se generen como resultado de éstos.

⁵² RUIZ OJEDA, Alberto; “La Concesión de Obra Pública” ; España; Ed. Thompson Civitas; 2006; P. 156.

El autor citado anteriormente señala, a su vez, que dentro de la tradición doctrinaria francesa se identifica la concesión de obra pública con una forma de gestión instrumental, de delegación de facultades de la Administración en el concesionario, que hace por aquélla lo que le corresponde de forma originaria, lo cual genera una desigualdad posicional típica de nuestro Derecho Público, concretada en la peculiar relación existente entre el principal (la Administración) y su vicario o agente (el concesionario)⁵³.

Silva Cimma señala, en alusión al servicio público concedido, que éste es un servicio prestado por particulares, cuyo patrimonio está sujeto a las normas de derecho común, sus empleados son particulares, y cuya concesión no cambia su naturaleza jurídica, que sigue siendo pública⁵⁴.

Entendemos que al conceder el Estado un servicio público, se genera una pseudo prolongación de la actividad estatal. Sin embargo, producto de la concesión, la actividad es ejercida por el privado como titular de la misma.

Es esta situación la que genera los principales inconvenientes, fundamentalmente en el ámbito de la persecución de responsabilidades dentro del marco de la concesión, lo que se verá más detalladamente en el capítulo II.

⁵³ *Ibíd*em P. 158

⁵⁴ SILVA CIMMA, Enrique; *Op. Cit.* P. 124.

La gestión de un servicio público concedido exige ciertas atribuciones, es decir, las necesarias para realizar el servicio, pero las que se refieren a la determinación del servicio y al contratador “no se delegan”, pues son atribuciones propias y exclusivas del poder concedente⁵⁵. Es por ello que se señala que la concesión debe ser determinada en cuanto al ente a quien se delega la actividad, y de interpretación restrictiva.

Frente al servicio público concedido, la Administración mantiene una serie de facultades que ayudan a que la actividad que ejerce el delegado, sea realizado dentro de ciertos cánones mínimos, facultades que veremos a continuación.

1.4.2. Actividad regulatoria.

La regulación es y ha sido entendida siempre como una de las facultades más características de la actividad estatal. Sin embargo, ¿qué podemos entender por regulación?

⁵⁵SARMIENTO G., Jorge, En: BIELSA; “Concesión de Servicios Públicos”, Argentina; Editorial Ciudad Argentina, 199; P. 140.

Desde el Derecho Público, la regulación representa la materialización de la cobertura normativa previa de cualquier actividad pública de intervención bajo cualquier modalidad (título, forma o técnica de intervención)⁵⁶.

Stigler señala que la regulación o regulación económica puede definirse como todo lo que abarca el conjunto completo de las relaciones público- privadas e incluye: 1. Toda intervención pública en los mercados de los recursos (uso de la tierra, instituciones de movilización de capital y trabajo); 2. Todas las actividades de recolección de fondos del gobierno (exceptuando posiblemente la impresión y emisión de dinero), y todos aquellos desembolsos que no toman la forma de compra en mercados abiertos; y 3. Toda intervención política en la producción, venta o compra de bienes y servicios.⁵⁷

Siempre vinculado a la idea de delegación en particulares de un servicio público, cabe destacar que es el Estado quien conserva una actividad no sólo regulatoria, en el sentido de establecer una serie de disposiciones que regulen y rijan el actuar de la entidad privada que se encuentre desarrollando este servicio, sino, también, conserva poderes internos de dirección, vigilancia y control del servicio sobre la forma en que se está llevando a cabo esta prestación, pues es bajo su titularidad que ésta se está desarrollando.

⁵⁶ VILLAR EZCURRA, José Luis, "Derecho Administrativo Especial Administración Pública y Actividad de los Particulares"; España; Primera edición; Editorial Civitas; 1999.

⁵⁷ VALLADARES PÉREZ, Alex; "Elementos conceptuales de regulación administrativa económica, unas notas breves", en alusión al texto de George Stigler "Studies in Public Regulation"; Chile; Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Volumen 70; 2008; P.416.

De esta forma, el concesionario tiene una notoria “*subordinación*” respecto de la Administración: es ésta quien puede variar las condiciones de la contratación e, incluso, dar por terminada la concesión, caso en que el único derecho que puede tener el concesionario es el de la correspondiente indemnización.

Asimismo, la relevancia que tiene el ejercicio y desempeño de una actividad catalogada como servicio público implica por parte del concesionario una supervigilancia de la misma, en la que éste debe respetar las características propias de la actividad como lo son la regularidad y continuidad del servicio, ya que de no prestarse ésta bajo los presupuestos ya señalados, puede generarse la caducidad de la concesión, como lo que efectivamente ocurre en nuestra Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En materia de concesiones, tanto el Estado como el concesionario tienen ciertas garantías, que los resguardan ya sea frente a la posibilidad de haber “errado” en la elección del contratante, como así también, frente a la posibilidad de variación de la legislación o regulación aplicada a la actividad en el caso del concesionario.

Para ello, distinguiremos los poderes que posee el Estado y la contrapartida de derechos que tiene el concesionario para evitar el ejercicio desmedido de éstos:

Poderes del Estado

- a) **Sustitución del concesionario**, en el evento de que éste no cumpla con las obligaciones contraídas.
- b) **Poder de reglamentación**, en el sentido de establecer el marco en el cual se desarrollará y cómo se desarrollará la concesión.
- c) **Caducidad de la concesión**, como otra sanción (al igual que la sustitución) en el caso de no dar cumplimiento a las obligaciones que de ella emanan.

Derechos del Concesionario

- a) **Equilibrio financiero**, no estableciendo cargas excesivas sobre el concesionario; atribuyendo cargas tanto para la Administración como para éste, dentro de un plano más o menos proporcional.
- b) **Indemnización**, si llegase a producirse un menoscabo patrimonial en el concesionario, éste puede solicitar la correspondiente indemnización, la que procedería incluso en casos en que el Estado desee que la titularidad del servicio retorne a éste.

En materia de regulación vinculada a los servicios públicos, son dos las posibilidades que se han ido generando. La primera, vinculada a un servicio clásico, el regulador (Estado) adopta las decisiones, ya sea en materias tan diversas como precio, dirección, inversión, etc. En ella, todas las actividades de carácter empresarial se vinculan a una directa participación del Estado.

Una segunda posibilidad de actuación regulatoria se vincula a sistemas ingleses, de carácter abierto, en los que la actividad que se busca regular no es en relación al control absoluto del sistema, sino más bien a que sea el propio mercado el que se vaya adaptando y adecuando, teniendo la regulación como fin último y primordial que se respeten los derechos de los usuarios, principalmente en relación a la calidad, seguridad y precios de los mismos.

En esta situación, en vez de que el Estado sea el titular de una actividad particular, éste ha preferido concentrar su atención en la definición de un marco conductual general o especial para los actores o agentes privados que actúen en aquélla, en quienes ha delegado precisamente el deber de prestar servicios o bienes de interés público. Así se asegura que la desaparición de la titularidad pública respecto de la gestión sobre una cierta actividad no lleve consigo una desatención de obligaciones de vigilancia o control que exige el interés público envuelto en aquella actividad⁵⁸.

⁵⁸ MORAGA KLENNER, Claudio; "Cuestiones Generales sobre regulación administrativa"; Universidad de Chile, Facultad de Derecho; Apuntes de clases Derecho Administrativo, segundo semestre 2006. P. 4

2. CAPÍTULO II: El hecho administrativo, el acto y el contrato administrativo como posibilidad de delegación de funciones.

2.1 Contexto.

Durante los siglos XIX y XX, la economía adquirió gran relevancia en el ámbito político; la dinámica de la globalización genera un gran cambio en todo lo que a gestión pública se refiere, buscando desarrollar un lenguaje jurídico común, más seguro para la inversión y más claro para todos los actores que participan de éste. Este cambio ideológico es muy sensible en materia contractual, dadas las carencias de la Administración que incitan a estimular la participación del sector privado, lo que genera un cambio no sólo en cuanto a una mayor presencia de capitales privados, sino, también, en cuanto a la forma en que se entiende y concibe tal participación⁵⁹.

El Estado entonces, abre espacios a los particulares, ya no sólo como posibilidad de obtener recursos y poder con ellos desarrollar la finalidad y proyectos públicos que concibe, sino también para externalizar aquellas funciones que se ve imposibilitado de desempeñar debido a la falta de tecnicidad o profesionalismo necesarios (para determinadas tareas).

⁵⁹ BENAVIDES, José Luis ; “El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado” ; Colombia; Editorial Universidad Externado Colombia, Segunda Edición año 2004, P.27

Como resultado de este proceso socioeconómico, el Estado deja de lado su intervencionismo característico (hasta ese entonces), donde el contrato administrativo, como herramienta utilizada para contratar servicios, es un contrato orientado y decidido de manera unilateral, donde bastaba argumentar el “*interés general*” para legitimar y subordinar a los contratantes.

Actualmente, ello se ha visto notablemente disminuido, ya que el contratista emerge como un necesario colaborador de la Administración, generándose un reequilibrio en los contratos, protegiendo los intereses económicos del concesionario, centrando la contratación en ejes como la equidad y la eficacia.

a) *El hecho administrativo.*

El hecho administrativo, de acuerdo a Dromi, es “toda actividad material, traducida en operaciones o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.”⁶⁰

Se trata entonces de un hecho jurídico, productor de consecuencias jurídicas, como resultado del actuar o accionar de la Administración Pública.

⁶⁰ DROMI, Roberto; Op. Cit. P. 227.

La gran diferencia existente entre éste y el acto administrativo es que mientras el primero recae en un hacer material, una actuación física, el acto administrativo incide en una declaración, genera una manifestación decisoria de la voluntad del Estado o ente administrativo.

De acuerdo al autor citado, la diferencia entre el acto y el contrato administrativo resulta innegable, ya que el acto administrativo tiene presunción de legitimidad determinando la obligación del particular de cumplirlo, naciendo a la vez plazos para impugnarlo, donde una vez transcurridos éstos opera la caducidad .No ocurre lo mismo con el hecho administrativo, al carecer de normas que le otorguen presunción de legitimidad⁶¹.

El hecho administrativo, en cambio, no impone deberes a quienes detenten la posición de administrados, lo que no obsta que quienes se vean afectados por éste, inicien las acciones conducentes para subsanar el daño, mediante mecanismos administrativos, o judiciales.

b) El acto administrativo.

El acto administrativo, es una particular especie de acto jurídico. Por ello, se ha señalado que éste es “todo acto jurídico dictado por la administración y sometida

⁶¹ *Ibíd.* P. 228.

al Derecho Administrativo”⁶², se ha destacado que éste es también una declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitido en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstos⁶³.

Nuestra Ley de Bases para la Administración, establece en su artículo 3, que:

“El acto administrativo es una decisión formal que emite un órgano de la Administración del Estado, en el que se contienen declaraciones de voluntad, de dictamen o de juicio, constancia o conocimiento, y que se realiza en el ejercicio de una potestad pública o dentro de la competencia que le ha atribuido la CPR o la ley respectivamente.”

Para Dromi, el acto administrativo no es sino una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual- no material- que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales⁶⁴.

Podemos señalar entonces como elementos de los actos administrativos:

⁶² GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo, España, Ed. Civitas, 1999, tomo I, P. 533.

⁶³ SILVA CIMMA, Enrique; Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes; Santiago; Editorial Jurídica, 1995; P. 26. (2)

⁶⁴ DROMI, Roberto; Op. Cit. P. 234.

- 1) Declaración de voluntad
- 2) Declaración que emana de un órgano público integrante de la Administración del Estado
- 3) Declaración de voluntad orgánica que debe manifestarse en la forma prescrita por la Constitución y la ley.

El acto administrativo, además, se encuentra revestido de las propiedades más esenciales, las que se encuentran de manifiesto desde el momento de entrada en vigencia del acto administrativo, estas características son:

- 1) Presunción de legalidad
- 2) Poder de Imperio
- 3) Exigibilidad

El acto administrativo es una de las múltiples formas en que el Estado puede actuar en la vida pública, ya sea delegando funciones, como también declarando situaciones o bien relacionándose con otros órganos de la Administración. Sin embargo y para objeto de la presente memoria, el aspecto más relevante para desenvolverse con otros en un plano más bien económico es el contrato administrativo.

Entonces, no sólo genera efectos en un tercero, sino que emana de la voluntad de un solo sujeto de derecho, el Estado o ente público. Sin embargo, se excluye

del concepto de acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico, siendo éstos de carácter bilateral.

El acto administrativo pasa a ser entonces una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración, tendiente a producir o realizar actos jurídicos⁶⁵, no cabe en ella entonces la voluntad del administrado, salvo se inicie con la solicitud de éste.

Son directos entonces, los efectos que se producen, surgiendo del acto mismo los efectos respecto al administrado, sin necesidad de otros actos posteriores que lo validen, teniendo, asimismo un alcance particular.

c) El contrato administrativo.

En atención a la enorme diversidad y multiplicidad de ámbitos que maneja el Estado por la vía administrativa, la Administración tiene la necesidad de celebrar convenios y contratos que permitan efectuar aquellas acciones que logren la obtención de sus fines.

Para ello, y atendiendo principalmente a un aspecto económico, ya que el Estado no dispone de todos los bienes y recursos necesarios para su obtención, resulta indispensable que se entablen relaciones con particulares.

⁶⁵ DROMI, Roberto. Op. Cit. P. 235.

En este sentido, la Administración (Pública) celebra una serie de contratos, llamados contratos administrativos; siendo los más identificables aquellos de obra pública, suministro, etc. en el campo del Derecho Público, y otros como los de compraventa o arriendo, identificables al Derecho Privado.

El contrato de la administración, ha sido entendido como uno de los elementos más propios que posee la Administración para plasmar cláusulas o normas que se encuentran fuera de los cánones aceptados en la contratación privada, pero, ¿Qué podemos entender por contrato administrativo?.

Los contratos de la Administración, así como cualquier contrato entre privados, reflejan un intercambio de prestaciones patrimoniales bajo un esquema de distribución de riesgos que, usualmente, es recíproco o bilateral.⁶⁶

Respecto a lo que se puede entender como contrato de la administración, es menester señalar que para definirlo, los autores tienden a estipular que es necesario que al menos una de las partes que lo componen, sea una persona de Derecho Público, conteniendo a su vez cláusulas exorbitantes de Derecho Común⁶⁷; una característica al parecer común de los contratos administrativos es que se perfile en ellos con nítidos caracteres, el papel del co-contratante particular como verdadero colaborador de la Administración, a la que se debe

⁶⁶ MORAGA KLENNER, Claudio; "Contratación administrativa Chilena al año 2005", por un escenario transparente de contratación y una adecuada distribución de riesgos. P.11.

⁶⁷ LAUBADAIRE, VENECIA Y GAUDEMET; "Traité de Droit Administratif"; Vol. I; Quinta Edición, París 1970; Pp. 583 y sgtes.

prestar su apoyo, recibiendo, en cambio, el debido sustento⁶⁸, o más bien un lucro o beneficio.

Sin lugar a dudas, el procedimiento de contratación entre un Estado y un privado, y, en general, un procedimiento de contratación de carácter administrativo, comprende variadas etapas que fluctúan desde la elección de la otra parte contratante, como aquellas previas a la reparación pecuniaria de un contrato, siendo fundamental la etapa de establecimiento de las condiciones en las cuales se efectuará la prestación.

No podemos dejar de mencionar el hecho de que el Estado, al igual que cualquier otro contratante (persona natural, jurídica, organismo internacional, etc.) tiene un derecho, legítimo, de obtener condiciones óptimas al momento de contratar, ya sean ellas las más eficientes o económicas, pero sobre todo revestidas de las mayores (y mejores) garantías de seriedad tanto respecto de la labor como de la persona del co- contratante.

a) Elementos Generales.

Los contratos administrativos, al igual que toda clase de contratos estudiados en el marco del Derecho Privado, deben cumplir una serie de elementos que los

⁶⁸ ESCOLA Héctor; "El interés público como fundamento del derecho administrativo"; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1989; Pp. 73 y ss.

revistan de validez y eficacia; entre estos elementos, es factible señalar como esenciales:

- **Existencia de sujetos**, por una parte el particular y por otro el ente de la Administración Pública.

- **Consentimiento**, vale decir, la manifestación (recíproca) del acuerdo de obligarse cada parte a una prestación respecto de la otra u otras.

- **Capacidad**, siendo éste un requisito ineludible para lograr ser tanto sujeto activo como pasivo de relaciones jurídicas. En el ámbito de la Administración, es necesario que ésta, ya sea organismo, ente o autoridad, se encuentre revestido de competencia suficiente para desarrollar el acto.

- **Objeto**; cosa o hecho sobre el cual recae la actividad de servicio público, con los consecuentes derechos y obligaciones que éste importa, en el caso de la concesión de obras públicas, el objeto estaría vinculado al bien que ha de ser explotado.

- **Causa**, teniendo ésta más importancia que en los contratos de Derecho Privado, ya que los contratos administrativos, vienen revestidos de un particular interés, el interés público, es un elemento esencial del contrato, ya que es el propósito de las partes para obligarse recíprocamente.

- **Forma**, en el ámbito del Derecho Público, tiene mayor significancia, ya que son los requisitos de forma, aquellos que tienden a considerarse como los límites impuestos a la actividad, que no podrían ser desvirtuados por parte de la Administración.

- **Régimen Jurídico Especial**, resulta evidente, que el contrato de la administración, además de estar sometido a un régimen de Derecho Público, está también sometido al cuidado y mantenimiento del interés general, lo cual debe ser resguardado.

b) Elementos propios.

El contrato administrativo posee además, elementos que parecen ser propios de éste, entre los cuales podemos señalar.

- **Intransferibilidad**, como elemento esencial de seguridad de la Administración, ya que ésta, durante el proceso previo a la contratación, no hace más que cerciorarse de la idoneidad del co- contratante. Salvo excepciones legales o pactos entre las partes, ésta clase de contratos no se puede transferir.

- **Plazo**, según la naturaleza y atención del negocio acordado, por lo general los plazos en los cuales contrata la Administración suelen ser muy amplios, para

que los privados que realizan la actividad o servicio tengan tiempo suficiente para amortizar la inversión de capitales. En caso de obras de menor infraestructura, los plazos son más breves.

- **Licitación**, como se ha señalado anteriormente, la Administración al momento de contratar debe hacerlo no sólo con quien genere la mejor oferta, sino, y en atención a la relevancia social que tienen los contratos administrativos, éste debe resguardarse que sea realizado con los oferentes más idóneos para la prestación de servicios u obras. La licitación, pasa a ser un mecanismo no sólo de control de gasto sino también e indudablemente de control social

- **Conmutabilidad**, en el sentido de ser esta clase de contratos generadores de provechos y gravámenes que corresponden a las partes, pero éstos son conocidos por las partes, y por ende, se busca que las prestaciones se desarrollen en un plano proporcional, basado en la equidad y justicia de ellas.

- **Sanciones**, entendiendo ésta, como medida de represión, siendo la misma ley la que pacta o establece penas ante el incumplimiento de cláusulas contractuales o de los principios básicos que subyacen en el contrato de concesión.

- **Garantías**, este concepto lleva implícita la noción de responsabilidad, pero por sobre todo la de una obligación para con otro, buscando asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Las garantías por regla general son

aquellas establecidas en las leyes o las que se pactan en el contrato que da origen a la obligación.

c) *Principios.*

Como se podrá desprender de los elementos que se ha mencionado anteriormente, existen principios básicos que subyacen en la contratación administrativa, las cuales son:

- **Moralidad**, entendida como idoneidad de las partes contratantes, pero, también vinculada a la transparencia y probidad en las formas como se desarrollan estas actividades de contratación. Si bien tienen especial relevancia puesto que esta clase de contratos recaen sobre actividades de servicio público o bien destinadas al servicio público, tendemos a creer que este principio es uno de los ejes centrales del derecho, asimilable a la buena fe; principio que se ve, sin lugar a dudas acrecentado por la participación que tiene el Estado en la actividad.

- **Transparencia**, vinculada directamente con el principio anterior, en relación a evitar conductas dudosas entre los actores, siguiendo y respetando la ley y normativa aplicables a cada clase de contrato.

- **Economía**, búsqueda de precios justos y adecuados, con una correcta y eficiente aplicación de los recursos.

- **Libre competencia**, buscando la mayor y mejor concurrencia de oferentes, con pluralidad de participación y competitividad que potencie las ofertas.

- **Trato justo e igualitario**, entendido como una prohibición de existencia de aspectos dañinos a la libre competencia, como lo sería la existencia de privilegios, ventajas, etc.

Se ha desarrollado, hasta este momento, una enumeración de aquellos aspectos que parecen relevantes a la hora de observar la forma como se desenvuelve la Administración, para poder desempeñar su función económica, pero por sobre todo su finalidad social, que como he señalado en reiteradas oportunidades, la reviste de mayores responsabilidades.

Los contratos administrativos son numerosos, en atención a las características y finalidades que puede tener la actividad del Estado, que como consecuencia de la contratación, recaen ahora en un privado.

Entre los diversos contratos que se ejecutan por parte de la administración, los más característicos son el contrato de obra pública, cuyo trabajo se realiza sobre bienes inmuebles con fines principalmente de interés público; otro contrato es el de suministro, celebrado por la Administración con algún particular

para que se le proporcionen bienes o servicios que se requieren para sus tareas; el contrato de consultoría, que busca proveer el mejor consejo calificado respecto un determinado tema; y el contrato de concesión, generado a favor de particulares o empresas para disfrute o aprovechamiento en el dominio público, permitiendo al privado desempeñar tareas sociales que son propias del Estado.

2.2. Clases de contrato administrativo: El contrato de concesión.

Para lograr comprender las relaciones, efectos y consecuencias que se generan en las partes de un contrato de concesión, resulta medular lograr interiorizarse en el mismo.

Ello, a fin de desarrollar con posterioridad y más profundamente los vínculos y responsabilidades que emergen como resultado de éste, en atención a las problemáticas que se generan en este ámbito (ya sean en el contrato mismo de concesión, o a conflictos generados en la etapa de ejecución con los usuarios) y a la búsqueda de reparación por parte de las personas que son eventualmente dañadas o perjudicadas por la actividad otorgada en concesión.

2.2.1. Nociones básicas.

La explotación y ejercicio por parte del Estado de los servicios públicos, se ha desarrollado con diversas figuras jurídicas, pero la más importante, como resultado del desarrollo de la vida urbana es la concesión que, de acuerdo a Dolores Rufián, se trata de un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona, natural o jurídica, privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándoles ciertas ventajas, y en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios⁶⁹.

En relación a la naturaleza jurídica de esta concesión, es la misma Ley de Concesiones que desde su artículo 1, nos señala su naturaleza contractual.

