



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

**TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA
PÚBLICA. ANÁLISIS ARTÍCULO 28 TER LEY 20.410.**

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

Estudiante: Cynthia Martinic Jara

Prof. Guía: Jaime Jara Schnettler.

Santiago, Marzo 2015.

INDICE

RESUMEN.....	6
ABREVIATURAS.	7
INTRODUCCIÓN.....	8
Planteamiento del problema y metodología.	8
El Derecho Administrativo y la contratación administrativa.	14
CAPITULO UNO: DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y SU TERMINACIÓN.....	27
A) Definición y fundamentación del contrato de concesión de obra pública.....	27
B) Tipo de contrato, iter contractual y elementos del Contrato de Concesión de Obra Pública.....	30
C) Prerrogativas exorbitantes del Contrato de Concesión de Obra Pública, principios aplicables.....	34
D) La extinción del contrato de concesión de obra pública.....	38
E) Extinción del contrato de concesión de obra pública en Chile. Siglos XX y XXI.	42
CAPITULO DOS: ANÁLISIS SOBRE LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INTERÉS PÚBLICO. ARTÍCULO 28 TER, LEY N° 20410.	61
A) Antecedentes previos.....	61

B) Elementos que configuran el artículo 28 ter.....	67
1. De la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública.....	67
a. Elementos comunes a ambas subcausales.....	67
i. Del Interés Público.....	68
ii. Cambio de circunstancias.....	80
ii.1 El Cambio de circunstancias y la teoría de la imprevisión.....	81
ii.2. El Cambio de circunstancias y el hecho del príncipe	83
ii.3. El cambio de circunstancias y las decisiones políticas.....	85
ii.4. El cambio de circunstancias, consideraciones finales.	87
b. Elementos particulares de cada sub causal.....	89
i. La innecesariedad de la obra o servicio público para la satisfacción de las necesidades públicas.....	89
i.1. De la obra o servicio público.	90
i.2. De la innecesariedad de la obra o servicio público.....	97
i.3. De la satisfacción de necesidades públicas.....	101
ii. Que exista un cambio de circunstancias que haga necesario el rediseño y complementación de la obra pública, cuya inversión sea superior a un 25% del presupuesto oficial de la obra.	105
ii.1. Del Presupuesto Oficial de la Obra.	105
ii.2. Del Rediseño o Complementación de la obra pública.....	106

CAPITULO TRES: PROCEDIMIENTO APLICABLE Y EFECTOS LEGALES

UNA VEZ INVOCADO EL ARTÍCULO 28 TER DE LA LEY DE

CONCESIONES. 112

A) Regulación sobre terminación del contrato de concesión de obra

pública..... 112

1. Decreto de terminación del contrato de concesión. 114

a. Forma y contenido del decreto de terminación..... 118

2. Decreto que fija indemnización al concesionario..... 120

a. Procedimiento para fijar el monto a indemnizar. 124

b. Solución de controversias respecto del monto a indemnizar. 130

3. Medios revisión e impugnación Administrativos y Judiciales..... 139

a. El artículo 28 ter y la toma de razón. 141

b. El artículo 28 ter y la nulidad administrativa. 143

c. El artículo 28 ter y la acción de nulidad de derecho público..... 148

d. La acción de indemnización de perjuicios..... 154

e. Otras acciones que eventualmente pueden ejercerse..... 156

B) De los efectos luego de aplicado el artículo 28 ter..... 157

1. De la terminación de la concesión de Obra Pública. Atribuciones de

la Administración..... 157

a. Efectos de terminación de la concesión de obra pública, por existir

un interés público sobreviniente, producto de un cambio de

circunstancias que hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas.....	158
b. Efectos de terminación de la concesión de la obra pública por existir un interés público sobreviniente, producto de la necesidad de un rediseño o complementación en donde las inversiones adicionales superen un 25% de presupuesto oficial de la obra.	160
2. De los efectos respecto de terceros.....	163
3. De la indemnización.	165
a. Del tipo de indemnización.	165
b. De la entidad o naturaleza de los perjuicios a indemnizar.....	169
c. La indemnización compensatoria y el derecho de propiedad.....	171
CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES FINALES.....	173
Palabras finales.....	190
BIBLIOGRAFÍA	194