La concesión ha sido destinada principalmente a la provisión de servicios públicos o bienes de la misma naturaleza, todo ello, realizado indirectamente por parte del Estado como principal ejecutor de dichas actividades.

De este modo se concluye que la actividad de proveer estos servicios puede tener dos modalidades, a saber, una directa, realizada por el Estado y los organismos e instituciones dependientes de éste; y también puede realizarse

⁶⁹ RUFÍAN LIZANA, Dolores, "Manual de Concesiones de Obras Públicas"; Chile; Fondo de Cultura Económica, 1999, P.24.

indirectamente, es decir, con la intervención del sector privado a través del sistema de concesiones.

De este sistema surge la discusión jurídica de quién pasa a ser el titular de dicho servicio. Para algunos, pasa a formar parte de la empresa concesionaria, en cambio, para otros, sigue siendo titular el Estado.

Podemos señalar que la concesión como tal, surge de la necesidad de subsanar o evitar problemas técnicos de la explotación de un servicio público, en cuyos casos se veía como necesaria la actividad de una entidad con conocimiento de técnicas empresariales y de gestión económica.

Se desdobra así, por una parte, la titularidad del servicio, que retiene en todo caso el Estado concedente y por la otra, la gestión de un servicio de naturaleza predominantemente económica, el cual se entrega a un concesionario privado, que es por tanto, quien asume los riesgos económicos de la explotación los que subsana con las tarifas que se le autoriza a percibir de los usuarios⁷⁰.

De acuerdo a Pedro Escribano Collado, en tal situación de prestación indirecta del servicio por parte del Estado, sigue éste conservando la facultad de regular dicha actividad, a través del contrato mismo de concesión, o su reglamento, es decir, a juicio del autor, el servicio público implica una actividad cuyas

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.. Op. Cit. P.667.

condiciones de ejercicio, régimen de funcionamiento, organización, entre otras, vienen fijados por la administración titular⁷¹.

Esta relación que opera entre el Estado y el concesionario como ejecutor indirecto, tiene variados fundamentos, por ejemplo, en el artículo 25 del DS MOP N° 900, se señala que: “Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con las otras obras.” Esto implica que el Estado conserva la titularidad sobre los bienes.

Otro aspecto que dice relación con la ejecución indirecta se vincula con la figura del Inspector Fiscal, a quien debe informarse sobre la explotación de la concesión y alteraciones o modificaciones a ésta (Arts. 38 y 39 del Reglamento de Concesiones), asimismo se recalca esta situación en el artículo 19 del DS MOP N° 900, que hace alusión a las modificaciones que puede hacer el Ministerio de Obras Públicas al contrato, del mismo modo, establece el mecanismo que el concesionario debe seguir para solicitar un aumento de las tarifas.

⁷¹ ESCRIBANO COLLADO, Pedro, “El usuario ante los servicios públicos: Precisiones acerca de su situación jurídica”, Revista de Administración Pública; España; 1982, P.115.

Lo anterior implica que el Estado ha dejado permanentemente de proveer el servicio, para recaer ésta prestación en el concesionario, quien asume dicho rol, lo que acarrea importantes consecuencias, que serán debidamente abordadas.

Cabe señalar a su vez que el contrato de concesión de obra pública tiene como característica esencial, no sólo la construcción de la obra, sino la explotación de la misma, incluyendo en este aspecto su mejoramiento, ampliación y por supuesto su conservación.

En tal sentido, la concesión de obra pública sería una suerte de fusión entre el contrato de obra y el de concesión de servicios, en el cual el intermediario financia y realiza la obra, y su remuneración proviene de la explotación de la misma, como producto de éste.

Es en este ámbito donde cobra relevancia la situación del usuario, ya que el producto o remuneración por el desarrollo de la obra viene como derivado del pago que realizan los usuarios por transitar en dichos caminos, carreteras o autopistas; la concesión de la obra se va pagando, progresivamente por los usuarios, pago que se efectúa a la concesionaria, es decir, la empresa privada que ha sido favorecida para explotar un determinado bien o servicio.

Algunas de las ventajas de este contrato de concesión de obras públicas, son:

- a) Incorporación de inversión privada o extranjera, lo cual aminora los gastos estatales necesarios para el desarrollo urbanístico del país.
- b) Mayor tecnicismo en el desarrollo de las obras, realizado por profesionales idóneos, con gran conocimiento de la actividad de construcción o empresarial.
- c) Rol fiscalizador del Estado, debiendo resguardar el correcto funcionamiento y desarrollo de la concesión.
- d) Es el inversionista o concesionario quien asume los riesgos de la construcción y explotación, pero también los dividendos como resultado del uso de la obra concesionada, que en caso de no cumplir expectativas, en algunos casos (y siempre que se haya acordado), se sujetará al sistema de Ingreso Mínimo Garantizado (IMG) como un beneficio para éste. Cobra relevancia en este sentido a previsión de los riesgos de demanda de la obra, es decir, qué tan utilizada será, en cuyo caso, de no ser rentable para el privado, se asume un riesgo compartido entre el Estado y la concesionaria.

2.2.2. Concesión de obras públicas como servicio público.

Resulta imprescindible para el desarrollo de esta memoria, distinguir de otros contratos el contrato de concesión de obras públicas. Ello principalmente en relación con las obligaciones que producto de éste se podrán exigir al concesionario, y cuáles no.

Tal como se advirtió oportunamente, el servicio público puede entenderse de varias formas. En la legislación financiera, es servicio público cualquier actividad que implique gastos públicos; otra acepción se contiene en la legislación general civil, penal, mercantil o procesal donde se relaciona como servicios públicos aquellos de reconocida o inaplazable necesidad⁷².

El servicio público será entendido para efectos de este trabajo como aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o delegación de un servicio técnico indispensable para la vida social⁷³.

En este sentido, pueden señalarse como sus características, el hecho de tratarse de una actividad estatal, con una titularidad asumida por el Estado; además de ser una actividad destinada al público; a la utilidad de los

⁷² ARIÑO ORTIZ, Gaspar; Op. Cit., P. 493.

⁷³ Íbidem P. 503.

ciudadanos. Se trata asimismo de una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social; y trátase a su vez de una actividad cuya gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos⁷⁴.

La mayor dificultad de encuadrar la concesión de una obra pública en la noción de servicio público radica en lograr distinguir una actividad económica de una actividad que revista la característica de servicio público. Es por ello que debe ponerse especial atención en el rol que cumple el Estado en el ejercicio de dicha actividad, y aún cuando suele señalarse que la concesión de obras públicas no forma parte del servicio público, parece ser que en el ámbito de las concesiones, sí lo haría, no obstante que el interés social involucrado le impide quedar al libre arbitrio de los particulares.

Es así como la jurisprudencia española ha señalado en sentencia del 26 de octubre de 1967 que “el servicio público supone una atención a la administración hacia el interés público en beneficio de los administrados, y si bien dicha administración *asume la titularidad de la actividad* en su conjunto, es indudable que en gran número de casos (...), tal titularidad la desplaza a favor de personas individuales o jurídicas, *generalmente* por razones de tipo económico”⁷⁵.

⁷⁴ *Ibidem*. P. 499

⁷⁵ *Ibidem*. P. 523.

En este sentido, para ejercer esta clase de actividad no sólo es necesario un título habilitante, sino que, también, es preciso constatar que, como en toda actividad de servicio público, la Administración conserva, aún cuando la actividad sea concedida, unos poderes internos de dirección, modalización y control sobre la forma de llevar a cabo la prestación, donde el concesionario ejerce funciones delegadas⁷⁶ por parte del Estado, el que debe velar por aquello que resulta ser de la esencia del servicio, que es la continuidad y regularidad de la prestación, la que debe efectuarse (por el concesionario) no sólo en forma responsable, sino también bajo el compromiso de quien desempeña la concesión debe responder, cuando los daños que se produzcan en los usuarios sean resultados del ejercicio de su propia actividad y no a cláusulas (antojadizas) estipuladas por la Administración.

De esta forma, si bien el contrato de concesión es una rama de los contratos administrativos, aquél detenta características que le son propias. Y es que en este contrato, no obstante existir una delegación de funciones, es innegable que el Estado, o más bien la Administración, siguen detentando responsabilidades y facultades en el ejercicio de la actividad.

El contrato de concesión no sólo tiene una fuerte corriente social de mejorar infraestructuras y de algún modo hacer más eficiente la actividad administrativa,

⁷⁶ *Ibíd.* P. 528.

sino, también, detenta una corriente económica de optimización de los recursos públicos mediante el “pseudo- préstamo”⁷⁷ de bienes públicos a privados.

Respecto a la noción pública de la concesión, no parece factible su aplicación extensiva a todas las actividades en que participan los privados, ya que ésta debe mirar la noción social del servicio o del bien entregado en concesión, pues sólo con ello se podría adoptar la postura o idea social sobre el bien, evitando acrecentar responsabilidades en los titulares de de la concesión, extralimitando sus funciones y obligaciones para con quienes utilizan los servicios.

⁷⁷ Entendemos el concepto de pseudo- préstamo en el sentido de que no obstante el Estado conserva una titularidad sobre el bien y éste es explotado por un privado, se sigue manteniendo un vínculo con el Estado. No existe un préstamo por parte de la Administración al privado, sino el otorgamiento de un plazo para obtener las ganancias que compensen la inversión realizada.

3. **CAPÍTULO III: Vínculos que emergen a raíz del Contrato de Concesión.**

En el transcurso de los capítulos 1 y 2, se han analizado los vínculos que surgen como resultado de la contratación por parte del Estado de la prestación de un servicio u obra por agentes externos a la administración estatal.

Dentro del marco del contrato de concesión de obras públicas existen dos clases de vínculos; el primero (de naturaleza más clara y evidente) es el que surge entre el Estado y el concesionario como resultado del acuerdo y firma del correspondiente contrato de concesión. El segundo vínculo, que sin duda existe pero resulta menos evidente, es aquél que emana como resultado de la explotación de la concesión, el cual es el vínculo que surge entre aquel que detenta la concesión y quien la utiliza o se sirve de ella, es decir, el usuario.

A continuación se explicará detalladamente cada una de estas relaciones que se van desarrollando en el marco de la concesión con el fin de determinar los límites y naturaleza jurídica de ambos.

3.1. Relación Estado- Concesionario

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N° 900 o, también, ley de concesiones, “la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales (...), las licitaciones y concesiones que deben otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios o respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley , su reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto”.

El artículo 21, del mismo cuerpo legal, establece a su vez que: “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión (...)”.

De los artículos citados, es posible desprender que la relación entre el Estado y la empresa concesionaria descansa en cuatro pilares fundamentales:

1. Decreto con Fuerza de Ley MOP, N° 850, de 1997.
2. Decreto con Fuerza de Ley N° 900 de 1996.
3. Reglamento N° 956, de 1997.
4. Bases de licitación (contrato de concesión)- Acto de Adjudicación.

Antes de revisar cada una de ellas, en párrafos posteriores, se realizará un análisis de la responsabilidad del Estado en materia de concesiones para así lograr distinguir ámbitos o esferas de deberes que se generan en la Administración, y que por ende le serían exigibles, así como aquéllas que escapan de su esfera de responsabilidades, derivadas principalmente del deber de fiscalización.

El Estado, llamado también Fisco cuando se quiere hacer alusión a su vertiente patrimonial, tiene una carga u obligación que emana de nuestra Carta Fundamental, contemplada en el artículo 1, inciso 4 de la misma, que señala que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De la misma forma, el artículo 19 n° 21 resguarda el derecho a realizar cualquier actividad económica.

Se otorgan así, en la medida que el Estado no pueda dar satisfacción a los intereses sociales, la posibilidad de delegar estas funciones en privados, surgiendo lo que son las bases del contrato de concesión.

En este contrato, parece imposible dejar inactiva la función social del Estado pues tiene un compromiso y una responsabilidad tan grande para con sus ciudadanos que no puede desatender esta obligación emanada de la Constitución para otorgársela a un privado aun cuando este último otorgue los recursos que el primero requiere para la realización de una determinada actividad.

Con esto se quiere señalar que entre el Estado y la concesionaria no sólo existe una relación directa, sino también complementaria, pues este último realiza lo que el primero le encarga, existiendo una suerte de delegación (mandato en el Derecho Privado, de acuerdo al Art. 2116 del Código Civil), de la gestión o actividad.

Aunque pudiera parecer extraño, se estima que a nivel jurisprudencial esta afirmación podría tener sustento, ya que el mandatario (o delegado en las concesiones) responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su encargo y, de acuerdo al artículo 2119 del mismo Código, se señala también que esta responsabilidad recae más estrictamente en el mandatario remunerado, que podría ser perfectamente lo que ocurre en el caso de la concesión, ya que si bien no existe un pago inmediato por la realización del negocio, lo que sí se

produce es el devengamiento de un pago periódico por parte de los usuarios que utilizan las autopistas o caminos, asimilable al pago que debiera realizar el Estado; pago que, de no cumplir las expectativas de ingreso, y haber sido pactado como beneficio, será solventado por el Fisco a través del Ingreso Mínimo Garantizado.

Se puede entender que, en la medida en que el deber de servicio público resulte de la ley, el órgano respectivo de la Administración del Estado (en este caso, el Ministerio de Obras Públicas, MOP) asume el rol de garante de su correcta provisión a los administrados, cualquiera sea la forma técnica en que adopte su prestación.

Ello se deriva principalmente del principio de responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función pública, señalado en los artículos 38 inciso 2 de la Constitución, y 4 de la Ley de Bases de la Administración del Estado⁷⁸.

Cabe ahora entonces desglosar los pilares en los cuales descansa el vínculo existente entre el concesionario y el Estado mencionados al inicio de este capítulo.

⁷⁸ BARROS BOURIE, Enrique; Op. Cit; P.530.

3.1.1. Ley MOP; Decreto con Fuerza de Ley N° 850 DE 1997.

Esta ley, no hace sino establecer el marco legal dentro del cual se debe desarrollar la actividad estatal, es decir, hace patente lo que señalamos en el capítulo I, como el principio de legalidad que debe existir en las actividades insertas en el Derecho Público.

En relación a las funciones propias del Ministerio de Obras Públicas, el artículo 1, señala: “El Ministerio de Obras Públicas es la Secretaría de Estado encargada del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios que lo constituyen y de las demás entidades a que se refieren los artículos 2º y 3º de esta Ley.”.

No obstante ello, se señalan también las facultades de delegación que emanan para el MOP, en virtud de la concesión, de acuerdo a lo señalado en su artículo 5 letra i) “Otorgar, de conformidad con el decreto supremo de adjudicación a que se refiere el artículo 87º, concesiones de uso o goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales cuya administración corresponda al Ministerio o a otras autoridades, a los concesionarios de explotación indicados en el citado artículo”.

Mediante estas disposiciones, se logra entonces establecer el marco de acción del aparato estatal, pero también otorga los elementos básicos necesarios de

seguridad para el co- contratante de la Administración, en el sentido de determinar cómo y bajo qué condiciones puede actuar éste.

3.1.2. Ley de Concesiones, Decreto con Fuerza de Ley N° 900 de 1996.

Se puede decir que uno de los principales fundamentos de la responsabilidad del concesionario descansa en el señalamiento que se realiza en el mencionado decreto a través de algunas de sus disposiciones, pues todo indica que el desplazamiento de la tarea pública a un concesionario significa que éste debe asumir también la responsabilidad derivada de las funciones que le son delegadas.

El artículo 21 de esta ley, hace alusión expresa al régimen normativo al cual se ceñirá en sus relaciones con el Ministerio (Derecho Público), y en lo referente a derechos y obligaciones económicas con terceros, de acuerdo al Derecho Privado.

Es, en relación a la responsabilidad que el artículo 23 de la Ley de Concesiones, en relación a la continuidad del servicio, señala en su numeral 2, letra a) Que, durante la explotación, obligará al concesionario especialmente a “facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen

molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras (...).”.

Así también el artículo 35 del mismo cuerpo legal señala que: “El concesionario responderá por 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, a menos que sean exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato”.

3.1.3. Reglamento de Concesiones; D.S. MOP N° 956 DE 1997.

Cabe señalar, que el reglamento aporta mayor especificidad respecto a los aspectos que involucra la concesión, realizando una descripción más extensa de los diversos ámbitos de éste, ya sean vinculados a la adjudicación, explotación, o caducidad de la obra entregada en concesión.

El artículo 3 n° 1 de este Reglamento señala, en relación a los riesgos a los cuales se puede ver expuesto el concesionario, que “la sociedad concesionaria deberá tomar pólizas de seguro que cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de concesión (...).”.

Además de lo anterior, el Reglamento establece obligaciones para la concesionaria, entre las cuales cabe mencionar la obligación del mantenimiento y vigilancia de las obras para evitar posibles daños.

El artículo 62 del reglamento, otorga mayor énfasis, pues señala que “*la sociedad concesionaria será la única responsable de todo daño, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra y de su explotación se cause a terceros o al medio ambiente, a menos que el daño sea exclusivamente imputable a medidas impuestas por el MOP después de la publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial*”.

3.1.4. Bases de Licitación- (Acto) Contrato de adjudicación.

Es éste tal vez el fundamento principal de la relación entre el Estado y el concesionario; es la fuente de la que emanan la mayoría de las obligaciones y derechos entre ambos. El contrato de adjudicación es una declaración de derechos y obligaciones que se efectúa entre ambos, para delegar la función de otorgar un servicio público, por un parte y, por la otra, para garantizar que el concesionario pueda recibir los flujos como producto de los recursos invertidos en el proyecto.

De cualquier forma, es de perogrullo señalar que la relación que existe entre ambas es una relación contractual, materializada en el contrato de concesión,

donde la figura del particular se difumina y se homologa a la figura del Fisco como dador de este servicio.

En este sentido es posible enmarcar el contrato de concesión dentro de los llamados “contratos administrativos”, en los que, de acuerdo a la doctrina, sería necesario que al menos una de las partes que lo componen sea una persona de Derecho Público; que la convención diga relación con un servicio público y que contenga elementos o cláusulas exorbitantes del Derecho Común⁷⁹, tal como ocurre en el caso en estudio.

3.1.5. Mecanismos de solución de controversias entre el Estado y concesionarias.

Para lograr formar una real noción de la complejidad existente en el vínculo entre el Estado y las concesionarias, es necesario enunciar algunos de los conflictos que se han planteado entre ambos, así como mencionar no sólo las posiciones que ha asumido cada uno, sino la opinión de las comisiones conciliadoras.

Hasta ahora, no habíamos hecho mención a éste método de solución de conflictos que surge a raíz del contrato de concesión, y es que el artículo 84 del Reglamento de Concesiones señala:

⁷⁹ LAUBADAIRE, VENEZIA Y GAUDEMET; Op. Cit. Pp. 588- 595.

“Existirá una comisión conciliadora, que podrá actuar como Comisión Arbitral en los términos previstos en el artículo 36 del D.S. MOP N° 900 de 1996, la que conocerá de toda controversia o reclamación que se produzca con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que de lugar su ejecución”.

A su vez el artículo 36 de la Ley de Concesiones establece que: “las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este último será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

El inciso segundo del mis artículo señala que “los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. La Comisión deberá determinar sus normas y procedimientos debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten y deberá establecer, en cuanto se designen sus integrantes, el modo en que se le formularán las solicitudes o reclamaciones y el mecanismo de notificación que ella empleará

para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte.”

También puede el concesionario recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago si no desea pasar a una Comisión Arbitral⁸⁰, pero esta opción no ha sido jamás ejercida por algún concesionario.

Tenemos hasta ahora claridad absoluta en relación a la forma como se resuelven los conflictos que se generan entre el Estado y la empresa concesionaria, por lo que a continuación ejemplificaremos con dos casos la forma en que ello se ha desarrollado en la práctica.

3.1.5.1. Conflictos generados entre el Estado y Concesionarios.

En relación al tema principal de este capítulo, es decir, los vínculos que emanan a raíz del contrato de concesión, en este subtítulo se pretende ejemplificar los casos de conflictos entre el Estado y los concesionarios.

La generación de divergencias en cuanto a la aplicación, extensión e interpretación de las cláusulas que emanan del contrato de concesión parecen

⁸⁰ La Comisión Arbitral debe entenderse como la Comisión Conciliadora, frente a la cual se eleva el conocimiento de las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión, los cuales deben ser designados al inicio de la respectiva concesión, de acuerdo a lo establecido en los artículos 36 y 37 del DS MOP N° 900, y artículos 84, 85,86,87, 88, 89 y 90 del Reglamento , DS MOP N° 956.

ser el principal escollo entre ambos; para lograr dimensionar la relevancia los conflictos, parece sustancial determinar la naturaleza jurídica de los vínculos que surgen entre ambos, para lo cual, se describirán, y se realizará un breve análisis de algunos casos de nuestra jurisprudencia que nos han llamado la atención en este aspecto.

3.1.5.1. a. Ruta 5 Tramo Santiago Los Vilos. Señalización.

- A) Fecha: 14 de agosto de 2002
- B) Árbitros: Blas Bellolio Rodríguez, Sergio Merino Gómez y César Varas Morales
- C) Demandante: Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.
- D) Demandado: Ministerio de Obras Públicas.
- E) Hechos y cuestiones debatidas: El MOP aplicó una serie de multas por señalización en la ruta 5 en el tramo Santiago Los Vilos, las cuales son impugnadas por la sociedad concesionaria.
- F) Argumentos del demandante: La sociedad concesionaria pide que se retire y deje sin efecto una serie de multas impuestas por el MOP por concepto de señalización que alcanzan la suma de 3.440 UTM, además de cualquier otra multa que exista en su contra por la misma razón aunque no este identificada en este juicio.

Basa su petición principalmente en la existencia de vicios en el procedimiento según el cual fueron impuestas las multas. Afirma que existe un ánimo de persecución por parte del ministerio en la aplicación de estas multas, que no se

habría respetado la presunción de inocencia. Señala también que las multas se habrían impuesto de manera fraccionada para evitar la necesidad de pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora. Además afirma que los incumplimientos que generan las multas no habrían sido constatados por el Inspector Fiscal, único funcionario competente para esto, sino que éste se habría basado simplemente en un informe de una auditoría sobre un tema diverso, a saber, el estudio para asignar el “premio sobre tránsito expedito”. Todos estos vicios habría significado la nulidad del procedimiento sancionatorio y por tanto debe rechazarse la imposición de las multas.

Respecto a una multa en particular de 1.300 UTM, en la cual transcurre un año y cuatro meses entre el incumplimiento y la imposición de la multa respectiva, la concesionaria alega la prescripción de tal incumplimiento, ya que a su juicio este tema se rige por los plazos de prescripción que establece el Código Penal para las faltas, es decir 6 meses.

- G) Argumentos del demandado: El MOP alega que la concesionaria ha incumplido sus obligaciones en lo referente a la señalización caminera por lo cual puede y debe ser sancionada con las respectivas multas.

Respecto a la actuación del Inspector Fiscal, afirma que éste puede basarse en documentos confeccionados para otros efectos, como en este caso el pago o no de un premio, pero que es sólo referencial ya que habría constatado personalmente los incumplimientos referidos en el informe antes de imponer las

multas. Afirma además que ninguna multa en particular superaba las 500 UTM por lo cual no era necesaria la intervención de la comisión conciliadora, a pesar que la suma de todas las multas si superase dicha cifra. Por estas razones considera que el procedimiento sancionatorio no fue irregular y procede la aplicación de las multas.

En lo referente a la prescripción de una de las multas, afirma que la obligación de inspección no esta sujeta a ningún plazo de prescripción en atención a los principios de permanencia y continuidad del acto administrativo.

H) Razonamiento y decisión de tribunal: El Tribunal rechaza la demanda al considerar que el MOP sólo cumplía su deber y no pretendía perseguir u hostigar a la concesionaria. Se da por probado que existieron incumplimientos respecto de la señalización en la obra y que fue el Inspector Fiscal quien personalmente lo constato sólo asesorado por organismos externos.

Solo se acepta dejar sin efecto la multa de 1.300 UTM, no porque se encuentre prescrita sino porque el objetivo de las multas es apremiar legítimamente el cumplimiento de una obligación por parte del concesionario y dejar pasar tanto tiempo entre el incumplimiento y la multa no se condice con dicho objetivo.

Por último se sugiere al ministerio que en el futuro las actuaciones del Inspector fiscal no sólo deben ser apegadas a la letra del contrato sino que además contribuyan a la correcta ejecución del mismo, por lo cual se recomienda que se

ponga en conocimiento de la sociedad concesionaria cualquier incumplimiento para que sea solucionado antes de la imposición de una multa.

- I) Voto de Minoría: No hay.

- J) Comentario: La debilidad de los argumentos del demandante, quien sólo pone objeciones de forma pero no de fondo a las multas, es probablemente la razón de la unanimidad del fallo.

3. 1.5.1.b. Concesión Túnel el Melón.

- A) Fecha: 13 de junio de 2006
- B) Árbitros: Francisco Cumplido Cereceda, Luis Oscar Herrera Larraín y Carlos Peña González.
- C) Demandante: Sociedad Concesionaria Túnel El Melón S.A.
- D) Demandado: Ministerio de Obras Públicas.
- E) Hechos y cuestiones debatidas: La Sociedad Concesionaria demanda para solucionar el supuesto desequilibrio económico patrimonial del contrato de concesión.
- F) Argumentos del demandante: La Concesionaria pide que se condene a pagar al MOP la suma de UF 4.271.711, y que se declaren sin efecto los pagos anuales ya efectuados y los también los pagos futuros de UF 140.121 que hace al MOP en cumplimiento de su obligación contractual.

A juicio de la concesionaria el desequilibrio tiene tres razones principalmente, los pagos anuales ya referidos, la baja de flujo vehicular por la concesión y mejoramiento del camino Nogales Puchuncaví y la inclusión en la licitación de la ruta 5 de la Cuesta el Melón que también habría disminuido el flujo de vehículos. Afirma que el contrato de concesión es un contrato conmutativo y que garantizaría un margen de ganancia para la Sociedad, ya que las prestaciones de este contrato deberían ser perfectamente equivalentes. Alega también que el mencionado desequilibrio tiene causas imprevisibles y que este sería uno de los casos en los cuales se aplicaría la Teoría de la Imprevisión.

Considera que los pagos anuales al Estado, que representarían el 80 % de sus ingresos, ya no son procedentes ya que con la modificación hecha por la Ley 19.460 al sistema de concesiones prohíbe los pagos al Estado como criterio de adjudicación del contrato y a pesar que este contrato es anterior a la ley, la concesionaria se habría acogido a un artículo transitorio que permitía regirse por la nueva ley. Considera que dichos pagos resultan expropiatorios y son fuente de enriquecimiento injusto por parte del Estado.

Respecto al camino Nogales Puchuncaví, afirma que durante el periodo de licitación el MOP habría dicho que sólo licitaría la pavimentación de este camino pero posteriormente se habría mejorado sustancialmente el trazado y calidad de este camino captando parte del flujo vehicular que va hacia la costa norte de la

V región que habría pasado por el Túnel si se hubiesen mantenido las condiciones al momento de suscripción del contrato.

Lo mismo habría ocurrido con la cuesta El Melón, el MOP habría afirmado que no se mejoraría este camino, pero luego fue incluido en la licitación de la Ruta 5 tramo Santiago Los Vilos con un sustancial mejoramiento lo cual también habría disminuido el flujo del túnel. Los hechos anteriores habrían significado que el flujo vehicular no aumentase como se esperaba y no se haya podido cobrar la tarifa máxima estipulada, siendo todo esto imprevisible.

- G) Argumentos del demandado: El MOP pide que se rechace la demanda por varias razones. La primera es que la inoportuna la petición del MOP ya que la Ley de Concesiones dispone que debe recurrirse a la Comisión Conciliadora dentro de 30 días de ocurrido el hecho y en este caso han pasado más de 10 años desde el primer pago al MOP, por tanto estaría prescrita.

Respecto al pago anual, el MOP afirma que al momento de la licitación los postulantes podían ofrecer un pago al Estado o requerir un subsidio y que si la concesionaria hizo un mal calculo y ofreció tres veces más que el resto de los postulantes debe hacerse cargo de su error y no puede exigir nada al MOP. Agrega que a pesar de la modificación de la ley, esta se refiere solo a la calificación de los proyectos, y en este caso la sociedad se obligó libremente al pago de esta suma anual.

Afirma que el contrato de concesión no debe asegurar un margen de ganancia al concesionario y el MOP no debe responder por la incorrecta evaluación del proyecto por parte de los licitantes.

Niega que este sea uno de los casos de imprevisión que el artículo 19 de la Ley de Concesiones permite pedir, no exigir, revisar la estructura económica del contrato.

Respecto a la cuesta el Melón afirma que nunca aseguro a los participantes de la licitación que la cuesta no sería modificada o reparada ya que no puede obligarse mantener el estado de la red vial inalterado. Agrega que las obras en la cuesta fueron menores y no es un camino de dos vías por sentido como afirma la Concesionaria, además no habría afectado los flujos del túnel.

Respecto al camino Nogales Puchuncaví, el MOP habría informado a los licitantes que se daría en concesión su pavimentación, pero que esta siguió siendo un camino transversal y no tiene la calidad de autopista, por lo cual tampoco habría influido en los flujos del Túnel.

H) Razonamiento y decisión de tribunal: El tribunal rechaza la excepción de prescripción por no haber sido presentada oportunamente en la etapa de discusión.

A juicio del tribunal que el contrato de concesión sea conmutativo no quiere decir que las prestaciones deban ser absolutamente equivalentes, además el

carácter competitivo del proceso de licitación no permite afirmar que el Estado deba asegurar algún margen de utilidad al concesionario, el riesgo que la obra sea menor del esperado es de cargo del concesionario, pensarlo de otra manera sería establecer la obligación al Estado de transferir renta un privado, obligación que no existe en nuestro derecho.

El Tribunal declara que el pago anual de UF 140.121 al Estado es totalmente procedente y se rechaza la petición de la Concesionaria. Esta se obligó libremente a dicho pago al momento de hacer su oferta, teniendo la posibilidad de fijar su monto, incluso podría haber pedido un subsidio. Si se equivocó en el cálculo y ofreció más de tres veces que sus competidores deben hacerse cargo de aquello.

Por otra parte, luego de analizar el texto y la historia de la citada modificación a la ley, se concluye que no afecta al contenido del contrato, sino que cambia sólo ciertos aspectos de la licitación. Por tanto no habría enriquecimiento injusto por parte del Estado.

También rechaza que este sea un caso de imprevisión, ya que por tratarse de un contratante experto debería haber hecho una oferta más adecuada y haber estudiado a profundidad el proyecto. La forma del crecimiento en el flujo vehicular era totalmente previsible, y si la concesionaria se equivocó en calcular el flujo esperado no puede ahora exigir compensación alguna por esta falta de diligencia.

El tribunal otorga una indemnización de UF 411.704 por concepto de los perjuicios que acarrió el mejoramiento del camino Nogales Puchuncaví. No se afirma que el Estado tenga la obligación de mantener la red vial en el mismo estado que se encontraba al momento de la suscripción del contrato, pero sí que debe indemnizar los daños que provoquen los mejoramientos de este camino, sobre todo teniendo en cuenta que las obras llevadas a cabo fueron mucho mayores que la simple pavimentación anunciada, privándole así parte del flujo vehicular esperado.

El tribunal otorga una indemnización de UF 218.308 por concepto de los perjuicios que fueron ocasionados el mejoramiento de la Cuesta el Melón. Se fundamenta de la misma manera que el punto anterior, se había dicho que la cuesta no sería incluida en la concesión de la ruta 5, cosa que finalmente sí ocurrió. Si el MOP crea un bien sustituto al ofrecido por la Concesión del Túnel el Melón, debe indemnizar los daños causados, particularmente porque este no existía al momento de presentar las ofertas en la licitación y no era posible incluirlo para obtener un precio adecuado.

La indemnización que debe el MOP a la Concesionaria se compensará anualmente de la suma que debe pagar por contrato la sociedad, hasta que se extinga totalmente.

- I) Voto de Minoría: El fallo se adopta con el voto de minoría del árbitro Carlos

Peña González, quien estaba por no otorgar una indemnización por los posibles perjuicios que originó el mejoramiento de la Cuesta el Melón. A su juicio, el mal estado en que se encontraba la cuesta hacían previsible que esta fuese mejorada, ya que era insostenible que se mantuviese igual. Además las reparaciones fueron menores y sólo se enfocaron en medidas de seguridad que no alteraron su carácter bidireccional. Incluso estas reparaciones no habrían afectado mayormente el flujo del Túnel. Por último considera que no debe indemnizarse este punto, ya que de la estructura del contrato se deduce que el Túnel se obligaba a competir con la cuesta mediante precios, se consideraban ambos como un sistema conjunto, tanto así que el ingreso mínimo garantizado estaba calculado para el flujo de ambos elementos.

El árbitro Luis Oscar Herrera Larraín, no comparte la fundamentación del rechazo a la petición de eliminar el pago anual. Considera que la modificación a la ley de concesiones se refiere tanto al contrato como a la licitación, por tanto tiene sentido lo argumentado por la Concesionaria. Pero esta igualmente por rechazar dicha petición por razones de prudencia y equidad.

- J) Comentario: Destaca la profundidad del análisis y la riqueza argumental del fallo. Dos puntos son particularmente relevantes, primero su caracterización del contrato de concesión estableciendo que no se encuentra garantizada en ninguna disposición la utilidad del concesionario. El segundo punto es que aunque el Estado no tenga la obligación de mantener la red vial como estaba al momento de licitar el contrato, debe indemnizar los daños que pueda provocar el

mejoramiento de obras alternativas.

3.2. Relación concesionario – usuario.

La falta de determinación respecto a la naturaleza de la relación jurídica que emana entre usuario y concesionario, conlleva diversas dificultades, principalmente en materia de caminos, ya que cabría distinguir entre la relación que se origina en las autopistas concesionadas vía telepeaje o TAG, y por otro lado, el caso de las autopistas donde se paga un peaje en una caseta.

Si bien el artículo 21 de la Ley de Concesiones, atribuye a este vínculo el carácter de Derecho Privado, sigue siendo incompleto. Es para lograr superar este “vacío legal”, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido y debatido al respecto, estableciendo diversas posturas y teorías que se desarrollarán posteriormente.

Respecto a los contratos de concesión de obras públicas, la etapa de explotación, por parte del concesionario, se materializa en un sistema de cobro de tarifas (u otra especie de contraprestación) a los usuarios de las obras, vías o caminos, efectuado en conformidad con el régimen económico regulado tanto en la ley como en el mismo contrato.

En esta situación, el concesionario percibe como compensación por el servicio que presta, el precio, tarifa o subsidio convenidos y los beneficios adicionales

expresamente estipulados tanto en las bases de licitación como en el acto de adjudicación, el cual se perfila como una cesión a favor del concesionario, de la facultad que tiene el Estado por ley de percibir peajes por parte de los usuarios, como contrapartida del servicio que se les presta.

De acuerdo a García de Enterría y Fernández en su “Curso de Derecho Administrativo”⁸¹, la percepción de las tarifas por parte del concesionario se enmarca dentro del espíritu de colaboración que inspira la ejecución de los contratos administrativos.

Ya sea que adoptemos la teoría de la cesión o del mandato, desde el momento en que la administración cumple con su obligación, cediéndole al concesionario la prerrogativa de percibir tarifas de parte de los usuarios, como forma de asegurar el servicio público⁸², el cobro de las tarifas por dicho servicio, se encontraría necesariamente sujeto a un régimen de Derecho Público.

Desde esta perspectiva, sería posible admitir, a lo menos, dos posturas (más bien mayoritarias) respecto a la naturaleza de la relación jurídica que emana

⁸¹ GARCÍA DE ENTERÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Op. Cit.; P.533 y ss.

⁸² En este sentido, no encontramos que exista una discordancia con el artículo 6 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala que: “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.” Ya que la facultad de cobrar los peajes la consideramos como una compensación de la inversión realizada por el privado, más que la delegación de una potestad pública, entendiéndose como una compensación.

entre el usuario y el concesionario: primero, puede asimilarse a un vínculo contractual, o bien, segundo, entenderse como resultado de la prestación de un servicio, y por ello amparado por la Ley del Consumidor.

Con todo, una tercera posición, que ha sido adoptada por los tribunales señala que la fijación de la tarifa constituiría una tasa, apartándose de la existencia de una relación jurídica entre el usuario y la concesionaria. Existe también una cuarta postura, aunque menos plausible, que sostiene que se trata de una relación extracontractual.

Sin embargo, la doctrina suele tener, siguiendo a la doctrina alemana, una postura que considera la relación del usuario con el concesionario como un vínculo reglamentario, en la medida en que la situación del usuario del servicio no nacería de un vínculo contractual sino de una reglamentación previa.

Así las cosas, las relaciones entre ambos se circunscriben al ámbito del Derecho Público; frente a lo cual la legislación de nuestro país sobre concesiones parece adoptar una postura ecléctica o intermedia.

En este sentido, la naturaleza jurídica de la prestación no ha sido resuelta por la Ley de Concesiones chilena, por lo que sólo cabe realizar un análisis de las diferentes posiciones que doctrinalmente se han venido desarrollando por diversos autores para subsanar este “vacío normativo”, que trae consecuencias

principalmente en situaciones de responsabilidad por conductas irregulares de la concesionaria que se tornan dañosas para con los usuarios de dichos servicios.

3.2.1. Relación como vínculo contractual.

Para lograr determinar si la relación entre usuario y concesionario es una relación contractual, debemos atenernos a lo que sucede en la práctica entre ambos, para lograr de este modo lograr clasificarlo en algún tipo de contrato.

En la práctica, para utilizar una autopista, considerando que la mayoría de estas se encuentran concesionadas, es necesario, en algunos casos (como en el de las autopistas urbanas) tener en el vehículo un TAG o transponder. La mayoría de las bases de licitación de estos proyectos señalan que se entenderá al propietario del vehículo como el dueño del dispositivo, aún cuando los contratos que se suscriben por éste son de comodato o préstamo de uso.

En tal caso, ¿Cuál es la relación que emana desde la entrega del TAG? Hasta ahora el usuario debe desembolsar una suma de dinero por la adquisición del mismo.

Señalar que la relación es resultado de un contrato, nos obliga a remitirnos al artículo 1438 del Código Civil que señala que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o varias personas”.

Cabe ahora tratar de enmarcar este contrato dentro de las diversas categorías contractuales. Jorge López Santa María, en su texto “Los Contratos, Parte General”, quien señala que la primera gran clasificación, una vez realizada la distinción entre unilaterales y bilaterales, distinguiría entre los contratos gratuitos y los onerosos, de acuerdo a la carga pecuniaria o patrimonial que tuvieren para las partes.

En ese sentido el contrato entre el usuario y la concesionaria sería, inicialmente gratuito, puesto que los primeros TAGS entregados a los automovilistas, se realizaron de forma gratuita, bajo la figura de contratos de comodato, no obstante que su utilización posterior genere la obligación de pagar, o como también se denomina, una contraprestación.

Actualmente, la entrega del dispositivo, desde el 12 de febrero de 2007, se enmarca en un contrato de arriendo, siendo entonces un contrato oneroso, en el entendido de que el usuario efectúa un pago por la adquisición del transponder⁸³.

⁸³ Datos obtenidos a través de la página Web de Autopista Central, www.autopistacentral.cl/servicio/tag_contrato.php , visitado el 15 de agosto de 2009.

3.2.1.a. Situación del usuario frente al TAG o transponder.

El Ministerio de Obras Públicas ha señalado que: “En los Contratos de Concesiones Urbanas, cuyas autopistas comenzaron a operar a partir del año 2004 en nuestra capital, se ha implementado del Sistema Electrónico de Cobro de Peaje en Flujo Libre, consistente en una modalidad de pago de la tarifa o peaje que evita la detención de los vehículos que transiten por dichas vías concesionadas. El Gobierno de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas, definió que este Sistema de Telepeaje, en flujo libre, denominado Televía fuera interoperable, es decir que con un solo Televía puede circular por las cuatro autopistas urbanas, en las que el usuario no tiene que detener su vehículo para pagar, sino que pasa a través de un pórtico de Telepeaje, el cual permite el intercambio de información para el cobro automático de su tarifa, la que al final de cada mes llega a su casa mediante un documento de cobro por el servicio prestado durante el período indicado en éste⁸⁴”.

La transferencia del transponder no se enmarca dentro de alguno de los contratos típicos contemplados en nuestra legislación; no parece ser asimilable a una compraventa, ya que el usuario no se obliga únicamente a pagar un precio por el aparato, sino que también a una prestación económica posterior equivalente a las tarifas correspondientes al número de detecciones permitidas por el transponder, de acuerdo a lo establecido en el contrato de arriendo o

⁸⁴ Ministerio de Obras Públicas en www.concesiones.cl ; Visitado el 10 de septiembre de 2009.

comodato de la empresa concesionaria pertinente, los cuales se pueden encontrar en los anexos de esta memoria.

El artículo 1439 del Código Civil, clasifica los contratos en atención a si la obligación surge para una o ambas partes; denominando contrato unilateral al primer supuesto, y bilateral, al segundo.

En este caso, es necesario hacer la distinción de si la entrega del Tag agota en sí misma la obligación o si bien emerge también otra correlativa, como lo es el pago por la utilización de la concesión.

Si señalamos que la entrega del TAG o transponder es una obligación que se agota en sí misma, se podría calificar a la vez dicha relación como resultado de una compraventa, donde una de las partes se obliga a pagar un precio (el valor del TAG) y la otra a entregar la cosa, es decir, habrían obligaciones correlativas y dicho contrato sería bilateral.

Si determinamos que la obligación del usuario va más allá del simple pago por dicho artefacto, resulta más o menos claro que el que se encuentra obligado resulta ser en mayor o única medida el usuario pues no sólo se encuentra comprometido al pago por el transponder sino que también se obliga a pagar periódicamente el uso de este servicio, obligación que recae sólo en el usuario, sin traer aparejada “aparentemente” ninguna obligación correlativa para el concesionario. Dicha obligación sería contractual, unilateral y de tracto sucesivo

ya que el cumplimiento se va escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado.

Vista la permanencia en el tiempo de la relación cabe señalar también que en tal caso parece que la carga a la cual se ve sometido el usuario resulta ser mucho más gravosa, no pareciendo ser en ningún caso equivalente a la obligación del concesionario, en el sentido que el usuario se obliga claramente a efectuar un pago por la utilización, pero el concesionario no manifiesta claridad sobre los derechos que obtiene el usuario por esa utilización, ¿es sólo el uso?. ¿es un uso asociado a seguridad?⁸⁵.

⁸⁵ En la misma página Web (www.concesiones.cl) se mencionan como obligaciones del usuario:

- Utilizar el Televía para el uso establecido en el Convenio Televía y según el instructivo de uso y cuidados del Televía.
- No manipular, remover, ni desmontar el Televía del lugar en que se instaló (parabrisas).
- Informar a la Concesionaria Nativa sobre cualquier desperfecto en el aparato.
- Informar a la Concesionaria sobre el robo o pérdida del Televía o del Vehículo.
- Remitir a la Concesionaria constancia policial del hecho, con un plazo máximo de dos días después de lo ocurrido.
- Restituir el Televía al Término del contrato.
- Informar a la Concesionaria sobre cambio de domicilio.
- Pagar por el uso de Televía dentro de los plazos convenidos en el Convenio Televía , y como obligaciones de la concesionaria:
- Reparar o reponer el Televía en caso de falla total o parcial, siempre y cuando ésta sea atribuible a defectos de fabricación, deficiencias, omisiones, errores administrativos o cualquier otra causa atribuible a la sociedad concesionaria.
- Velar porque no se produzca un mal funcionamiento del aparato producto de una instalación deficiente o agotamiento de la batería del Televía.
- Obligación de no efectuar cargos al Cliente por conceptos de cobros de tarifas en caso de deficiencias de los equipos, a menos que cuente con un sistema de respaldo capaz de demostrar que el Cliente efectivamente circuló por los Pórticos.
- Entregar el instructivo de uso y cuidados del Televía.; no obstante nada se dice en relación a la obligación de prestar el servicio en condiciones de seguridad para los usuarios.

En este ámbito, la obligación de mantener las carreteras en buen estado, y permitir el tránsito por parte de los usuarios, no sería una obligación emanada directamente de la relación entre usuario y concesionaria, sino que se desprende de la carga que recibe el concesionario por desarrollar una actividad que corresponde al Estado.

Quienes sostienen que la obligación entre el usuario y la concesionaria es un vínculo contractual, se encuentran con las siguientes dificultades:

- a) La falta de escrituración y alcance de las obligaciones que surgen con el contrato de entrega del TAG; por lo que se señala que las obligaciones no sólo formarían parte de un contrato innominado, sino que también podría ser catalogado como un contrato por adhesión (ya que existe contrato de comodato o arrendamiento, sin posibilidad de discusión de sus cláusulas), en atención a que en dicho contrato las cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas⁸⁶.

El rasgo distintivo de este contrato radica en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes, donde el destinatario no está en situación de imponer sus cláusulas contractuales.

⁸⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; Op. Cit. Tomo I; P.107

Resulta ser tan conflictivo este tipo de contrato, que el legislador en algunos casos ha encontrado necesario regular cláusulas mínimas para evitar los abusos, lo que resulta aún más complejo con motivo de la no escrituración de este contrato ya que sería una suerte de “poder fantasma” imposible de combatir.

b) Mora del deudor: Si señalamos que la obligación entre usuario y concesionario es una relación contractual, que se perfila más allá de la simple entrega del artefacto (transporter).