RESUMEN

El presente documento tiene como objetivo general el analizar el nuevo artículo 28 ter del DFL MOP N°164 de 1991, en adelante indistintamente Ley de Concesiones, introducido el año 2010 por la Ley N°20.410 y que regula la facultad del Ministerio de Obras Públicas de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de concesión de obra pública, siempre y cuando producto de circunstancias sobrevinientes se esté afectando el interés público, ya sea porque las obras o servicios concedidos son innecesarios para la satisfacción de las necesidades públicas, o producto que, es necesario un rediseño o complementación de la obra, cuyas inversiones adicionales son superiores a un 25% del Presupuesto Oficial de la Obra concesionada.

Dicho esto, el objetivo particular de esta memoria de prueba será el analizar el contenido, procedimiento para su aplicación y los efectos de la causal de terminación contemplada en el artículo 28 ter antes aludido, ello considerando la historia de la Ley N°20.410, los elementos que componen dicha causal de terminación unilateral y anticipada de contrato de concesión, así como todos aquellos antecedentes técnicos y doctrinales que nos permitan dilucidar su sentido y alcance.

ABREVIATURAS.

CC:	<i>Código Civil.</i>
CPC:	<i>Código de Procedimiento Civil.</i>
CPR:	<i>Constitución Política de la República.</i>
N°:	<i>Número</i>
MOP:	<i>Ministerio de Obras Públicas.</i>
DGMOP:	<i>Director General del Ministerio de Obras Públicas.</i>
DS:	<i>Decreto Supremo.</i>
D.F.L.:	<i>Decreto con Fuerza de Ley.</i>
Ley de Concesiones:	<i>DS MOP N° 900 de 1996, incluye modificaciones legales posteriores.</i>
LBPA:	<i>Ley de Bases del Procedimiento Administrativo.</i>
LOC:	<i>Ley Orgánica Constitucional.</i>
LOCBGAE:	<i>Ley Orgánica de bases generales de la administración pública.</i>
LOCCGR:	<i>Ley Orgánica Contraloría General de la República.</i>
Reglamento de Concesiones:	<i>DS MOP 956 de 1997 (incluye modificación introducida por DS N° 215 de 2010)</i>
TC:	<i>Tribunal Constitucional.</i>

INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema y metodología.

Con fecha 20 de enero de 2010 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N°20.410, que modifica en diversos aspectos el DFL MOP N° 164 de 1991 y que se conoce como la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Mediante dicha modificación la intención del legislador fue regular con mayor claridad los aspectos económicos del contrato de concesión¹, sobre todo en aquellos casos en que existían cambios de circunstancias que hicieran terminar o modificar un contrato de concesión de obra pública, ello por cuanto con anterioridad a dicha ley, este tipo de situaciones, muy comunes en cualquier contrato de tracto sucesivo, quedaban netamente entregadas ya sea a lo estipulado en los contratos de concesión, o simplemente a las negociaciones, que ya en la etapa de ejecución del contrato, sostenían la sociedad concesionaria y la Dirección General del Ministerio de Obras Públicas (DGMOP), en calidad de mandatario en la concesión.

¹ HISTORIA DE LA LEY 20.410. Mensaje del Ejecutivo [en línea] <catalogo.bcn.cl/ipa20/ipac.jsp?profile=bcn&index=BIB&term=232916>[Consulta 23 de febrero de 2015]. pp. 4.

En este sentido, la modificación a la Ley de Concesiones de Obras Públicas del año 2010, adquiere una importancia vital, toda vez que su normativa sirve como régimen legal y supletorio en las bases de licitación de las distintas obras públicas.