Si el usuario no paga por la utilización del servicio por un periodo de tiempo prolongado, ¿ puede excusarse el concesionario de cumplir su obligación de seguridad en la utilización de las vías?

En el caso, el usuario se encontraría en la situación de morosidad, donde podría asimilarse de cierta forma al clásico precepto vinculado a la responsabilidad contractual en la cual “la mora purga la mora”, emanado del artículo 1552 del Código Civil; evento en el que se “bloquearía o anularía” la eventual responsabilidad del concesionario, que a mi juicio, si bien tendría un fundamento legal, escaparía de la obligación que surge entre el Estado y el concesionario como realizador de este servicio, generando desequilibrio respecto al usuario.

Hay que destacar, sin embargo, el conflicto que resulta para la empresa concesionaria tener que responder, por ejemplo, frente a un accidente carretero en el cual una piedra se estrella contra un parabrisas de un automóvil en movimiento, donde el automovilista presenta boletas impagas por la prestación del servicio, aún cuando ha sido efectivamente prestado por el concesionario de la obra pública en cuestión, quien en este caso no ha recibido el pago correspondiente (y aceptada tácitamente por el usuario al transitar por sus caminos, carreteras o autopistas).

3.2.1. b. Situación del usuario frente al peaje.

En el caso del peaje, aparece aún más difuso el carácter contractual de la relación contraída entre ambos sujetos, ya que la entrega de una especie de “boleta” por utilizar determinado tramo de camino, se asemeja más bien a la utilización de un servicio, caso que veremos posteriormente.

La entrega de este comprobante podría asimilarse a la entrega que realiza un vendedor de un comprobante por la compra realizada, en tal caso, cuando se desarrollen situaciones anormales en la utilización del tramo, las cuales provoquen daños en la figura del usuario, podría, eventualmente solicitar una reparación ya que el servicio no se estaría prestando bajo las condiciones o estándar requerido.

Al señalar la tarifa pagada como un peaje, se asimila a una naturaleza tributaria. En tal caso se confunden dos realidades jurídicas diversas, por lo que debe diferenciarse como peajes aquellos cobrados por parte del Estado a los usuarios, y tarifas como aquellos que percibe el concesionario en vías concesionadas; la diferencia entre ambos conceptos será desarrollado en párrafos posteriores.

En este sentido, al señalar que el usuario está obligado a pagar un peaje, lo vinculamos con una obligación con el Estado, de acuerdo a la Ley 14.999 y el artículo 75 del DFL MOP N° 850, se trata de un tributo de afectación permitido por la disposición sexta transitoria de la Constitución Política, señalado a su vez por Dictamen de la Contraloría General de la República N° 4619 de 1994 del Tribunal Constitucional, en causa rol n° 183⁸⁷.

En la citada sentencia se sostiene que: “si bien el tributo en materia de peaje es de afectación a un fin determinado, como es la construcción y conservación de la red caminera del país, lo que no se encuentra comprendido dentro de las excepciones del inciso 4 del número 20 del artículo 19 de la Carta fundamental⁸⁸, no obstante lo dispuesto en el artículo 19 n° 10 inciso tercero, las disposiciones mantendrán su vigencia mientras no hayan sido derogadas.

⁸⁷ RUFÍAN LIZANA, Dolores; Op. Cit. P. 146.

⁸⁸ Dicho inciso de la Constitución Política de la República señala: “Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan

3.2.2. Relación de Consumo.

Actualmente, se ha propagado la tendencia de comprender el vínculo entre el usuario y la empresa concesionaria como un servicio y por ende, como una relación amparada por la Ley del Consumidor. En este sentido, la Ley N° 19.496 señala en su artículo 1, define consumidores o usuarios a “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales bienes o servicios.” Al analizar dicha definición es sensato concluir que nos encontremos en el caso de la concesión, nos encontramos en esta situación, en especial, cuando se refiere a la utilización de un bien o servicio.

En el mismo artículo, se señala una definición de proveedor, entendido como: “Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa.”

actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.”; en tal sentido la afectación por parte del peaje, si tiene una clara destinación por el Estado.

Parece relevante señalar que el hecho de insertarse el vínculo dentro del Derecho del Consumidor, de manera alguna lo aparta de su naturaleza contractual, puesto que el contrato se generaría por una relación o situación de consumo.

En este sentido, en el caso Claudia Fottes con Sociedad Concesionaria Elqui, en autos rol 22- 2007, la Corte de Apelaciones de La Serena, hace mención expresa a la figura del “consumidor” de un servicio, y a la vez de la existencia de un vínculo de carácter contractual, al señalar que: *“es preciso tener presente que esta relación contractual entre la Concesionaria y el Ministerio Público, sin perjuicio de ser ésta una relación de Derecho Público, ella también se inserta en el vínculo contractual que nace entre la Concesionaria y los **consumidores y/o usuarios** desde el momento del pago del peaje (...) es evidente que surgen claras obligaciones y responsabilidades de la Concesionaria con el usuario, en lo relativo a las medidas de control y seguridad de la ruta.”*⁸⁹

3.2.2.1. Fundamento legal de su aplicación.

Se puede señalar que la Ley del Consumidor tiene aplicación, en materia de concesiones, en virtud del artículo 2 bis, que señala el principio de especialidad, donde se hace referencia a que : “Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción,

⁸⁹ Corte de Apelaciones de La Serena, causa rol 22- 2007, de fecha 19 de abril de 2007.

distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes específicas salvo: a) Materias que éstas no prevean (...); c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.”

Frente a las concesiones, la Ley del Consumidor suple el vacío legal sobre la responsabilidad del concesionario frente al usuario, ya sea en relación a las condiciones en las cuales el servicio ha de ser prestado (por ejemplo: seguridad en las vías.), o bien respecto a los daños que se causan en los usuarios por la falta de diligencia o implementación de las medidas de cuidado necesarias.

Es esta misma ley la que señala como derecho del consumidor la seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medioambiente y el deber (del proveedor) de evitar los riesgos que puedan afectarles, así como el derecho a la reparación e indemnización oportuna de todos los daños materiales y morales como resultado del incumplimiento de las medidas requeridas para la prestación del servicio en condiciones de seguridad.

La aplicación de la presente ley sitúa al concesionario en una gran posición de responsabilidad frente al consumidor, ya que es aquél quien debe resguardar el correcto funcionamiento del servicio que está prestando, con la finalidad máxima

de evitar los riesgos que pudieran afectar al consumidor durante la utilización de la concesión, aún cuando pudiere estar en mora del cumplimiento del pago por el servicio, pues en tal caso no constituiría una relación de consumo, sino una *situación* de consumo⁹⁰, donde el usuario estaría en la posibilidad fáctica de utilizar dicho servicio, siendo en este caso un consumidor hipotético.

En el caso de adscribir esta postura, también entenderíamos que nos podríamos encontrar eventualmente frente a un contrato de adhesión y, en tal caso, de disposiciones en que una de las partes se encuentra en una situación de “poder” frente a la otra, que está incapacitada de negociar las cláusulas.

En este mismo sentido, el artículo 45 de la ley señala que: “Tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes (...) En lo que se refiere a la prestación de servicios riesgosos, deberá adoptarse por el proveedor las medidas necesarias para que aquella se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes puedan verse afectados por tales riesgos”.

⁹⁰ Situación de Consumo se entiende como el contexto en el cual una determinada persona realiza su actividad de consumo, sin la necesidad de llegar a concretarla, bastando que se encuentre hipotéticamente en tal situación. De otra manera, son los hechos positivos que realiza un consumidor potencial para obtener el servicio o producto, sin la necesidad de que estos se lleguen a incorporar a su patrimonio

3.2.2.2. Consecuencias de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

No es el afán poner al concesionario en una situación excesivamente gravosa en el ejercicio de su actividad. Por el contrario, es valioso el aporte realizado por éstos en el ejercicio y desarrollo de actividades que inicialmente son de competencia del Estado (en el caso del desarrollo del servicio público por parte de las empresas concesionarias de manera indirecta), pero es también cierto que como delegado del Estado en esta actividad, debe emplear el mayor cuidado posible, resguardando la actividad del usuario, evitando riesgos y, a la vez, indemnizando los daños.

En el caso de aplicar la Ley del Consumidor, el procedimiento a seguir es ante los Juzgados de Policía Local, sin que sea necesario que se interponga la acción a través de abogados. Este procedimiento se aplica, también, en el caso del no pago de las tarifas o peajes, que de acuerdo a la Ley de Concesiones, según lo dispone su artículo 42, se señala la aplicación de la Ley N° 18.287, donde el Juez de Policía Local deberá imponer al condenado una indemnización compensatoria a favor del concesionario, de un valor equivalente a cuarenta veces el pago incumplido, más el reajuste según el Índice de Precios al Consumidor.

La aplicación de la Ley N° 19.496, no sólo regula la relación entre el usuario y el consumidor, sino también todos los aspectos relacionados con éstos. Es así como tendría aplicación, también, en cuanto a la información y publicidad del contenido de los contratos de adhesión, respetando las disposiciones de la ley antes citada, es del mismo modo aplicable desde el momento que el concesionario se encuentra en la posición de un detentador de posición de dominio (ya sea respecto al manejo de los recursos como de la información y características), evidentemente debe evitar todo abuso o daño en sus relaciones con los usuarios a la luz de la jurisprudencia de los Organismos Antimonopolios.

3.2.3. Relación derivada de la aplicación de una tasa.

Definir la relación que surge del vínculo entre el Concesionario y los usuarios ha sido, como he mencionado anteriormente tremendamente complejo. En este contexto, una de las fórmulas adoptadas desde los inicios del sistema de concesiones, fue el entender la prestación que hace el usuario por el uso del servicio como una tasa, es decir, como una afectación de carácter patrimonial por parte del Estado o el Concesionario hacia los usuarios.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, nos encontramos frente a una tasa cuando se impone un tributo al disfrute de ciertos servicios o al ejercicio de ciertas actividades.

En este sentido, Axel Janson, profesor de la Universidad Tecnológica Metropolitana, economista y autor de diversos textos vinculados al área de inversión económica señaló en un periódico nacional que: “El sistema de concesiones es un mecanismo por el cual el sector privado financia la construcción y los costos de operación de un proyecto de obras públicas específicas y recupera para estos desembolsos directamente a través de la recaudación de un precio impuesto a los usuarios, cuya naturaleza jurídica es la de un tributo de afectación a un fin determinado, como lo es la construcción y conservación de la red caminera del país”⁹¹.

Cabe entonces realizar una distinción entre tarifa y peaje, conceptos entremezclados y usualmente confundidos, por la jurisprudencia, al ser el resultado de una potestad tributaria.

3.2.3.1 Tarifa.

Se entiende como tarifa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española una tabla de precios, derechos o cuotas tributarias, o también, en otra acepción, un precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo.

⁹¹ JANSON Axel, artículo “ Concesiones de Caminos”, Chile; Diario Estrategia de 8 de noviembre de 1996, P.2

Así, se puede entender que algunos autores hagan referencia a que este concepto debe ser “reservado” al ejercicio de la potestad tributaria, donde debe distinguirse de aquella que recae no necesariamente en el Estado, sino también en aquellos sujetos que ejerzan una actividad por la cual se cobre un precio por el servicio que se presta, ya sea a los usuarios o comunidad.

En tal caso, no sería asimilable a una tasa, puesto que no correspondería a una facultad exclusiva del Estado, sino también de los privados, lo cual no se convierte en un ingreso público, sino de la propia concesionaria.

3.2.3.2. Peaje.

Si bien, el artículo 11 de la Ley de Concesiones habla de precio, tarifa y subsidios, omitiendo el peaje, dicho término se recoge por el Ministerio de Obras Públicas, por medio de su sitio de internet (ya citado anteriormente), donde analiza las obligaciones derivadas del TAG, y del peaje.

Este concepto se entenderá, de acuerdo al mismo diccionario antes citado, como un derecho de tránsito, por lo que resulta necesario hacer una relación con el dictamen de la Contraloría General de la República N° 4619 y la sentencia del Tribunal Constitucional, en causa rol N° 183 donde se señala que el pago que se realiza en los casos de peaje cobrado por el Estado, éste constituye un tributo de afectación, el cual encuentra su sustento jurídico en la disposición séptima transitoria, que señala : “Sin perjuicio de lo dispuesto en el

inciso tercero del número 20 del artículo 19, mantendrán su vigencia las disposiciones legales que hayan establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no sean expresamente derogadas.”

Se entiende esta situación de afectación, puesto que quien utiliza debe pagar, y paga un valor con IVA, siendo entonces el peaje un mecanismo de captación de esta afectación, lo cual se deriva de la noción de pago o remuneración por el servicio que se presta, ya que al ser un consumidor final de este servicio, se encuentra afecto a este impuesto.

3.2.4. Relación de Derecho Público.

Este tipo de relación emana de la situación que tienen los usuarios frente a los servicios públicos, la cual trae aparejada una concepción que va más allá de lo administrativo, puesto que encontramos aplicación de aspectos incluso sociológicos.

Este tipo de relación alude directamente a una actividad asumida por la Administración Pública, donde lo que se pretende es satisfacer una necesidad, garantizando de esta forma no sólo la prestación, sino que también que dicha relación se presente como continua en el tiempo. El hecho que sea el Estado el titular de esta actividad, no implicaría en absoluto que sea éste quien lo gestione de manera única y exclusivamente.

Respecto a la figura del usuario, de acuerdo a Pedro Escribano Collado, éste se encuentra en dos situaciones:

a. Situación de hecho, general y abstracta.

En la cual, a la situación de generalidad frente al servicio, donde cada particular obtiene ventajas de éste, de manera anónima y no individualizada, siendo servicios constituidos en pos de la comunidad, y en el cual, no son los intereses individuales los que son tomados en cuenta, sino el interés general, el interés de la comunidad.

b. Situación individualizada.

Ello sucede en cuanto el servicio ha sido creado para la satisfacción de determinadas necesidades individuales todas ellas configuradas colectivamente, dando lugar por ello a relaciones jurídicas de prestación entre la Administración, titular del servicio, y el particular, portador de la necesidad.⁹²

De acuerdo a este autor, sólo este caso constituiría una verdadera situación jurídica de usuario, ellas derivadas de dos principios fundamentales, a saber:

⁹² ESCRIBANO COLLADO, Pedro; Op. Cit. Pp.114- 116.

- Su naturaleza legal y reglamentaria: Integrado principalmente por la ley orgánica del servicio público, ley que debe ser suministrada por la Administración, quien deberá determinar el contenido y modalidades de la prestación.

- Su régimen jurídico público: En este caso, el método más utilizado resulta ser el de la técnica contractual, donde se impone a la propia Administración el deber de contratar con todos aquellos que reúnan las condiciones para utilizar el servicio.

Realizar esta distinción entre las diversas relaciones que emergen del contrato de concesión, tiene vital relevancia en el ámbito de las responsabilidades y las orientaciones que los poderes del Estado desean dar al marco normativo vinculado a la concesión.

No resulta fácil adoptar de manera categórica sólo una de las posturas antes enunciadas, ello derivado principalmente de las falencias y fortalezas que cada una de ellas presenta, y que generalmente tienden a complementar las debilidades de las teorías restantes.

Generar una determinación del vínculo cobra relevancia para salvaguardar la ambigüedad que surge tanto para las concesionarias como para los usuarios, que parecen ser los más afectados en este plano.

Lograr un debate que se traduzca en legislación y a su vez en discusión doctrinaria ayudaría a fortalecer y, de una u otra manera, modernizar el sistema acorde a la realidad actual.

4. CAPÍTULO IV: El contrato de concesión en el ámbito nacional.

Hasta ahora, se ha entendido que el contrato de administración es una forma más de contrato administrativo, que pretende regular el modo en la cual contrata la administración; inserto en esta clase de contratos, se encuentra el contrato de concesión, mediante el cual el aparato estatal entrega la gestión de bienes de carácter esencialmente públicos a privados, denominándose concesionarios.

A nuestro entender, cada Estado se ha ido autorregulando esta materia en atención a conveniencias y necesidades, por lo cual, las formas de ver la concesión difieren en algunos casos ostensiblemente del carácter en que ésta se efectúa.

Para lograr ahondar en nuestra propia legislación sobre el contrato de concesión, no sólo es necesario hacer mención a artículos sino, y principalmente, realizar un estudio de los conflictos y las formas de resolución de éstos, a la luz de la jurisprudencia nacional y los principios inmersos en este ámbito.

4.1. Principales conflictos suscitados.

Realizar un análisis respecto a la forma como se ha desarrollado la actividad concesionaria en Chile, resulta cuanto menos complejo y ambicioso pues no sólo requiere un análisis en relación a las causas por las cuales se suele accionar contra concesionarias o el Estado, sino, también aquellas situaciones que sin ser denunciadas se transforman en hechos relevantes en el periodo de explotación de la concesión.

Son no sólo aspectos normativos, sino también la serie de situaciones que se van generando como resultado de la concesión, y las cuales al no tener un amparo normativo generan inevitablemente conflictos. Surge así una relación de causa efecto.

4.1.1. Indeterminación del vínculo.

Como he señalado con anterioridad en el desarrollo de este trabajo, parece ser que el principal problema en esta materia es el que se ha presentado en torno a la falta de determinación del verdadero vínculo que surge entre el usuario y el Concesionario.

Nuestro cuerpo normativo no recoge ninguna postura determinada, por lo que se ha generado una especie de indefensión ya que la persona que se ve afectada

por algún hecho particular al utilizar este tipo de servicio, además del daño real y efectivo que se produce en su patrimonio, debe además tratar de encontrar alguna postura o corriente que sea más o menos aceptada en los Tribunales de Justicia , que busque la reparación de los daños de manera rápida y eficaz para subsanar el menoscabo que se ha producido.

Se presenta una gran variedad de teorías o posturas doctrinales para lograr la determinación del vínculo y la reparación de los perjuicios; sin embargo, para lograr la reparación del daño causado, se han establecido dos posibles vías para solicitar la acción de Tribunales, ya sea a través de una demanda civil (contractual- extracontractual), o bien acudir al Juzgado de Policía Local competente, demandando por los daños amparándose en la Ley del Consumidor, en atención a la realización de actividades hipotéticamente riesgosas para los usuarios de dichos servicios.

4.1.2. Conflictos por actos propios.

Estos conflictos emanan de la actividad misma de la Concesionaria, es decir, que se producen por hechos positivos o negativos de ésta durante el desempeño de la concesión.

Un ejemplo de estos hechos, son comprendidos en la legislación sobre concesiones, particularmente respecto a lo que ocurre en la fase de explotación.

El artículo 23, nº 2, letra a) del Decreto Supremo 900 del MOP, señala, en atención al régimen jurídico durante la fase de explotación que éste debe: “Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras”. Del mismo modo, el artículo 35 del mismo decreto, señala que: “El concesionario responderá por 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”.

La responsabilidad por daños ocasionados a terceros, surge como el caso más claro y patente de responsabilidad de la concesionaria, donde el usuario sabe que debe ejercer su acción, reclamo o persecución de responsabilidad directamente contra el ente que detenta el ejercicio de la actividad. ¿Por qué se difumina esta claridad frente a la persecución de responsabilidades?

Parece ser que al no estar estipulada cada una de las posibles situaciones de riesgo o peligro frente a las cuales ha de responder la entidad que detenta la concesión, no cabría responsabilidad de éste. Esto debe ser rechazado, por tender a resultados inicuos.

El concesionario tiene responsabilidades claras y determinadas (aquellas estipuladas en el contrato o base de licitación, como el mantenimiento de las vías, o el desempeño de la concesión de acuerdo a los parámetros establecidos en el contrato) y otras implícitas, o de carácter menos evidente, las cuales

emanan del desempeño de la actividad misma, con necesidades que van surgiendo paulatinamente, de acuerdo al desempeño de la concesión, y a las necesidades y problemáticas que van surgiendo en ella, frente a estas obligaciones, parece que el concesionario debe responder sólo por el hecho de detentar una actividad destinada a la satisfacción de intereses del público, con finalidades de servicio público, las que también son generadoras de un deber por parte de las empresas, pues forman parte de los principios básicos de nuestro derecho los cuales descansan en aspectos como la equidad ,la justicia y la buena fe.

4.1.3. Conflictos por actos de terceros.

Este, como lo señalamos anteriormente, se plantea como uno de los mayores conflictos, pues ¿Cómo responde el concesionario por un tercero extraño a la concesión?

Los actos de terceros implican que una persona externa a la actividad misma (en este caso a la concesionaria) realiza hechos o genera situaciones sin el consentimiento o autorización de ésta, o bien, sin estar sometidas a la supervigilancia de la concesionaria generan consecuencias dañosas o riesgosas para quienes utilizan este servicio.

Cabe señalar al respecto que no todas las actividades de terceros generan responsabilidad o son situaciones de riesgo o peligro. Quien bota basura en plena autopista no crea (aparentemente) un foco de riesgo, salvo que se traten de residuos peligrosos o de magnitud tal, que generen inconvenientes en el desarrollo y funcionamiento eficiente de la autopista, en cambio, quien se detiene en medio de las vías o quien se para en una pasarela a lanzar objetos contundentes indudablemente genera una situación frente a la que “alguien” debe responder.

En tal caso, al aceptar la responsabilidad de la concesionaria en los actos dañosos contra el usuario, parecería que se adopta un sistema de responsabilidad estricta, respondiéndose incluso por caso fortuito.

Este aspecto debe ser tratado con sumo cuidado, ya que las cláusulas se tornarían como cláusulas “*hardship*”, haciendo más gravosa la obligación del concesionario.

Estos posibles conflictos, han tratado de solucionarse por medio de las bases de licitación, o en situaciones más extremas, mediante la interposición de una demanda en contra ya sea tanto de la Concesionaria como el MOP (como responsables por detentar la administración o titularidad de la concesión).

Esto se plantea como contrario a la generalidad de los casos en que el sujeto activo del hecho dañoso no es perseguido a través de una demanda judicial, en

estas situaciones (de las concesiones), lo que parece perseguirse son patrimonios conocidos, además de ser solventes para el eventual pago por los daños en vez de la persecución del actor autor del daño.

Resulta poco común que quien padece el hecho dañoso (sujeto pasivo) busque la responsabilidad de quien ha cometido directamente el daño (sujeto activo), cuando en algunos de los casos, quienes cometen el acto (casi con ribetes delictuales) suelen ser menores de edad, personas con problemas mentales o bien se originan en comunas o localidades de pobreza o riesgo social.

¿Es válido que el afectado se dirija frente a patrimonios conocidos?, ¿Qué debe suceder con el autor del daño?

Resulta extremadamente difícil determinar la validez o invalidez de la acción por parte del afectado contra la concesionaria o el MOP, aún cuando el hecho no guarde relación directa con una actividad de éstos. Sin embargo, no parece una actitud reprochable el hecho de buscar la reparación por parte de los sujetos que efectivamente tienen un patrimonio con el cual responder, sobre todo tomando en consideración aspectos de factibilidad de logro de una indemnización, y la disposición del artículo 23 de la Ley, donde parece darse cabida a todas las situaciones que impiden un desarrollo normal del régimen de concesión.

Si bien el patrimonio no es un factor atributivo de responsabilidad, en este caso se hace extensiva la aplicación del artículo 35 del Decreto Supremo 900 del MOP, que señala la responsabilidad de la concesionaria frente a hechos dañosos. En este ámbito, se extiende ampliamente la responsabilidad del concesionario a casi la totalidad de los eventos que se produzcan durante la explotación de la obra concesionada, exceptuando aquellas que sean resultado de actividad del MOP, o el diseño de la misma en atención al ya citado artículo.

Respecto al ámbito de responsabilidad que recae sobre los hechos dañosos, se deben realizar algunas distinciones, respecto al marco normativo que regula cada una de las posibilidades de atribución de ésta, entre las cuales cabe señalar:

- Responsabilidad del conductor, peatón, o frente al cruce de animales; la ley N° 18.290 (Ley de Tránsito), establece en sus artículos 165 y 176 , las responsabilidades correspondientes al peatón imprudente y la responsabilidad frente al cruce de animales por lugares no autorizados.
- Responsabilidad del dueño de los animales; derivan de las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual, donde los artículos 2326 y 2327, atribuyen ésta al dueño en atención a si el animal presta o no utilidad a éste, con la consecuente carga de indemnizar perjuicios.

- Respecto al lanzamiento de piedras a automóviles; la Ley de Tránsito dispone en su artículo 196, letra h)” El que atentare contra un vehículo motorizado en circulación, apedreándolo o arrojándole otros elementos contundentes o inflamables, por cualquier otro medio semejante, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo (...).

Cabe además considerar que quien debe otorgar o prestar el servicio en condiciones de seguridad es la concesionaria, siendo ésta quien debe escudarse a través de todos los mecanismos existentes y necesarios para resguardar patrimonio y prestigio por medio de seguros o negociación con el Estado exigiendo regulación o responsabilidades compartidas cuando el hecho no se relacione con falta de cuidado por parte de la concesionaria.

La responsabilidad planteada anteriormente, respecto del concesionario, parece ser contraria a aquella que se debe aplicar respecto al peatón o conductor imprudente, las que se rigen de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Tránsito, y se restringen a un ámbito más bien penal, en atención a la generación de delitos o cuasidelitos, no haciendo mención alguna a aspectos civiles o indemnizatorios.

No es en ningún caso objeto de esta memoria imponer cargas al concesionario que vayan más allá de lo que efectivamente puede resguardar, proteger y preveer. Pero sí se deben tener en cuenta que el cumplimiento de estos tres

aspectos señalados y frente la incapacidad del autor del daño de responder económicamente, si no se ha establecido en los contratos de concesión una obligación de contratar seguros frente a terceros, debe existir una responsabilidad solidaria entre la concesionaria y el Estado, además de la consecuente persecución penal que corresponda.

Frente a la falta de cumplimiento de las condiciones necesarias para dar cumplimiento a la actividad en un plano de seguridad, o cuando habiendo existido denuncias (aún de hechos aislados) por parte los usuarios de este tipo de situaciones, la concesionaria no haya utilizado los mecanismos de información que deben de existir con el Inspector Fiscal sobre las nuevas situaciones generadas, o no haya tomado los resguardos necesarios para el tiempo que medie entre la comunicación y la respuesta, parece lógico exigir la responsabilidad íntegra de ésta.

4.1.4. Responsabilidad del MOP.

Como se trató de señalar en el punto anterior, la Administración del Estado tampoco se encuentra ajena a la responsabilidad por el desarrollo de la obra concesionada. Es así como el artículo 35, del Decreto Supremo 900, señala: “El concesionario responderá por los daños (...) a menos que sean exclusivamente imputables a medida impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato”.

Cabe también señalar que aún cuando el Estado (MOP) delegue la titularidad del ejercicio y explotación de la concesión, ello no implica que no deba cumplir su rol de fiscalizador o policía de la actividad, para que ésta sea ejercida dentro de los parámetros mínimos de seguridad para todos los potenciales usuarios.

Sobre los casos en los cuales el Estado debe responder aún frente a la delegación de la actividad a un privado se indagará de manera más profunda cuando analicemos la experiencia de Argentina, donde se ha establecido más claramente los casos y situaciones donde el Estado será titular de la responsabilidad, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Bases de la Administración, que en su artículo 42, señala como factor de atribución de responsabilidad la falta de servicio.

4.1.5. Necesidad de un seguro frente a responsabilidad por daños a terceros.

La existencia de seguros que resguarden de cierta forma el patrimonio del concesionario o del Estado, no es una discusión ajena al sistema.

Esto ha sido recogido en el artículo 36 del Reglamento de Concesiones, el cual enuncia: “1. La sociedad concesionaria deberá tomar pólizas de seguro que

cubran la responsabilidad civil por daños a terceros y los riesgos catastróficos que puedan ocurrir durante el periodo de la concesión (...) 2. Las bases de licitación determinarán los plazos, forma, condiciones, modalidades y las demás cláusulas que deberán contener dichas pólizas, así como el procedimiento de aprobación de éstas. 3. Las bases de licitación podrán exigir otro tipo de pólizas de seguro.”

Respecto a los daños generados por terceros, parece, en todo caso, que dicha estipulación no resulta del todo suficiente en relación a que no se establece una obligación para las concesionarias a suscribir pólizas que respondan por hechos de terceros que afecten el adecuado y seguro desempeño del servicio concesionado.

Esta situación, genera que en la práctica la concesionaria responda por los daños efectuados a terceros, ya sean causados por actos propio o de terceros, produciendo una mayor responsabilidad por parte de la concesionaria.

Lo que podría ocurrir en el caso de que la concesionaria adscriba estos seguros, es que sea la aseguradora la que busque repetir en el caso de responsabilidad por hechos de terceros, contra los verdaderos autores del daño.

Es por ello que parece ser una idea aceptable el propugnar la adopción de un seguro por parte de los automovilistas que responda por este tipo de daños, un seguro que sea complementario con los que debe suscribir la Concesionaria y

que no excluya de manera alguna las eventuales responsabilidades e indemnizaciones que otorgue la empresa concesionaria a las víctimas, sino que genere un fondo común con el seguro de los automovilistas, y que sirva para los pagos de servicios médicos necesarios para reestablecer el estado de los usuarios afectados, ya sean patrimoniales o físicos por un periodo determinado.

4.2. Aspectos jurisprudenciales; casos; principios e ideas que subyacen los fallos emitidos por Tribunales de Justicia y la Contraloría General de la República.

Frente a la falta de estudio por parte de la doctrina respecto a la clase de vínculos que se generan como consecuencia de la utilización de autopistas y vías concesionadas por parte de los usuarios, ha sido la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia la que ha venido a buscar fórmulas para lograr obtener en sus sentencias, no sólo aplicación de la ley y justicia sino también equidad en las prestaciones entre los actores de la concesión.

Vasta ha sido la jurisprudencia, y a la vez variada en cuanto a su contenido y establecimiento de los vínculos que emanan del contrato de concesión y entre las concesionarias y los usuarios.

Esta memoria no tiene como objetivo hacer un análisis acabado de todas y cada una de las sentencias y fallos que se han emitido al respecto, sino más bien

establecer a través de estos veredictos, aspectos y principios que pueden determinarse como comunes y así, también, realizar un breve análisis de aquellos fallos que a nuestro juicio, pueden entenderse como los más relevantes.

Para esto, hemos analizado más de treinta fallos, tanto de las Cortes de Apelaciones, Corte Suprema y la Contraloría General de la República.

Resulta impreciso señalar que en todas las sentencias analizadas encontramos aspectos que se relacionen directamente con la determinación de los vínculos existentes entre el usuario y el concesionario, ya que de la mayoría de estos fallos (recogidos principalmente de la base jurisprudencial de Legal Publishing, ex LexisNexis) lo que se concluye es principalmente la determinación y legalidad de los cobros de hasta cuarenta veces el monto adeudado hacia pos usuarios de las autopistas.

Por ello, y para lograr un análisis más profundo, no sólo se realizarán citas en alusión a los respectivos fallos, sino que también, y posteriormente se buscará efectuar una especie de pauta de los criterios adoptados por los jueces, y asimismo los principios e ideas que pueden desprenderse del análisis de las mismas.

4.2.1. Contraloría General de la República.

El Dictamen N° 33.050 de julio de 2008, hace referencia a la situación que vivieron usuarios de la Autopista Vespucio Sur, al no contar en condiciones regulares con el TAG, o que se vieron obligados a comprar pases diarios o tardíos por no poseer dicho dispositivo⁹³.

En este Dictamen se señala no sólo el establecimiento de un registro de los televías distribuidos por las concesionarias, registro que es operado por la Secretaría de Transportes y Telecomunicaciones.

Es mediante este registro que se reciben las funcionalidades respecto a datos del vehículo, el contrato de telepeaje y antecedentes de la sociedad concesionaria, entre otros.

La Contraloría, establece entonces que la entrega del TAG o Transporter, implica, entre varios otros aspectos, el establecimiento de un contrato de telepeaje con el usuario, en el que se establecen las condiciones en la que éste debe utilizarse, como así las obligaciones que debe suscribir quien instale en su automóvil el dispositivo y a la vez haga utilización de estas vías.

⁹³ Dictamen N° 33.050 de la Contraloría General de la República de 17 de julio de 2008, en www.lexisnexus.cl; visitado el 30 de septiembre de 2008.

4.2.2. Cortes de Apelaciones.

Una de las causas más citadas en cuanto a análisis respecto a concesiones de autopistas, es la correspondiente a Carmona, Carolina, con Autopista Central S.A.⁹⁴

En esta causa, se establece que la disposición legal del cobro adicional respecto a los peajes adeudados no tiene la naturaleza de sanción, pues se prescindió de la idea de aplicar una pena, sino que se estableció una indemnización compensatoria, que de acuerdo al artículo 42 de la Ley de Concesiones, debe probarse, indicándose los medios de prueba que para ello debe utilizar⁹⁵.

Este mismo fallo, además de señalar la vinculación con el público en calidad de usuario del servicio, junto con la aplicación de la Ley N° 18.287, se afirma en su considerando décimo quinto que: *“se está en presencia de una sanción que debe imponerse al usuario de una vía concesionada, que no cumple con el pago del peaje, **obligación que asumió al suscribir el Convenio de Televisión** que lo habilitó para circular en la misma (...).”*

⁹⁴ Carmona con Autopista Central; Recurso 1305/2007, Resolución 14.535 de 14 de junio de 2007; Causa Rol N° 25.013-2; en www.lexisnexus.cl; visitado el 17 de noviembre de 2008.

⁹⁵ En este mismo sentido, es posible encontrar estos mismos razonamientos en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto a Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A. con Eleodoro Mora Sepúlveda; autos Rol N° 6695-2007 de fecha 7 de abril de 2008, en www.lexisnexus.cl; visitado el 15 de noviembre de 2008.

Posteriormente señala: “*En la especie se trata de la **existencia de un contrato** en cuya virtud una de las partes se obligó con la otra a pagar por el uso de un bien una determinada tarifa, y en caso de incumplimiento , al pago de las multas previstas en la ley incorporada al contrato (...)*”

La Corte de Apelaciones, en el fallo Tobar Gacitúa con Sociedad Concesionaria Costanera Norte⁹⁶, señala que independiente de la aplicación de las normas referidas a los contratos o a la responsabilidad extracontractual (...) la compensación pretendida no tiene asilo en ninguna norma de Derecho Privado, las que si resultan precisa y enteramente aplicables si se tiene presente que el vínculo que une a la Concesionaria con los usuarios de las vías públicas es una relación de Derecho Privado.

Señala asimismo que: “Para esta Corte, en el caso de la especie no ha habido concurso real alguno de voluntades para obligar al usuario al pago de la suma correspondiente a la indemnización (...), resultando así que el contrato sería de aquellos calificados como gratuito o de beneficencia, en provecho sólo de la Concesionaria, lo que no se cree haya sido el propósito del legislador”.

⁹⁶ Tobar Gacitúa Claudio con Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A.; Rol N° 1255-2008, Fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 2 de mayo de 2008, en www.lexisnexis.cl ; visitado el 17 de noviembre de 2008.

Posteriormente enuncia que en virtud de la eventual aplicación de disposiciones de Derecho Público, el resultado debería ser el mismo⁹⁷.

Asimismo la Corte de Apelaciones de San Miguel en fallo de fecha 22 de noviembre de 2007, señala que en atención al artículo 42 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, se impone al usuario de una vía concesionada que no paga el peaje una multa, es decir, a quien transita en vehículos motorizados por dichas arterias e incumple una obligación contraída con antelación al suscribir el contrato de televía⁹⁸.

4.2.3. Tribunal Constitucional.

El fallo Rol 541-2006, se vincula a una petición de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 42 de la Ley de Concesiones que señala la aptitud de la concesionaria para exigir el valor adeudado por la utilización de la vía concesionaria, aumentado hasta en cuarenta veces dicho monto.

⁹⁷ El considerando 5° del fallo relativo a Sociedad Concesionaria Costanera Norte S.A. con Luis Garrido Figueroa, Rol N° 6129- 2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago reafirma estos señalamientos al considerar el vínculo como uno de naturaleza contractual, siendo a partir del vencimiento de fecha estipulada para el pago cuando queda la Concesionaria habilitada para perseguir el pago.

⁹⁸ El citado fallo corresponde a Autopista Central Concesionaria S.A. con Ana María Muñoz Soto, causa Rol N° 1257-2007.

Se esgrime por el solicitante que dicha disposición pugna con normas constitucionales, particularmente con aquellas vinculadas al derecho de propiedad (Art. 19, N° 24 y 26), lo que podría importar una expropiación de facto, en la cual no se considera la real existencia de perjuicios, ya que estos no requieren ser probados, además de contrariar la noción de jurisdicción, ya que se produce el forzamiento al Juez de Policía Local a imponer especial indemnización compensatoria sin poder establecer si hubo o no perjuicio que la fundamente, o determinar la rebaja del monto, lo que contravendría el verdadero sentido del término anteriormente señalado.

El Tribunal Constitucional señala en sus considerandos aspectos como el hecho que el mencionado artículo fue sometido a control preventivo de constitucionalidad, en que la sentencia Rol N° 236 se pronuncia acerca de la legitimidad constitucional de la disposición.

El considerando quinto hace eco de la idea de indemnización, señalando que ella no ha sido establecida con el carácter de compensatoria sino que consagra una pena civil, lo cual se sustenta también en el mensaje de la Ley de Concesiones, en que se estipula esta sanción con la finalidad de que los usuarios no evadan el pago por el servicio, en atención principalmente al bajo monto por el paso de cada pórtico, que no alcanzaría a motivar una acción judicial.

Finalmente en el considerando decimoquinto se hace mención a que en el caso no existe una expropiación, ni tampoco un apoderamiento por parte de la Administración, "al contrario existe un **contrato** en cuya virtud una de las partes se obliga a la otra a pagar por el uso de un bien, sometiéndose en caso de incumplimiento al pago de las multas previstas en la ley incorporada a la convención, la sanción es impuesta por una sentencia en un proceso judicial desarrollado según el procedimiento previsto por la ley".

En atención a tales considerandos se establece que los derechos constitucionales no han sido impedidos ni entrabados en un grado intolerable.

En síntesis, dicha sentencia establece aspectos relevantes, en orden de declarar que la disposición del artículo 42 es constitucional, y que para entendimiento del Tribunal Constitucional, el vínculo existente entre usuario y concesionario es de carácter contractual.

4.2.4. Principios recogidos por la jurisprudencia.

Si bien en las páginas anteriores tratamos de ahondar y recalcar la clase de vínculo que ha entendido la jurisprudencia que existe entre usuarios y concesionarias, siguen existiendo aspectos que no se logran aclarar mediante la lectura y análisis de los fallos en comento.

A través de los casos enunciados, es posible establecer la existencia de un vínculo contractual y de Derecho Privado. Sin embargo, puede señalarse en el contrato, la existencia de una autoridad (del concesionario) aunque limitada no sólo por el poder de dirección y fiscalización del Estado, sino además por parte de los tribunales de justicia.

Ello se desprende de la posibilidad que tiene tanto usuario como concesionario de acudir a éstos para obtener el cambio o determinación no sólo de responsabilidades, sino también la forma en que debe desarrollarse y prestarse el correspondiente servicio, lo que se desprende no del contrato sino del artículo 23 de la Ley de Concesiones, que establece las características de la forma en que ha de prestarse el servicio.

No existe una sistematización respecto de los resultados y temas sometidos a la revisión y decisión de nuestros tribunales, como tampoco se han señalado, al menos doctrinalmente, los principios en que descansan y que son resguardados por los jueces que tienen a su cargo la toma de decisiones en este ámbito.

Es por ello, y en atención a la cantidad de fallos analizados, que resulta oportuno realizar una enunciación de aquellos principios o conceptos relacionados a las concesiones de autopistas, caminos y vías, que aparecen de forma reiterada en las sentencias relativas a este tema.

Es factible hablar de principios cuando, en atención a la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, nos encontramos frente a:

- a) Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia.
- b) Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.
- c) Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.

Por esto, para obtener una noción básica y necesaria de conocimiento de las posturas adoptadas por nuestros tribunales, señalaremos como principales ideas subyacentes al concepto de concesión de obras públicas las siguientes:

- **Justicia:** Entendida no sólo en la obtención de un resultado apegado a ella, sino justicia en la prestación de servicios orientados a la satisfacción de intereses; como también vinculada a evitar situaciones desventajosas o desmejoradas por parte de los actores.

Al ser un principio que subyace al derecho civil, y por ende al Derecho Privado se encuentra presente en todas las sentencias vinculadas a la responsabilidad de las concesionarias, además de ser una de las principales motivaciones que inducen a las partes a solicitar la actuación del aparato jurisdiccional.

Esta característica, la encontramos recogida, por ejemplo en la sentencia Rol 6695-2007, autos caratulados Sociedad Costanera Norte S.A. con Eleodoro Mora Sepúlveda, al establecer en su considerando 10, que por el hecho de que el demandado no es la persona que conducía el móvil por la autopista evitando el pago del peaje correspondiente, procede el rechazo de la demanda.

Es recogida también en la causa Rol 6695-2007, caratulada Concesionaria Costanera Norte con Mora Sepúlveda, Eleodoro, que en su considerando 9 estipula que el objeto del proceso no es imponer una pena por concepto de infracción, sino una demanda por el pago del peaje más la indemnización del artículo 42, lo que implica la utilización de un criterio racional y justo.

- **Equidad:** Si bien justicia y equidad van de la mano, una de ellas no conlleva necesariamente la otra. La equidad otorga tangibilidad al concepto aristotélico de justicia, dando a cada uno lo suyo, pues ese otorgamiento en atención a nuestro ordenamiento jurídico debe estar orientado a situaciones similares entre las partes, sin establecimiento de ventajas o desventajas para alguna de ellas, exigiendo condiciones y responsabilidades similares para las partes.

El rechazo de la aplicación del artículo 42 de la Ley de Concesiones implica ajustarse a un criterio de equidad, en la medida en que se busca una noción de proporcionalidad, como se aplica en la causa Rol 25.0137- 2002, caratulado Autopista Central S.A. con Carmona Amenábar, Carolina, en la que la Corte de Apelaciones rechaza la procedencia de la indemnización compensatoria, señalando que no tiene el carácter de obligatoria, y que por tanto deben probarse los daños ocasionados.

- **Responsabilidad:** Como fin de la concesión y la prestación de cualquier clase de servicios, implicando tanto una obligación moral como la capacidad de aceptar las consecuencias de los actos realizados libremente, abarcando en este sentido tanto a la empresa concesionaria como al usuario, ya que de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia, ambos se encuentran comprometidos a prestaciones y obligaciones correlativas mediante el convenio de o contrato de televía. Esto es recogido en la causa Rol 25.013-2002 caratulado Autopista Central S.A. con Carmona Amenábar, Carolina, donde en su considerando décimo quinto se estipula que el incumplimiento del pago establecido por la utilización de la autopista, trae como consecuencia el pago de las multas correspondientes que representan un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan el riesgo el régimen de concesiones.

- **Compensación de los daños:** En atención a la forma en que se desarrolla la actividad concesionaria; compensación como herramienta válida y necesaria para obtener la justicia y la equidad. Se mira este principio como de vital

importancia para evitar un daño de tal magnitud que impida el retrotraer al afectado al estado anterior. Señala la jurisprudencia que esta compensación por daños, independiente de que nos encontremos en un marco de Derecho Público o Privado debe ser probada por parte del afectado. Esto se desprende del considerando 11 de la causa Rol 1255-2008, caratulada Tobar Gacitúa con Sociedad Concesionaria Costanera Norte, donde se establece que: "la disposición del artículo 42 de la Ley de Concesiones afecta inmerecidamente y en su esencia el derecho de propiedad del infractor, empobreciéndolo inmerecidamente, calificándose como una verdadera expropiación", de manera tal que la compensación debe ajustarse entonces a criterios legítimos que tengan presente un carácter conmutativo entre las partes contratantes. Asimismo la compensación se establece en virtud de la reciprocidad, por lo que el usuario puede obtenerla, cuando se ha menoscabado su integridad física o patrimonial.

- **Tutela del Estado:** es recalcado por los tribunales, en atención a que la actividad que se está desempeñando está orientada a la satisfacción de intereses colectivos, por lo que debe el Estado tener un rol activo frente al delegado, apareciendo la figura del Inspector Fiscal, quien debe ser un "mirón y acusete" como se señala en el ámbito procesal, para generar en el Estado la certeza de que la actividad encomendada se está realizando del modo más óptimo y correcto, tal como se señala en la causa Rol 541- 2006, en que el Ministro de Obras públicas se hace parte de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La tutela del Estado

alcanza también a la figura del concesionario, al establecer disposiciones que permitan el pago de lo adeudado por los usuarios, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Concesiones, y que también se sostiene el mensaje de la misma.

- **Cumplimiento de aspectos más allá del contrato mismo:** es un punto bastante discutible, pero al concesionario se le exige que, de cierta manera, vaya “un paso más allá”, entendiendo que es éste quien tiene las mejores condiciones y oportunidades para determinar y conocer los puntos problemáticos, así como las fallas relativas al trazado de la concesión, la fiscalización, etc. El concesionario, al ser un delegado de una actividad de servicio público, debe no sólo atender a aspectos tipificados en el contrato de concesión, sino también a aquellos relativos a las obligaciones que el Estado contrae al prestar de forma titular el servicio, evitando la generación de vacíos, como asimismo tener no sólo la noción sino también obtener los respaldos y seguros necesarios para desempeñar la concesión en un plano de equidad.

Este principio no se deriva de una sentencia en particular, sino que es un elemento que subyace a todas ellas, como resultado de la disposición establecida en el artículo 23 de la Ley de Concesiones, donde toda actividad de la prestación del servicio debe orientarse, lo que genera una aplicación de la responsabilidad de la concesionaria a una multiplicidad de casos, e incluso a

ámbitos donde su responsabilidad es claramente menor o inexistente, como en el caso de cruce de animales.

- **Supervigilancia Estatal, Judicial y Contralora:** independientemente del nivel, directo o indirecto, ex-ante o ex-post, el Estado ejerce siempre un control respecto de la actividad concedida, por lo que no sólo debe ajustarse a la legalidad en sus disposiciones, cuyo conocimiento será sometido a la Contraloría o Tribunal Constitucional, sino también a la aplicación de las disposiciones contenidas en su marco regulatorio en un marco de justicia. En caso contrario, existe la posibilidad de que el afectado pueda concurrir a los tribunales de justicia con el objeto de perseguir el reestablecimiento del imperio del derecho.

Como señalamos en el caso del principio anterior, existe el derecho- deber por parte del Estado de mantener una comunicación continua y fluida con el concesionario, instaurando la figura del ya mencionado Inspector Fiscal, como parte de la Administración del Estado, quien tiene la función primordial de mantener la comunicación e información relevante para el Estado en el marco del desempeño de la actividad otorgada en concesión.

Este carácter puede desprenderse del fallo Rol 22-2007, caratulado Fottes Iribarren con Sociedad Concesionaria Elqui, donde se señala que la naturaleza del vínculo entre Estado, que celebra un contrato por medio del Ministerio de Obras Públicas, con el concesionario es de Derecho Público, de lo cual se

desprende que siempre hay un interés social involucrado, por lo que debe haber cierta supervigilancia.

- **Igualdad:** Podría eventualmente confundirse con el principio de la equidad, sin embargo, entendemos la igualdad en el sentido de trato similar entre las partes vinculadas directa o indirectamente por el contrato de concesión de modo tal que no se generen preferencias respecto a quienes se vinculen por medio del mismo.

De acuerdo a la postura adscrita por la jurisprudencia⁹⁹, debe establecerse una igualdad en la forma en que las concesionarias solicitan, por ejemplo el pago de hasta cuarenta veces el monto adeudado, por lo que independiente de la posibilidad establecida en la Ley de Concesiones, en virtud del principio de igualdad, no podría establecerse una situación más beneficiosa para este, omitiendo la obligación de probar el daño causado como requisito para operar esta indemnización.

Estos principios, similares a aquellos que operan en todas las áreas de nuestro derecho nacional, y mediante la aplicación de la ley, es que las personas que forman parte del Poder Judicial, como así también nuestros tribunales y las personas que acuden a ellas deben orientar sus fundamentos e intereses,

⁹⁹ Estipulado en las causas Rol 25.013- 2002, en Rol 1255- 2008, Rol 6129- 2007; Rol 1257- 2007 y, en general en todas aquellas que versen sobre el pago de los peajes adeudados, por la utilización de las vías concesionadas.

principios que subyacen no sólo a la doctrina, sino también, y principalmente a la ley.

5. CAPÍTULO V: El Contrato de Concesión de obra pública a la luz de experiencias extranjeras.

Si bien nuestro país se erigió como pionero en el sistema de concesiones de obras públicas a nivel latinoamericano, parece ser útil realizar un análisis del desarrollo de este sistema en otros países, ya sea de Europa o de nuestro continente, todo ello con el fin de rescatar aspectos que puedan ser relevantes para generar nuevas directrices para nuestro sistema concesional.

Aprender que nuestras falencias, (señaladas en los capítulos anteriores, principalmente en relación a la indeterminación del vínculo entre usuarios y concesionarios, y el alcance de su responsabilidad) pueden ser similares a otras, en las cuales las formas de solución de conflictos que utilizan países como España, Argentina o Colombia, parecen cobrar importancia para realizar (en nuestro país), las modificaciones necesarias tendientes a lograr un mayor fortalecimiento de esta clase de contratos.

5.1. España.

La Ley 30/2007, relativa a los Contratos de las Administraciones Públicas, establece en su Artículo 7 una definición del Contrato de concesión de obras públicas, entendiéndose por tal: *“un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6¹⁰⁰, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”*

En sus inicios, la regla general de elección de los contratistas para la Administración, se basaba en el principio de la subasta pública; subasta de la cual se derivan hasta la actualidad la determinación de la igualdad para todos los españoles que pretendían ser contratistas del Estado¹⁰¹, donde la idea básica que se ha adscrito por la legislación española radica en el contratista como colaborador de la Administración, gestor de un servicio público.

¹⁰⁰ Dicho Artículo hace alusión a los contratos de obras, es decir, aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de un trabajo.

¹⁰¹ PARADA VÁZQUEZ; “Derecho Administrativo”; Tomo I; Séptima Edición; Editorial Marcial Pons; Madrid; 1995; Pp.202 y 203.

El sistema de contratos y concesiones en España, viene dado especialmente por la Ley 13/2003, correspondiente a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y la Ley de Contratos del Sector Público.

Es la Ley 13/2003, que en su exposición de motivos, señala la estrecha relación que debe existir entre el desarrollo económico y la mejora de la calidad de vida, así como la creación de infraestructuras y de servicios considerados esenciales para la vida en sociedad.

La ley en comento viene a establecer el régimen regulador de la concesión que el Estado estima, en principio irrenunciable, para que la institución cumpla el nuevo papel que la sociedad reclama, lo cual es vinculado al desarrollo económico.

De acuerdo a esta ley, con la puesta en marcha de la institución de la concesión, la financiación y construcción de las obras públicas se vincula a algunas de estas modalidades:

- a) Construcción mediante un contrato administrativo de obras, con financiamiento de una o varias administraciones públicas en función de la finalidad de las obras, y eventualmente con fondos de la Unión Europea.

- b) Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo modalidad de abono total del precio (financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración).

- c) Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privados.

Según la Ley, la figura de la concesión tiene sustento en cuatro conceptos o notas fundamentales, siendo éstos la “obra pública”, “riesgo concesional”, “equilibrio económico de la concesión” y “diversificación de la financiación”.

Descansa en el concepto de obra pública la noción de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto que es aprobado por la Administración; en esta nueva regulación se admite la posibilidad de una explotación económica, cobrando el principal significado cuando es susceptible de constituirse en pos del servicio y del interés público.

Es la misma exposición de motivos que encabeza la ley, la que señala que “reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación”.

En tal caso, evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que la coherencia se impone para moderar adecuadamente los límites del riesgo si se quiere atraer el capital y participación privadas”.

El sistema concesionario español establece entonces una asunción de riesgos en proporción sustancial por parte del concesionario para guardar el verdadero significado del contrato de concesión.

Descansa a su vez en este contrato (desde la noción del Derecho Español) el principio de equilibrio económico, siendo esencial a la naturaleza de éste el deber de recomposición de los daños, cuando se altere este equilibrio por causas tasadas que la ley establece en el marco pactado entre la Administración y el contratista, que determinen los riesgos y beneficios del concesionario.

Se señala que “el equilibrio deberá reestablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario”.

En atención a la responsabilidad y riesgo que se generan como resultado de la explotación de la concesión, el artículo 239 de la Ley 13/2003, hace referencia a que las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, salvo en

aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por la Administración. Asimismo, establece que si la concurrencia de fuerza mayor generara mayores costes, se procederá a ajustar el plan económico- financiero.

Se señala también, los derechos y deberes que tiene el concesionario cobrando especial importancia el artículo 243 que establece entre las obligaciones del concesionario no sólo el de explotar la obra pública asumiendo el riesgo económico de su gestión, sino además admitir la utilización de la obra pública por todo usuario basado en principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono de una correspondiente tarifa, pero especialmente cobra relevancia el hecho de establecer la obligación de indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causas que le sean imputables.

En cuanto a la relación que surge entre usuario y concesionario, se señala constantemente que ésta se encuentra generada por medio de una tarifa, que es fijada por la Administración con carácter de máximo, pudiendo las concesionarias establecer valores inferiores.

La Ley de Contratos de la Administración Pública 13/1995, actualmente derogada pero cuyas disposiciones han sido recogidas por la Ley 30/2007, ya hacía mención a que la orientación de la actividad contractual del Estado debe realizarse de manera unitaria y en condiciones de igualdad de los intereses generales de todos los españoles. Si bien es cierto que se aplica para todo el

Estado, dicha normativa respeta los parámetros constitucionales sobre la forma de Estado y reconoce por lo demás la suficiente autonomía de sus comunidades para que éstas introduzcan la regulación legal más conveniente¹⁰².

Todo ello se ha visto de cierta forma morigerado con la inclusión de este país en la Unión Europea, dado que la Comisión Europea ha expuesto en diversas comunicaciones la necesidad de uniformar las consecuencias de la regulación que la ley hace de la concesión de obras públicas, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 13/2003.

Para la doctrina española, la mixtura entre Derecho Público y Privado en la regulación contractual de la Administración, no le quitaría el carácter de administrativo al contrato que celebra la Administración. Ni siquiera cuando en el ordenamiento español se aplica por mandato expreso de la ley la clasificación de contrato de Derecho Privado de la Administración, aunque en su esencia sea privado, ese contrato es y seguirá siendo, de la Administración¹⁰³.

Respecto a la forma (y el derecho aplicable) como el aparato estatal se relaciona con el contratista, la contratación pública tiene una fundamentación propiamente de carácter subjetivo (de la figura de la Administración) que viene

¹⁰² EXPÓSITO VÉLEZ Juan Carlos; "La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español". Análisis de la selección de contratistas; Universidad de Externado de Colombia; 2003; P.130.

¹⁰³ Idem. P. 207.

dada por la naturaleza propia de poder público¹⁰⁴, siendo éste el fundamento de quienes adscriben la postura de carácter público de estos contratos.

Quienes sostienen la posición contraria, señalan que cuando se presenta el contrato de la Administración, la autoridad constitucional del Estado cambia y se convierte en una persona moral con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo¹⁰⁵; sin embargo para el sistema español, esta teoría no tendría mayor validez, ya que la figura del Estado al gozar de regulación propia, será objeto de estudio y regulación por parte del Derecho Administrativo, y, por ende, de los entes públicos.

El contrato administrativo es un contrato de adhesión, ya que en el ejercicio del poder administrador del Estado se manifiesta claramente en la regulación fuerte e intensa de ella, que la diferencia de los contratos privados.

La facultad de aplicación de las cláusulas exorbitantes, aún implícitas en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de actividades que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, explotación o concesión de bienes del Estado genera como consecuencia obvia y necesaria, un privilegio del Estado frente al contratista, donde la igualdad es formal y no material¹⁰⁶, cabe sólo entonces para el contratista una aceptación o rechazo, en bloque, de las cláusulas.

¹⁰⁴ LÓPEZ MUÑIZ; José Luis; "Introducción al Derecho Administrativo"; Editorial Tecnos; Madrid; 1986; Pp. 83 y ss.

¹⁰⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos; Op. Cit. P. 219 y siguientes.

¹⁰⁶ Ídem.. P. 257.

La ley de concesiones de obras públicas española, ha servido de influencia para países latinoamericanos como es el caso de Colombia, que es la ley que analizaremos posteriormente. Sin embargo, a modo de establecer aspectos relevantes de la ley española, cabe señalar que a nuestro juicio no establece aspectos innovadores, sino que opta por regular la mayor cantidad de situaciones de responsabilidad, no en atención a casos puntuales sino basados en principios inherentes al concepto de contrato de concesión.

Parece ser en este aspecto, de vital relevancia para lograr establecer diferencias con otras legislaciones como, asimismo, para poder resolver eventuales conflictos, el hecho de tener la ley una exposición de motivos (especie de mensaje), donde cobra importancia el señalamiento de aspectos que se consideran como pilares de sustento para el desarrollo del contrato de concesión.

En relación al vínculo que puede surgir (y que en la práctica surge) entre el concesionario y el usuario, es poco lo que se dice, salvo señalar que este último se obliga al pago de una tarifa, lo que le otorga una noción de cierto modo tributario, lo que no nos hace sentido, ya que más que una carga económica para éste, parece ser una retribución a un servicio prestado.

5.2. Colombia.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala que: *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad conceden te, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.*

El proceso concesionario que se desarrolló en Colombia durante la década del noventa, fue bastante innovador, en el sentido de ejecutarse en tres etapas, realizadas de manera paulatina, para evitar una masificación de inconvenientes respecto a la puesta en marcha¹⁰⁷.

¹⁰⁷ ACOSTA, Olga ; ROZAS Patricio; SILVA Alejandro; “Desarrollo Vial e Impacto Fiscal del sistema de concesiones en Colombia” ; Serie Recursos Naturales e Infraestructura; CEPAL; Año 2008; P. 11 y siguientes.

La primera generación de concesiones tuvo como principal tarea llevar a cabo la rehabilitación y ampliación de calzadas, en un ámbito de poco nivel de información para asignar riesgos, así como también de ausencia de diseños a nivel de detalle y de licencias ambientales.

En esta primera etapa, existieron aspectos que no se contemplaron con suficiente profundidad, como lo relativo a la obtención de financiación, solución de controversias, mecanismos de liquidación de contratos y casos de fuerza mayor.

La segunda etapa busca mejorar la estructuración de los proyectos a través de una adecuada asignación de los riesgos, impulsando estudios de ingeniería definitivos tanto de demanda como medioambientales.

Lo más relevante en esta segunda etapa radica en el método adoptado para la asignación de riesgos, ya que mientras la obra se encuentre en la etapa de construcción, permisos, entre otros, el riesgo fue asumido en su totalidad por el concesionario. Sin embargo, en materia de fuerza mayor, éste fue asumido por el INVIAS¹⁰⁸ para los casos (de riesgo o fuerza mayor) no asegurables.

¹⁰⁸ Sigla correspondiente al Instituto Nacional de Vialidad, institución que ejecuta políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación.

Finalmente, la tercera generación de concesiones puso énfasis en la atención de los corredores viales que conectan los centros productivos con los puertos y accesos a las ciudades.

Durante la tercera etapa (y al igual que en la segunda etapa), el plazo de concesión es variable y retorna al Estado una vez que el concesionario obtiene su ingreso pactado.

Uno de los aspectos que se ha destacado por parte de otros países en relación al sistema de concesiones llevado a cabo por Colombia, se relaciona con el tratamiento acabado que hace a las variadas formas de servicios públicos, así como, también, por contemplar procedimientos de resolución de controversias, distribución de riesgos, etc.

En este ámbito, la Ley 1150 de 2007, relativa a la contratación con recursos públicos, señala: “Las reglas y procedimientos que deberán atender la administración y los promotores y la publicidad del proceso deberán garantizar la libre competencia y oportunidad de quienes participen en el mismo.”

Es esta misma ley, la que señala en su artículo 5 en relación a la distribución de riesgos en los contratos estatales que “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

Parece ser bastante clara la normativa al respecto. Además, en este mismo ámbito, se encuentra la Ley 80 de 1993, relativa a la contratación administrativa, la cual, en ese entonces ya había establecido formas y condiciones para la contratación.

La ley antes citada, establece una definición de servicio público, señalando que son aquellos destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado.

Es así como establece, también, derechos y deberes tanto para el Estado, como para el ente contratista, donde se establece como deber de este último el garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados, debiendo responder por ello.

El artículo 13, establece la forma como se vinculan el Estado y el concesionario, señalando la legislación aplicable en esta clase de contratos, señalando: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto (servidores y servicios públicos) se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

Se establecen, también, regulaciones frente a alteraciones que se produzcan en el contrato, donde si se afecta éste en un 20% o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución.

La contratación estatal está regida en este ámbito por principios como la transparencia, economía, ecuación contractual y responsabilidad. Es en virtud de este último principio que se establecen como obligaciones de los servidores públicos:

- Buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.
- Responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, debiendo indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.
- Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.
- Los contratantes responderán y la entidad velará por la buena calidad del servicio prestado.

Resulta entonces bastante claro, que la relación entre el Estado y el concesionario se basa en un vínculo contractual, el cual se ejerce en un plano de autoridad, pero mucho más restringido que lo establecido en nuestra

normativa, puesto que se resguarda (aún más que en nuestro país) la figura del co-contratante, estableciéndose reglas y principios que evitan que se produzca un daño económico como resultado de las políticas llevadas a cabo por el Estado.

¿Qué sucede entonces en cuanto al vínculo entre el concesionario y el usuario?

En este plano, no cabe duda alguna que el concesionario debe responder frente al usuario por toda clase de daños (directos tanto previstos como imprevistos) que se produzcan como resultado de la utilización de la vía concesionada, pues dicha responsabilidad descansa en un mandato legal expreso, el de proveer la seguridad y calidad en el servicio prestado, de modo tal que se extiende al ejercicio cabal e íntegro de la actividad.

Aunque la ley colombiana no realiza un análisis sobre la clase de vínculo que existe entre el usuario del servicio y el concesionario, no obstante cuando establece la responsabilidad objetiva de éste, parece ser que lo más coherente es que éste descansa en la existencia de un vínculo contractual, similar a los contratos de adhesión.

En atención a los contratos enmarcados en los servicios públicos domiciliarios, se ha señalado que el Estado interviene a través de la ley para la protección de uno de los extremos de esta relación, con el fin de igualarlos en un plano

jurídico, característica de lo que se denomina derecho de consumo¹⁰⁹: la ley intervendría determinando condiciones de formación, contenido y ejecución de sus contratos.

Para la doctrina y legislación colombiana, al Estado le corresponde adoptar todas las medidas que sean indispensables para corresponder a la alta responsabilidad social que le es propia en razón de la prestación de los servicios públicos¹¹⁰. Es por ello que cualquier clase de responsabilidad se sustentaría en el compromiso que recae entre el Estado y los Servicios Públicos, con soportes en la Constitución, que en su artículo 1 aboga por la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integran.

La legislación de Colombia ha entendido que este tipo de relación (usuario-Concesionario) descansa en el Derecho Privado, pues resulta imprescindible que entre concesionario y usuario se logre el consentimiento sobre la cosa a contratar y la causa o contraprestación del mismo¹¹¹.

Si bien el concesionario es un pseudo representante de la Administración, donde no son delegadas en el privado todas las facultades que posee la

¹⁰⁹ ÁLVAREZ CASALLAS; Leonardo; "Los actos y prerrogativas de los prestadores de Servicios Públicos domiciliarios", en III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo; Op. Cit. P. 288.

¹¹⁰ OSTAÚ DE LAFONT, Rafael; "Propuesta para reorientar la protección del administrado- usuario de los Servicios Públicos"; en III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo; Op. Cit. P.514.

¹¹¹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos; Op. Cit. P. 207.

Administración, ello no implica necesariamente que conserve la característica de supremacía y autoridad tan propias de la contratación con el Estado.

En efecto, inicialmente la relación mencionada se traducía en un vínculo directo de poder, de mando y de control dentro de la órbita de la acción estatal; por el contrario, cuando el particular es investido de la potestad de prestar servicios públicos, es evidente que la fuerza de los acontecimientos lo convierte en un “colaborador”, con un carácter sustitutivo de la responsabilidad de éste que no proviene de una imposición sino que de un acuerdo de voluntades¹¹².

En este plano, se genera la problemática respecto al riesgo en el patrimonio, donde el concesionario se transformaría en un socio no sólo gestor, sino también capitalista generando una notoria horizontalidad en la relación entre ambos.

En Colombia se plantean, también, conflictos respecto a las enormes utilidades que se generan por parte de quienes explotan algunos de estos servicios públicos, lo cual contrastaría con la noción de finalidad social de éstos.

Se puede entender, que el usuario es protegido, también, por el Estado, como lo señalamos en el ámbito de la ley de consumo, de manera tal que frente a abusos por parte del concesionario, podría la Administración accionar en su contra.

¹¹² OSTAU DE LAFONT, Rafael; Op. Cit.; P. 503.

Si entendemos la consensualidad, como la actividad coordinada, en que las partes contratantes pueden pactar libremente las cláusulas, en un plano de justicia y equidad, parece imposible que el vínculo entre usuario y concesionario sea uno de éstos.

Sin embargo, al entender la consensualidad como una relación frente a la cual ninguna de las partes contratantes puede vulnerar los derechos de la otra, en atención al principio de justicia y equivalencia de las prestaciones, parece ser probable que nos encontremos frente a una relación de estas características.

En esta clase de situación no existirían cláusulas exorbitantes, ya que las cláusulas que se incorporan en el Derecho Privado para la celebración de contratos entre particulares como son el objeto, precio, plazo de ejecución, entre otras, existen además otras especiales que son ajenas al derecho común, y cuyos efectos prácticos se alejan del querer netamente privado que lleva impreso una relación negocial particular¹¹³.

Respecto al contenido del contrato, y las cláusulas exorbitantes, si bien no cabe negociación en las cláusulas entre usuario y concesionario, existe la posibilidad de no vincularse entre ellos, y utilizar vías alternativas en vez de las rutas concesionadas.

¹¹³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos; Op. Cit. P. 245.

Resulta imposible que cada usuario tenga reuniones para negociar cuánto están dispuestos a pagar con cada tramo, siendo por ello que se realiza un contrato de forma tácita, donde las partes contraen obligaciones recíprocas no firmando un contrato propiamente tal, sino aceptando las obligaciones que resulten de la utilización de las vías concesionadas, para con la empresa, como asimismo ésta con el usuario.

Sigue siendo, de todas formas, difuso el criterio diferenciador entre la consensualidad existente en esta clase de vínculo.

5.3. Argentina.

5.3.1. Contexto económico social de la Ley de Concesiones de Argentina.

La Ley N° 17.520, de Concesiones de Obras Públicas, de la Nación Argentina, data de fines de la década del sesenta, y su finalidad principal es dotar a la República de la infraestructura necesaria para posibilitar el desarrollo de la nación.

Es así como en la presentación del proyecto de ley (enunciado anteriormente) se señala : “En los últimos años se ha operado en el país una paulatina disminución de la inversión en las obras públicas, ocasionada por variadas

circunstancias que ha producido un creciente deterioro en nuestra infraestructura, que llega a ser en algunas actividades realmente alarmante”¹¹⁴.

Si bien, la realidad del país vecino es diametralmente opuesta a la de nuestro país, creemos necesario aportar algunos datos que sirvan para consolidar nuestra ventajosa legislación en esta materia, o bien, encontrar aspectos que puedan resultar relevantes para sobrellevar aspectos conflictivos en estas mismas áreas.

Argentina ha sido una nación constantemente afectada por las crisis económicas. Por lo mismo, los recursos que hasta ese entonces provenían de los impuestos, no permitían encarar con la agilidad necesaria la creciente necesidad de crecimiento en materia de obras públicas.

Es así como la misma presentación del proyecto de ley N° 17.520 señala que la experiencia en otros países ha demostrado que una legislación adecuada que despierte la iniciativa privada, con las garantías e incentivos necesarios, el interés por la inversión en las obras públicas, ha permitido resolver problemas cuya solución de otra manera hubiera requerido muchos años y gran esfuerzo estatal.

¹¹⁴ Presentación del Proyecto de Ley N° 17.520, de concesiones de Obras Públicas en Argentina, en www.biblioteca.afip.gov.ar/gateway.dll; consultado el 7 de abril de 2009.

Es en este contexto entonces, donde emerge la ya citada ley N° 17.520, con miras, principalmente al ahorro público interno y externo, por medio de entes concesionarios, dirigido, principalmente a satisfacer la creciente demanda de obras públicas en condiciones de estabilidad y confianza.

5.3.2. Principios e ideas sobre los que descansa la Ley N° 17.520 sobre concesiones de obras públicas.

La ley que establece y regula los mecanismos necesarios para el otorgamiento de concesiones de obras públicas, por parte del Estado Argentino, se reduce a diez artículos, en los que se menciona de manera sucinta las formas, plazos y condiciones en las cuales se puede acceder a este tipo de concesiones.

El artículo 1 de la citada ley, establece que la concesión se otorgará por decreto del Poder Ejecutivo, pudiendo otorgarse concesión de obras ya sea para explotación, administración, reparación, ampliación, conservación de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario.

No obstante, el otorgamiento de concesiones por parte del Poder Ejecutivo, éstas podrán ser otorgadas por el Ministro de Obras y Servicios Públicos mediando delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional, en aquellas

situaciones en las cuales las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren financiadas con recursos o créditos a obtenerse por parte del Estado.

El sistema de concesiones en Argentina, descansa, económicamente hablando en tres posibilidades de otorgamiento de concesión, siendo éstas:

- A título oneroso, en la que se impone al concesionario una contribución determinada ya sea en dinero, o bien, en una participación sobre los beneficios a favor del Estado.

- Gratuita.

- Subvencionada por el Estado, con una entrega inicial durante la construcción o con entregas en el periodo de la explotación reintegrables o no al Estado. En este sentido el artículo 2 de la ley N° 17.520 señala que no se considerará subvencionada la concesión por el sólo hecho de otorgarse sobre una obra ya existente.

Este tipo de concesiones, se otorgan a través de procedimientos administrativos, como la licitación pública, contratación directa (ya sea con entes públicos o con sociedades de capital estatal), o bien por contratación con sociedades privadas o mixtas, para lo cual se solicitará presentación de solicitudes que establezcan e identifiquen a grandes rasgos el objeto a contratar.

Otro aspecto (o principio) sobre el cual descansa esta ley es el respeto (en la etapa de construcción) a las normas legales establecidas para el contrato de obra pública en todo lo que sea pertinente. Surge entonces una inquietud, ¿Qué sucede con el apego a la normativa en otras áreas de la concesión?

A nuestro juicio, parece ser que se debilita la aplicación o apego irrestricto a la normativa legal vigente, atribuyéndole gran relevancia al propio contrato de concesión, en cual, de acuerdo al artículo 7 de la ley, señala que deberá contener o definir:

- El objeto de la concesión,

- Su modalidad, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 de la ley,

- El plazo,

- Las bases tarifarias y procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes de este régimen,

- Composición y facultades de la delegación aplicables en el evento de que el Poder Ejecutivo decida crear sociedades anónimas con o sin mayoría estatal,

- Garantías a acordar por el Estado,

- Alcances de la desgravación impositiva,
- Procedimiento de control contable y fiscalización de los trabajos técnicos,
- Obligaciones recíprocas al término de la concesión, y
- Causales y las bases de valuación para el caso de rescisión.

De este modo, podemos colegir que frente a la falta de menciones legales expresas en ámbitos como responsabilidad, fiscalización, causales de caducidad u obligaciones contraídas, es el propio contrato de concesión el que vendría a resolver estos conflictos o, en su defecto, y como veremos más adelante, una interpretación por parte de la propia Administración.

En este mismo sentido, creemos que resulta necesario para otorgar mayor credibilidad a estas concesiones, el establecimiento legal de aspectos que regulen el ejercicio de éstos, de manera que no queden al casuismo de cada contrato, sino que sean obligaciones y responsabilidades aplicables a todo tipo de contratos de concesiones.

Cabe hacer una mención en lo relativo al principio sobre el cual descansa la prestación de la concesión, y es que es el artículo 10 de la ley, el que señala que se declaran de utilidad pública y sujetos a expropiación todos los bienes

muebles e inmuebles requeridos para la realización de las obras comprendidas en la presente ley.

De esta forma, la ley de concesiones de Argentina, busca resguardar la idea básica de que el Estado, además de estar orientado al bienestar de la comunidad, debe resguardar el desarrollo económico del país, por lo cual declara susceptible de expropiación todos aquellos bienes necesarios para la prosecución de estos fines aún en contra de los intereses económicos de los contratantes, sustentándose en la idea de las necesidades sociales o públicas, vinculadas a la noción resupremacía de éstas por sobre intereses societarios o económicos.

5.3.3. Principales falencias, debilidades y conflictos de la Ley de Concesiones de Argentina.

Es innegable señalar que todo acto realizado por la Administración, se encuentra sujeto a la supervisión no sólo por la ciudadanía, sino también por el ojo crítico de políticos o estudiosos de estas áreas.

Entendiendo el proceso concesionario en América Latina como resultado de necesidades de modernización, con imperiosos deseos de superar el déficit existente en materia de construcción de infraestructura pública, es que

comienzan a emerger legislaciones al respecto, sin dejar de lado problemáticas que nacen de la mano con éstas.

5.3.3.1. Situación económico- política de Argentina.

Para nadie a estas alturas resulta desconocido, los constantes conflictos que se han desencadenado a raíz de las innumerables crisis, ya sean políticas o económicas, que han afectado a Argentina.

Tal vez, la mayor de las dificultades fue la que afectó a este país durante el año 2001, ya que las medidas que tomó el gobierno para paliar la crisis, desencadenaron restricciones fuertes en los derechos propietarios, como medida para hacer frente a la fuga de depósitos bancarios, poniendo en cuestión la naturaleza constitucional de estos derechos (como el de propiedad sobre esta clase de bienes) y, por ende, la fuente jurídica de los contratos en la Ley Suprema¹¹⁵.

Son estas crisis, las principales detonantes de la falta de credibilidad y seguridad necesarias para atraer la inversión extranjera, necesaria para el desarrollo del sector de construcción de obras públicas, no sólo vinculados a los

¹¹⁵ GELLI, María Angélica; "La estabilidad de los contratos y la emergencia del default", en El Contrato Administrativo en la actualidad (Director Agustín Gordillo) , suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina, La Ley; Ediciones La Ley; Argentina ; Mayo 2004; P.19.

recursos sino también en relación a la calificación de los profesionales y tecnología aplicable a estas actividades.

5.3.3.2. Aplicación de la Ley de Contrataciones.

De cualquier modo, no se puede realizar un análisis únicamente basado en la Ley de Concesiones de Obras Públicas de la República de Argentina, sino que también es necesario vincularlo con el sistema (y ley) de contrataciones que se aplica en dicho país, en virtud del artículo 4 de esta ley, que señala la aplicabilidad de ésta en materia de contratos de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.

Uno de los principales conflictos que se plantean, ha radicado en la debilidad e imprecisión que permitiría a algunos argumentar a favor del carácter administrativo de cualquier contrato que la Administración celebra mostrando su vinculación- que directa o indirectamente siempre existirá- con los intereses generales que ella debe defender¹¹⁶.

De esta forma, contratos considerados como Derecho Privado (como el caso del arriendo de un inmueble), queda perfectamente integrado en las definiciones

¹¹⁶ MAIRAL, Héctor; "La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas", en El Contrato Administrativo en la actualidad (Director Agustín Gordillo), suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina, La Ley; Ediciones La Ley; Argentina ; Mayo 2004; P.4.

que existen respecto al contrato administrativo, siendo, como señala Mairal en su texto “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, sostenido por autores trasandinos como Marienhoff¹¹⁷.

Esta forma de extralimitar las funciones y atribuciones del contrato administrativo, generan gran incertidumbre en los co-contratantes del Estado, ya que desconocen cuáles son sus derechos para con éste, pues podrían, eventualmente verse sujetos a un régimen que altere las condiciones iniciales de contratación.

La forma más evidente de la facultad de alteración de la normativa, radica en la expresa mención que hace la ley de contrataciones de la Administración Nacional, en su artículo 1, inciso final donde señala: “Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de Derecho Privado.”.

Entre las principales críticas que suele hacerse al sistema de contratación de Argentina, cabe destacar las siguientes:

- Como se mencionó anteriormente, una de las mayores críticas radica en la extensión que se hace de los contratos administrativos a cualquier clase de contratos donde esté involucrada la Administración, implicando entre ambos un

¹¹⁷ Ibíd. P.6.

vínculo contractual, y más precisamente, vinculados a través de un contrato administrativo, lo cual se desprende del tenor literal de los artículo1 y 4 de la Ley de Concesiones de dicho país, en el cual el artículo 1 establece que toda contratación de la Administración se presumirá administrativa, además de lo establecido en el artículo 4, donde se extiende la aplicación de sus disposiciones en una amplia área, tales como licencias, concesiones de obras públicas, de servicios públicos, etc.

- Las enormes prerrogativas que se otorgan a la Administración como, por ejemplo, el interpretar contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, entre otros, derivada principalmente del mensaje del proyecto de ley, y acentuado como resultado de las continuas crisis económicas en que se ha visto envuelta la nación trasandina.

- La facultad de modificación unilateral, aparece conferida sin grandes límites en cuanto a los aspectos del contrato sobre los que se puede incidir, ya que en atención a la misma ley, sólo se establece un tope en relación a la cantidad contratada (20%)¹¹⁸.

- De esta forma, y derivado del punto anterior, se podrá entender que pueden eventualmente modificar no sólo el objeto de la prestación sino, también, aspectos como forma, plazo, lugar de pago y fecha de la entrega, siempre que

¹¹⁸ Ibid.. P. 7

el interés público así lo exija, lo cual es muy difícil de controlar por parte de los tribunales, lo que sin duda se reafirma con la ley N° 23.696, de Reforma del Estado, publicada en 1989 y por la ley N° 25.344 del año 2000, también sobre emergencia económico- financiera y que tiene por objeto establecer estados de emergencia administrativa, así como también introduce modificaciones a la ley de concesiones, para el evento de encontrarse en la situación de emergencia antes citado.

- Restricción de los derechos del contratante, ya que el ejercicio de la potestad de revocar, modificar o bien sustituir el contrato por la Administración no le acarrea la obligación de indemnizar el lucro cesante, que en algunos casos había sido acogido por la Corte Suprema¹¹⁹. Respecto a la recomposición del contrato, el co-contratante también se encuentra en una posición desventajosa, ya que sólo tendrá derecho a éste cuando acontecimientos extraordinarios o imprevistos de origen natural tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo, todo lo cual se desprende del Decreto 1023/01 correspondiente al Régimen de Contrataciones de la Administración General. Se excluye en este sentido la posibilidad de alegar la devaluación súbita como causal de recomposición.

- El co- contratante sólo se liberará de la obligación de dar cumplimiento a las prestaciones contraídas en caso de configurarse caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas

¹¹⁹ Ídem. P. 11

nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1023/ 01. De este modo se excluye la administración provincial o municipal.

- Inexistencia de regulación del vínculo que se genera entre el usuario y el prestador del servicio público o la concesión de éste, lo que se ha resuelto de una u otra forma por parte de los tribunales.

5.3.3.3. Responsabilidad de los Concesionarios frente a los usuarios.

Al igual como sucede en nuestro país, la legislación Argentina carece de una determinación de la clase de vínculo que existe entre el usuario de la ruta concesionaria y ésta, lo que ha llevado a una discusión doctrinaria al respecto, donde parece ser que las posturas mayoritarias abogan por la existencia de un vínculo contractual y otras por una relación de consumo.

En el marco de una relación contractual, se ha señalado, que la clase de responsabilidad que acarrea es de esta naturaleza, ya que el automovilista sólo accede al uso del camino mediante el pago del peaje, que no es tributo ya que incluye la aplicación del IVA.

Existiría de este modo un convenio de adhesión de naturaleza privada, con desigualdad de posiciones entre las partes, mínimamente morigerada por la Administración Pública¹²⁰.

Al acoger esta postura, podemos señalar que surgiría tácitamente por parte del concesionario una obligación de seguridad frente al conductor, asegurándole a éste que tanto su persona como aquello que transporta, no sufrirán daños durante el trayecto.

Para Sancho y Leiva, resulta evidente que la concesionaria no sólo tiene a su cargo la realización, mantenimiento y reparación (así como también reparación) de las obras de la autopista o ruta, sino que además recae sobre ésta el deber de seguridad frente a los usuarios de las rutas.

La doctrina Argentina, distingue sin embargo, que existen situaciones particulares en las cuales se desencadena una responsabilidad del Estado, el cual se basa en el dominio público que tiene éste sobre las cosas en virtud de lo señalado en el artículo 1113 del Código Civil, ya que la eventual culpa de un tercero o de varios terceros (en el caso del concesionario) no es susceptible de exonerar la responsabilidad que también incumbe al Estado como dueño o

¹²⁰ SANCHO, Ricardo y LEIVA Claudio Fabricio; "Responsabilidad del Estado y los Concesionarios viales en los accidentes de tránsito producidos en las rutas", Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños", Buenos Aires, octubre de 2002. En www.aaba.org.ar/b130op56.htm; Consultado el 7 de abril de 2009.

guardián de una cosa riesgosa cuya segura custodia es un deber indelegable de éste¹²¹.

Se pueden entonces señalar como deberes de la concesionaria:

- Hacer segura la circulación; tomando medidas como advertir peligro a los conductores, señalamiento y advertencia de obstáculos entre otros.
- Servicios de emergencia; la concesionaria debe contar con éstos para ayudar al socorro de situaciones dañosas a las posibles víctimas.
- Conservación y mantenimiento, lo que implica realizar una correcta conservación y mantenimiento de las rutas.
- Deber de información, ya sea a la autoridad correspondiente como a los usuarios, de situaciones riesgosas o peligrosas que se produzcan en sus vías.

Las obligaciones y responsabilidades que se acarrean para el Estado, se encontrarían limitadas, siendo éstas:

- El Estado debe responder cuando el concesionario actúa como ejecutor de medidas, cláusulas u órdenes impuestas por la Administración.

¹²¹ Ídem.

- Concesionario actúa como delegado de la Administración para poderes extraconcesionales, por ejemplo, ciertas facetas del poder de policía.
- En aquellas situaciones donde el concesionario actúa dentro de su giro o tráfico propio empresarial.¹²²

Para quienes entienden que el concesionario cumple una función que ha sido delegada por la Administración, no parece razonable que ésta responda siempre.

El Estado lo que ha hecho entonces es una delegación de cometidos, sin transferir la propiedad misma de la obra, quienes sostienen esta posición señalan que en estos casos debe responder únicamente aquel que detenta la calidad de guardián material, y no el dueño (Estado), quien sería guardián de la estructura.

Es sólo en virtud del deber de policía que recae en el Estado, es que éste debe responder, es decir, frente a situaciones en que la ausencia de fiscalización por parte de éste genere situaciones dañosas, como por ejemplo falta de fluidez y seguridad del tráfico, incumplimiento al deber de información y respuesta ,etc.

¹²² GRECO, Carlos Manuel; "Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciatarios", en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho"; Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, 2001; Pp. 305 y siguientes.

Juristas como Lorenzetti y Mosset, señalan que frente a casos de responsabilidad, se debe privilegiar la relación de consumo que se genera entre el prestador y el usuario.

Es así, como se han argumentado fallos que basan esta relación en una situación típicamente de consumo, en función de los artículos 1 y 2 de la Ley 24.240, donde se ha señalado que: “No cabe duda de que frente al usuario, la empresa concesionaria asume claras obligaciones jurídicas, algunas en forma expresa y otras en forma tácita (...) Además con el dictado de la ley 24.240 de defensa a los consumidores y usuarios se concreta en nuestro sistema un nuevo criterio de derecho que es el principio de protección al consumidor”¹²³.

De esta forma, y frente a la multitud de opiniones al respecto, la Asociación de Abogados de Buenos Aires en el CVII Congreso de Derecho de Daños, estableció como conclusiones de sus comisiones, *de lege lata* y por mayoría:

- a) La relación usuario- concesionario vial se encuentra regida, fundamentalmente, por el Derecho Privado, resultando de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.
- b) Para los casos que no encuadren en la Ley de Defensa del Consumidor, la responsabilidad de los concesionarios viales es de fuente contractual.

¹²³ CNCivil, Sala F, 13/3/2001, “Greco, Gabriel con Camino del Atlántico S.A. y otros”; publicado en DJ Suplemento del 2/5/2001, año XVIII, N° 18, P.1143 y Sgtes.

- c) El deber de seguridad que recae sobre los concesionarios viales es una típica obligación de resultado.

- d) El Estado es responsable en razón de su condición de dueño de los bienes del dominio público objeto de la concesión¹²⁴.

Frente a estas posturas, se aclara entonces de cierta forma el tipo de vínculo que existe entre usuarios y concesionarios, al menos en el derecho argentino, por lo que podemos dimensionar las diferencias con nuestro sistema, principalmente en relación a la gran influencia que parece ejercer en el sistema argentino las contingencias económicas y sociales, no sólo de su propio territorio, sino también de la economía y acontecer de lugares externos que tienen presencia económica en dicho país.

¹²⁴ Conclusiones del CVII Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en Buenos Aires, octubre de 2002; en www.aaba.org.ar; visitado el 10 de abril de 2009.

6. Conclusiones.

El sistema de Concesiones que posee nuestro país en la actualidad, no sólo requiere el surgimiento de nuevos proyectos que le sigan dando un sustento y desarrollo, sino también que se produzcan innovaciones y modificaciones que logren comprender todos los aspectos “más débiles” del modelo de concesiones chileno.

Dentro de este punto de vista, resulta necesario definir cuál es o en qué consiste la relación que surge entre el Estado o la Concesionaria y el usuario, para evitar que se presenten conflictos donde haya una desprotección.

Dicha desprotección se predica no sólo con respecto a los usuarios, sino también una desprotección hacia los concesionarios, no sólo desde el punto de vista patrimonial sino también en relación a su prestigio y nombre, derivado principalmente de la responsabilidad que se le atribuye respecto al ámbito de responsabilidad para con los usuarios.

6.1. Naturaleza del vínculo.

La naturaleza del vínculo que surge entre los tres actores del sistema de concesiones de nuestro país, puede estudiarse desde diversas ópticas, en atención al área a la cual se quiera dar mayor relevancia.

El primero de todos parece ser lograr realizar una distinción respecto a si nos encontramos frente a un vínculo de Derecho Público o Privado, en cuyo ámbito parece medular distinguir la clase de sujetos e intereses involucrados.

Se cree que el vínculo será de Derecho Público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 del Decreto Supremo N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, que señala: *“El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión. En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato”.*

En este sentido, la relación que surge entre Estado y concesionario, puede entenderse inserta en este marco, incluso aunque se entienda que se trata de un vínculo contractual. Además, como se ha señalado en reiteradas oportunidades en esta memoria, la igualdad que se busca entre ambos actores es de hecho formal, ya que materialmente el Estado sigue conservando

atribuciones y prerrogativas que resultan del todo necesarias para el desarrollo de la actividad, en pos del resguardo a los usuarios y el correcto desempeño de la actividad, por quien actúa como delegado o colaborador de la administración.

Parece entonces evidente que el Estado conserva en este ámbito autoridad frente al concesionario.

Respecto a la relación, que se genera de forma derivada por la delegación de la actividad de la Administración en la figura del privado, emerge la relación entre quienes utilizan el servicio y quien lo presta.

Surge de este modo la necesidad de determinar si el vínculo es de Derecho Público o Privado, y a la vez si tiene una naturaleza contractual o extracontractual.

En el primer capítulo se realiza una extensa explicación en relación al Derecho Público y privado, así como también las características que tiene uno y otro; es por ello que parece claro que el vínculo entre Estado y concesionario se enmarca en el Derecho Público, mientras que el que surge entre este último y el usuario tiene claros rasgos de Derecho Privado, sin negar de modo alguno que tiene aspectos de Derecho Público, pues parece clara la intención del legislador de entender este contrato como un servicio público.

Nuestra jurisprudencia parece estar de acuerdo con que dicha relación se enmarca dentro de un vínculo de carácter contractual, siendo éste, particularmente un contrato de adhesión (tanto en el caso de la relación con el concesionaria como en el caso del usuario del servicio), con imposibilidad de discusión de las cláusulas, donde sólo cabría la aceptación o rechazo en bloque de las disposiciones contenidas en ella.

Otro aspecto relevante respecto a la naturaleza de la relación entre usuario y concesionario, radica en la existencia de convencionalidad o autoridad en esta clase de vínculos.

Parece indiscutible y más aún imprescindible que en una relación jurídica, una ley, o incluso en el acto administrativo, se requiera el acuerdo de voluntades entre los actores involucrados. Sin embargo parece estar ella encuadrada no sólo en la idea de servicio público, sino también amparada en las bases del Derecho Público.

En este plano, el Tribunal Constitucional ha señalado que: *“el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que se torna (...) constitucionalmente insostenible”*. Lo

anterior resulta más evidente “*en los casos en los que la relación convencional entre sujetos de Derecho Privado halla reconocimiento o amparo constitucional*”¹²⁵.

Haciendo alusión a la delegación de facultades, creemos que la relación entre usuario y la concesionaria, como se señaló oportunamente, se encuadra en un vínculo consensual, de Derecho Privado, pero con características (o principios que emanan) del Derecho Público, no obstante las cuales la concesionaria no tiene potestad alguna para ejercer autoridad sobre el usuario, como resultado de la conservación de potestades por parte de la Administración, inhibiendo, respecto del concesionario, una actuación autoritaria o autónoma en lo tocante del Estado y su poder regulatorio de la actividad.

6.2. Responsabilidad.

Según lo que se ha mostrado se puede concluir que el sistema de concesiones tiene la falencia principal de no estar adoptando las medidas necesarias en materia de responsabilidad frente a terceros, lo que es necesario para que Chile siga siendo el país pionero en este tipo de contratos administrativos en la región.

¹²⁵ Considerandos 40 y 41 de la Sentencia Rol N° 976-07 del Tribunal Constitucional, en alusión a los derechos sociales, extraído de la Revista Libertad y Desarrollo en http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4229/deploy/fp-17-caso%20isapres%20jueces%20reformadores%20sociales-01-08-2008.pdf; Consultado el 7 de abril de 2009.

El otorgar la facultad a los jueces de adoptar medidas para salvaguardar los vacíos legales, conlleva a la generación de una multiplicidad de sentencias, donde se trata de adoptar de acuerdo a principios de justicia, más que de legalidad, es decir, se trata de conciliar la justicia con la ley.

Actualmente, el sistema recogido por la jurisprudencia nacional lleva a la atribución de una responsabilidad de las Concesionarias en relación a los daños provocados por terceros en instalaciones de su dependencia. En tal caso se podría compartir la idea de que entre usuario y concesionario existe un vínculo privado, el cual se encuentra amparado por el Derecho del Consumidor.

Si bien es la Ley de Protección al Consumidor la que atribuye mayor responsabilidad al titular del servicio, señalando que éste deberá responder incluso frente a actividades que se puedan presentar como hipotéticamente riesgosas para el consumidor o usuario, se plantea la interrogante respecto al principio o noción que ha buscado la Administración patentar en este tipo de actividades, es decir, la noción de servicio público.

Si bien la atribución de servicio público a una determinada actividad impregna de mayores responsabilidades el desempeño de esta, es importante destacar que el amparar legalmente una excesiva onerosidad en la carga de responsabilidad al titular del servicio público, quien, aún cuando desempeña una función pública, no corresponde a la figura del Estado propiamente, y puede (y a la larga lo hace) provocar una reticencia a invertir en este tipo de actividades.

Frente al tema de las indemnizaciones, debe estarse al espíritu de la legislación, es decir, debe tomarse en consideración el hecho que en los diversos cuerpos normativos que regulan este sistema, se establece claramente que frente a determinados actos, podrá responder la Concesionaria por sus actos propios, o el MOP por hechos de su culpa en relación a las medidas impuestas por éste durante la vigencia del contrato.

En ambos casos, señalados precedentemente aparece claramente la causal de imputabilidad por riesgo frente a los actos. Sin embargo, surge el conflicto tantas veces mencionado de ¿qué es lo que ocurre frente a los actos de terceros?, en estos casos, frente a la falta de claridad normativa y doctrinaria al respecto, podrían plantearse dos fórmulas de solución:

1. Si se hace mención en las bases de licitación: Recordemos que son tres los principales cuerpos normativos que regulan el sistema de concesiones, la Ley de Concesiones, el Reglamento y las Bases de Licitación, si en esta última existe alguna cláusula que atribuya una responsabilidad a alguna de las partes titulares del servicio (ya sea Estado o Concesionaria), debe estarse a lo dispuesto en dicho texto.
2. En caso que no se haga alusión alguna : De no mencionarse la forma en que responderán patrimonialmente frente a este tipo de daños, creo que debe utilizarse el método de cumplimiento de los parámetros de

seguridad por parte de la empresa privada que está explotando el servicio, es decir, si la Concesionaria ha cumplido a cabalidad todos los parámetros de seguridad establecidos por la Administración, resulta desproporcionado e injusto que frente a hechos que no comprometen su voluntad deba ser ésta quien responda, siempre y cuando se actúe de manera diligente, por ejemplo en materia de cercos y señaléticas.

Resulta necesaria también la existencia de una comunicación directa con el MOP de los inconvenientes que se presenten en este ámbito durante la concesión.

De haber actuado la concesionaria en forma diligente, el patrimonio que debe responder sería el del MOP, ya que existe una falta de determinación de las obligaciones contractuales que emanarían del vínculo entre la empresa privada y éste, de acuerdo a lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Concesiones; de modo contrario, es la propia Concesionaria quien debe responder por su falta de prudencia y cuidado.

Como se puede entender, el sistema de Concesiones está constantemente en desarrollo y cambio en atención a las circunstancias actuales de la sociedad. Es por ello que parece poco factible el determinar de manera absoluta las responsabilidades de los actores titulares de este tipo de servicios.

Parece relevante en este plano que lo que debiera realizarse es un señalamiento de cuáles son los ámbitos de aplicación para cada uno de los actores, lo cual siempre debe estar sujeto a las circunstancias particulares en que se produjeron los hechos materia de conflicto, siempre bajo el prisma de que la actividad desempeñada se encuadraría en el servicio público y, por ende, un notorio interés social.

En caso de estar en presencia de situaciones no previstas por el legislador, y que escapen más allá de la preocupación y diligencia que está obligada a prestar la concesionaria, estaríamos a favor de accionar económicamente contra el Estado por parte de la Concesionaria, o en el caso de no cumplir la concesionaria con los deberes que emanan del contrato de concesión, que sea el Estado quien pueda accionar contra ésta por su actuar negligente.

Con esto, no proponemos en ningún caso una atribución estricta de responsabilidad por parte de la concesionaria, pues parece evidente que existen aspectos que escapan de su deber de responsabilidad y diligencia.

En este plano, si bien podría resultar poco serio estar constantemente reestructurando el sistema de responsabilidad frente a los daños de terceros, ya que se causaría inevitablemente una alteración de las cláusulas contractuales(alterando el principio del *pacta sunt servanda* contemplado en el artículo 1545 de nuestro Código Civil) entre el Estado y la Concesionaria, parece

ser de suma relevancia el adoptar, conforme a las nuevas necesidades del servicio, nuevas estipulaciones en torno a esta clase de contratación.

Para evitar que las nuevas disposiciones que se vayan incorporando menoscaben patrimonialmente al concesionario y se asimilen a cláusulas exorbitantes, parece justo establecer un sistema de cuotas, donde tanto usuario como el concesionario y el Estado participen en la generación de los recursos necesarios para responder ante estas eventualidades, generando una especie de seguro frente a todo evento, ya que en la práctica la jurisprudencia ha establecido un criterio similar al de responsabilidad estricta, por lo que este seguro vendría a legalizar una situación casuística..

La labor del Estado en materia de concesiones no debe ser únicamente la de supervigilar las actividades de la Concesionaria a través de la figura del Inspector Fiscal, sino también propugnar el desempeño de una actividad de acuerdo a los parámetros establecidos en las bases de licitación con cada Concesionaria, y seguir incentivando de forma pecuniaria (ya sea a través de mayores ingresos o incentivos tributarios) a aquellas empresas que en el desempeño de su actividad utilizan mejor sus recursos en pos de la seguridad de los usuarios a través de la contratación de seguros o bien la implementación de mayores señaléticas, como lo que ocurre respecto al “Premio de Seguridad Vial”.

6.3. Discusiones a nivel doctrinario y profesional

Es la tónica respecto a aspectos poco claros de nuestra legislación que se genere debate y discusión respecto a la intencionalidad del legislador para establecer determinados resultados, o bien criticar para lograr obtener una aplicación legal que se manifieste como más justa y equitativa.

Es así como profesores como Carlos Pizarro¹²⁶, señalan que respecto a la responsabilidad que se genera entre usuarios y concesionarias, la normativa parece ser insuficiente, por lo que existe una gran aplicación de aspectos civiles en la resolución de conflictos, en donde el Derecho Administrativo no es suficiente ni excluyente. Señala también que existe en la etapa de explotación dificultad respecto a la información, que se plantea como inexacta, generando aún más inconvenientes.

Para Jorge Schenke, abogado y expositor del Seminario de Responsabilidad Civil de las Empresas Concesionarias de Obras Públicas efectuado por el Instituto de Estudios Judiciales, realizado el 12 de agosto de 2009, el carácter de trabajo público de las obras es parte de la actividad del Estado, no extensible

¹²⁶ “Seminario de Responsabilidad Civil de las Empresas Concesionarias de Obras Públicas”; Instituto de Estudios Judiciales, Hernán Correa de la Cerda; efectuadas el 12 de agosto de 2009 ; Santiago.

a la concesionaria, por lo que la responsabilidad del Estado quedaría intacta, señala también que la atribución de competencia para el conocimiento de un asunto al Juez de Policía Local, no hace sino suponer la existencia de un vínculo contractual que en la práctica no existe, pues resulta imposible determinar un momento exacto en el cual nace este contrato a la vida del derecho.

Aunque no concordamos con esta última postura, parece entendible el argumento, puesto que resulta complejo determinar el momento en que surge la obligación del concesionario respecto al usuario, sin embargo no es una obligación la escrituración de todos los contratos, y parece evidente que al momento de instalar el TAG en el vehículo existe una intención cierta de utilizar el servicio, por lo que sería en ese momento donde surgiría una obligación, la cual pendería en sus efectos al momento en que se efectúe el tramo de la concesionaria en cuestión.

6.4. Aspectos jurisprudenciales.

Como se señaló en las primeras páginas de este trabajo, el conflicto que surge con la indeterminación de la naturaleza del vínculo que emana entre usuario y concesionario, sólo tiene especial relevancia práctica en el caso en que algún no se esté cumpliendo por alguna de las partes que se han obligado.

Será en este caso cuando se requiera la actuación de los Tribunales de Justicia para aclarar y delimitar las atribuciones pertinentes a cada uno de los actores.

Cuando hablamos de infracción o daño, no sólo nos referimos a la figura del usuario como víctima, sino también la Concesionaria, quien también puede verse afectada por la falta de claridad normativa.

Esta falta de claridad se presenta en numerosas esferas de la relación, incluso en materia de cobro e indemnización por los peajes impagos por parte de los usuarios, la jurisprudencia ha estado dividida, fluctuando entre el cumplimiento irrestricto a la disposición legal o bien a la atención a los principios básicos de nuestra legislación, como lo son la justicia y equidad en las prestaciones.

En esta materia se ha señalado que la sanción establecida en el artículo 42 de la Ley de Concesiones, que sanciona al infractor con el pago de cuarenta veces el valor de lo adeudado¹²⁷ por el infractor corresponde a una disposición

¹²⁷ Actualmente en nuestro país se ha presentado un proyecto de ley, que busca modificar dicha sanción, el oficio 14557/2009, que establece a su vez la formación de un Consejo de Concesiones, compensación en caso de acto sobreviviente de autoridad con potestad pública, la posibilidad de pactar acuerdos entre el Estado y la Concesionaria para incrementar los niveles del servicio. Es el artículo 42 el que se modifica íntegramente, estableciendo. *“Artículo 42.- Cuando el usuario de una obra dada en concesión no cumpla con el pago de su tarifa o peaje, el concesionario podrá cobrarlo judicialmente, reajustado según la variación del Índice de Precios al Consumidor, más los intereses máximos convencionales y las costas. Será competente para conocer del cobro judicial, de acuerdo al procedimiento establecido en la ley Nº 18.287, el juez de policía local del territorio del domicilio del usuario. Se considerará usuario a la persona a cuyo nombre esté inscrito el vehículo y su domicilio será el anotado en el Registro de Vehículos Motorizados. También será considerado domicilio del usuario aquél que éste haya registrado en el contrato de utilización del sistema*

abiertamente atentatoria contra la igualdad ante la ley, careciendo de causa y yendo incluso en contrario con el verdadero espíritu general de la legislación¹²⁸.

En la posición contraria, otros señalan y adoptan la postura de que dicha sanción lo que hace es constituir una pena civil, que produce, de acuerdo al mensaje que acompañó la promulgación de esta ley, la evitación de realización de esta conducta de manera compulsiva, disuadiendo conductas no deseadas,

electrónico de cobro de tarifas o peajes a que se refiere el artículo 118 bis de la ley Nº 18.290, el que no podrá limitarse a ninguna región o comuna del país, ni su localización podrá ser objeto de incentivo comercial alguno.

Cuando el juez condene al pago en los términos señalados en el inciso anterior, además de lo debido, aplicará una multa de cinco veces el monto de lo condenado. En caso de reincidencia, esta multa aumentará a quince veces el monto de lo condenado. En ambos casos, la multa no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales. Para los efectos de la reincidencia se considerarán solamente las sentencias ejecutoriadas de condena dictadas en el período de tres años anteriores a la fecha de inicio del respectivo proceso. Si las multas no fueren pagadas, se anotarán en el Registro de Multas de Tránsito no pagas, en la forma, plazos y para todos los efectos que establece la ley Nº 18.287. En caso alguno las multas aplicadas podrán ser pagadas si no se acredita haber pagado previamente el capital adeudado más los intereses y las costas determinados en la sentencia condenatoria respectiva.

Con todo, el deudor podrá eximirse de la aplicación de las multas dispuestas en el inciso precedente, si paga el monto efectivamente adeudado más los intereses corrientes y las costas a la concesionaria, antes de que los autos queden para fallo.

El cincuenta por ciento de estas multas ingresará al Fondo Común Municipal, pasando el cincuenta por ciento restante a beneficio de la municipalidad a que pertenezca el juzgado de policía local en que se hubiere dictado la sentencia condenatoria.

En el juzgamiento de estas infracciones, constituirán medios de prueba las fotografías, filmaciones y cualquier otro medio técnico que el Ministerio de Obras Públicas hubiese autorizado para el control del incumplimiento de los pagos tarifarios”

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, autos rol 1255- 2008, caratulados Tobar con Sociedad Concesionaria Costanera Norte , de 2 de mayo de 2008.

no siendo de forma alguna el propósito de reparación directa del daño a la concesionaria¹²⁹.

Si bien, la participación de los Tribunales y jueces en para aclarar esta materia resulta muy útil, ¿son los jueces los llamados a definir el contenido y extensión de las políticas públicas de un país?

La respuesta negativa parece imponerse; el rol de éstos ha de ser interpretar la ley, y en este caso no sólo el contrato mismo sino las bases y la propia Constitución, y no tomar decisiones acerca de la distribución de riesgos. Su rol radica en garantizar los derechos y libertades individuales, limitando la discrecionalidad de los poderes políticos, mas no suplantarlos; resguardando por la correcta aplicación de la ley, absteniéndose de crearla.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel , autos rol 1257-2007, caratulados Autopista Central Sociedad Concesionaria S.A. con Lilian Medina Sudy y otros, de fecha 22 de noviembre de 2007.

7. Bibliografía.

- ACOSTA, Olga ; ROZAS Patricio; SILVA Alejandro; Desarrollo Vial e Impacto Fiscal del sistema de concesiones en Colombia” ; Serie Recursos Naturales e Infraestructura; CEPAL; Año 2008
- ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC; “Curso de Derecho Civil” Tomo I, Volumen I, Parte General, Editorial Nacimiento, Tercera Edición, 1961.
- ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC; “Tratado de las obligaciones” del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes; Editorial Jurídica de Chile; Segunda edición ampliada y actualizada; 2004.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO; “Derecho Civil Primer año: Título preliminar de las personas”. Versiones taquigráficas de la cátedra de derecho civil; Ediciones librería Zamorano y Caperán; Chile; 1933.
- ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES, VII Congreso Internacional de Derecho de damos. Impacto de la globalización. El rol

del Estado en www.aaba.org.ar/b120op56.htm. Consultado el 7 de abril de 2009.

- AUTOPISTA CENTRAL CONCESIONARIA S.A. CON ANA MARÍA MUÑOZ SOTO, causa Rol N° 1257- 2007; en www.lexisnexus.cl; Visitado el 7 de octubre de 2008.
- AUTOPISTA CENTRAL SOCIEDAD CONCESIONARIA S.A. CON LILIAN MEDINA SUDY Y OTROS, Corte de Apelaciones de San Miguel, autos rol 1257-2007 de fecha 22 de noviembre de 2007; En www.lexisnexus.cl; Visitado el 7 de octubre de 2008.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE; “Tratado de responsabilidad extracontractual”; Editorial Jurídica de Chile; Primera edición; 2007.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS; “El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado”, Universidad Externado de Colombia, 2º edición, 2004.
- CÁRDENAS FEDESCAROLLO, MAURICIO “Las concesiones de carreteras en Colombia: Avances y desafíos de la provisión de infraestructura en América Latina; en www.fomento.es. Visitado el 2 de abril de 2009.

- CARMONA CON AUTOPISTA CENTRAL; Recurso 1305/2007, Resolución 14.535 de 14 de junio de 2007; Causa Rol N° 25.013- 2 ; en www.lexisnexus.cl ; visitado el 17 de noviembre de 2008.
- CONCESIONARIA COSTANERA NORTE S.A. CON ELEODORO MORA SEPÚLVEDA; Corte de Apelaciones de Santiago ; autos Rol N° 6695-2007 de fecha 7 de abril de 2008, en www.lexisnexus.cl; visitado el 15 de noviembre de 2008.
- CORDERO VEGA, LUIS; “La responsabilidad de la Administración del Estado”; Editorial Lexis Nexis; 2003.
- DROMI ROBERTO, “Derecho Administrativo”; Octava Edición; Editorial Ciudad Argentina; 2000.
- DUCCI CLARO, CARLOS; “Derecho Civil, Parte General”, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- DUGUIT, LEÓN; “Traité de Droit Constitutionnel”; 10° Edición; Tomo II; París, 1923.
- ESCRIBANO COLLADO, PEDRO; “El Usuario ante los Servicios Públicos: Precisiones acerca de su situación jurídica”; Revista de Administración Pública, 1982.

- ESCOLA, HÉCTOR; “El interés público como fundamento del derecho administrativo”; Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989.
- EXPÓSITO VÉLEZ JUAN CARLOS; “La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español” Análisis de la selección de contratistas; Universidad Externado de Colombia; 2003.
- FALLO DE LA EXCMA. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, “FICCO JUAN CARLOS CON GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A.”. En www.saij.jus.gov.ar/news/files/ficco.html. Visitado el 7 de abril de 2009.
- FOTTES, CLAUDIA CON SOCIEDAD CONCESIONARIA ELQUI , en autos Rol 22- 2007, la Corte de Apelaciones de La Serena; en www.legalpublishing.cl ; Consultado el 20 de octubre de 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 1984.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA; “La estabilidad de los contratos y la emergencia del default”, en El Contrato Administrativo en la actualidad (Director Agustín Gordillo) , suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina, La Ley; Ediciones La Ley; Argentina ; Mayo 2004.

- GRECO, CARLOS MANUEL; “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciarios”, en “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho”; Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, 2001.
- JANSON AXEL, artículo “Concesiones de Caminos”, Diario Estrategia de 8 de noviembre de 1996.
- LAUBADAIRE, VENECIA Y GAUDEMET ; “Traité de Droit Administratif” Vol. I; Quinta Edición, París ; 1970.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE; “Los Contratos”, Parte General; Editorial Jurídica; Primera Edición; 1986.
- MABROMATA, ENRIQUE GUILLERMO; “Sacrificio Compartido: ¿Nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?, en El Contrato Administrativo en la Actualidad (Director Agustín Gordillo), La Ley, Argentina, mayo 2004.
- MAIZAL, HÉCTOR; “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, en El Contrato Administrativo en la actualidad

(Director Agustín Gordillo), suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina, La Ley; Ediciones La Ley; Argentina ; Mayo 2004.

- MORAGA KLENNER, CLAUDIO; “Contratación administrativa”; Editorial Jurídica de Chile; 2007.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO; “Contratación administrativa Chilena al año 2005”, por un escenario transparente de contratación y una adecuada distribución de riesgos.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO; “El sistema de Concesiones de Obras Públicas chileno al año 2007: ¿En estado de avance o retroceso? ; 2007.
- PIROTA, MARTÍN DIEGO; Accidentes de tránsito en carreteras concesionadas: Evolución de la jurisprudencia argentina desde principios de los años '90 hasta nuestros días. En www.martindiegopirola.com.ar. Visitado el 6 de abril de 2009.
- RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL. Comentarios al Decreto 1023/2001. en www.cedespra.com/foro/argentina/htm . Visitado el 6 de abril de 2009.

- REVISTA LIBERTAD Y DESARROLLO; En http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4229/depoy/fp-17-caso%20isapres%20jueces%20reformadores%20sociales-01-08-2008.pdf ; Visitado el 2 de mayo de 2009.
- REVISTA PERSONA. Análisis de jurisprudencia en www.revistapersona.com.ar/Persona_64/64Pirota.htm. Visitado el 9 de abril de 2009.
- RODRIGUEZ GREZ, PABLO; “Responsabilidad contractual”, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- RODRÍGUEZ HIDALGO, CARMEN; “El daño moral”; Tomo I ; Editorial Jurídica de Chile; 2000.
- ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO; “Responsabilidad Precontractual”; Editorial Universitaria de Valparaíso; 1979.
- RUFÍAN LIZANA, DOLORES, “Manual de Concesiones de Obras Públicas”, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- RUIZ OJEDA, ALBERTO; “La concesión de Obra Pública”, Editorial Thomson Civitas; Málaga, España 2003.

- SANCHO, Ricardo y LEIVA Claudio Fabricio; “Responsabilidad del Estado y los Concesionarios viales en los accidentes de tránsito producidos en las rutas”, Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños”, Buenos Aires, octubre de 2002. En www.aaba.org.ar/b130op56.htm .
- SARMIENTO GARCÍA, JORGE; “Concesión de Servicios Públicos”; Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- SILVA CIMMA, ENRIQUE; Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes; Santiago; Editorial Jurídica, 1995.
- SILVA CIMMA, ENRIQUE; “Derecho Administrativo chileno y comparado: El Servicio Público”, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- SILVA CIMMA, ENRIQUE; “Derecho Administrativo chileno y comparado: Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario”; Editorial Jurídica de Chile; 1996.
- SOCIEDAD CONCESIONARIA COSTANERA NORTE S.A. CON LUIS GARRIDO FIGUEROA, Rol N° 6129- 2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago; En www.lexisnexus.cl ; Visitado el 7 de octubre de 2008.

- SOTO KLOSS, EDUARDO; “Derecho Administrativo”, Tomo I: Bases Fundamentales; Editorial Jurídica de Chile; 1996.
- SOTO KLOSS, EDUARDO; “Derecho Administrativo”, Tomo II: El principio de juridicidad; Editorial Jurídica de Chile; 1996.
- TOBAR GACITÚA CLAUDIO CON SOCIEDAD CONCESIONARIA COSTANERA NORTE S.A.; Rol N° 1255-2008, Fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 2 de mayo de 2008, en www.lexisnexus.cl ; visitado el 17 de noviembre de 2008.
- UNIVERSIDAD DE EXTERNADO DE COLOMBIA, Varios autores, “Memorias III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo”, 2003.
- VALLADARES PÉREZ, ALEX; “Elementos conceptuales de regulación administrativa económica, unas notas breves”, en alusión al texto de George Stigler “Studies in Public Regulation”; Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Volumen 70; 2008
- VALLESPINOS; “El contrato de contenido predispuesto”; Editorial Universitaria de Buenos Aires; 1984.

- VIAL DEL RÍO VICTOR, “Teoría General del Acto Jurídico”; Quinta Edición actualizada; Editorial Jurídica; año 2002.
- VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS, “Derecho Administrativo Especial Administración Pública y Actividad de los Particulares”; Primera edición; Editorial Civitas; 1999.

Apuntes de clase

- BANFI DEL RÍO, CRISTIAN; Materiales del curso de Derecho Civil I; Primer semestre de 2004.
- BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN; “Los Contratos en General”. Apuntes docentes 2001.
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO; “Cuestiones Generales sobre regulación administrativa”; Apuntes de clases segundo semestre 2006.
- RIBERA NEUMANN, TEODORO; Apuntes de clase Primer Semestre 2006.