Dicho esto, es preciso comprender que regular legalmente ciertas situaciones que derivan en efectos económicos inesperados a los contemplados al momento de celebrar el contrato de concesión de obra pública, reviste de singular importancia, debido a que actualmente este tipo de contratos administrativos son uno de los mecanismos más ocupados para la construcción y explotación de infraestructura pública, destacándose la extensión de este instrumento contractual a la construcción y explotación de obras públicas en las que se prestan importantes servicios públicos, tales como cárceles u hospitales. Siendo por ende, de suma importancia que la Administración en su rol de garante del interés público, pueda modificar o extinguir dichos contratos, sin que ello le signifique dilación en la construcción o ejecución de las obras producto de acciones judiciales, o una indeterminación económica que puede llevarlos al excesivo pago de indemnizaciones al Concesionario.

En este orden de ideas, la Ley N°20.410 modifica las causales de terminación o extinción anticipada de un contrato de concesión de obra pública, regulando tres tipos de causales. Primeramente, incorpora un nuevo artículo 27

numeral 3 a la Ley de Concesiones, que reforma el término anticipado por incumplimiento grave del contrato de concesión de obra pública por parte de la sociedad concesionaria, cuyas causas estarán especificadas en las bases de la licitación.

En segundo lugar, la Ley de Concesiones de Obras Públicas ya contemplaba en su artículo 27 numeral 2, la causal de término anticipado del contrato por el mutuo acuerdo entre los contratantes.

Por último, y como gran novedad, la Ley N° 20.410 introduce el artículo 28 ter a la Ley de Concesiones, incorporando la posibilidad de terminar la concesión de obra pública de forma unilateral y anticipada por motivos de interés público, en base a dos subcausales:

1. Que exista un cambio de circunstancia que haga innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas.
2. Que exista un cambio de circunstancias que demande el rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra.

El precepto legal antes señalado, también regula algunas de las consecuencias de invocar alguna de las dos referidas subcausales, ya sea en términos económicos, en donde se legisla claramente el contenido y forma de cálculo de la indemnización que deberá pagar la Administración al Concesionario, y otro tipo de efectos, tales como qué pasa con la obra que requiere de construcciones complementarias adicionales.

Atendido a lo precedentemente señalado y en consideración al escaso tratamiento que existe sobre esta nueva disposición legal, el objeto de esta memoria de prueba será el analizar su contenido, procedimiento para su aplicación y los efectos de la causal de terminación del contrato por interés público, ello considerando la historia de la ley 20.410, los elementos que componen dicha causal de terminación unilateral y anticipada de Contrato de Concesión, así como todos aquellos antecedentes técnicos y doctrinales que nos permitan dilucidar el sentido y alcance de la antes referida causal de extinción.

Para lograr dicho fin, será necesario:

1. Definir, con apoyo de los aportes doctrinales, qué es el contrato de concesión de obra pública, si se puede clasificar como contrato administrativo y por ende cuál es su estatuto aplicable. Ello todo en

consideración a un posterior análisis sobre el sentido y alcance de las facultades exorbitantes que regula la nueva Ley de Concesiones.

2. Determinar cuáles fueron los mecanismos para la terminación del contrato de concesión de obra pública con anterioridad a la ley N°20.410, siendo pertinente también el establecer y argumentar porqué podría eventualmente terminarse de manera unilateral el contrato de concesión de obra pública.
3. Exponer cada uno de los elementos configurativos de las causales de terminación contenidas en el artículo 28 ter, para luego establecer cuál es el procedimiento y efectos que podrían presentarse al momento de terminar el contrato de concesión de obra pública.
4. Analizar la operatividad de la causal de término de la concesión contenida en el artículo 28 ter en base a la legislación chilena.
5. Proponer una interpretación lo más armónica posible de la causal de extinción unilateral del contrato contenida en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, considerando todos los aspectos descritos y estudiados para tal efecto, todo con el objetivo de contribuir en el debate actual

respecto de la aplicación y constitucionalidad de la facultad de extinción unilateral anticipada del contrato de concesión de obra pública.

Para realizar el estudio propuesto se realizará un análisis bibliográfico y hermenéutico legal, procediéndose a:

- a) Revisar la doctrina, tanto nacional como extranjera, sobre distintos aspectos, tales como los elementos fundantes del contrato de concesión de obra pública, el estatuto aplicable, las facultades exorbitantes, y en particular la posibilidad y contenido de causales de terminación unilateral de contrato de concesión, sus efectos y procedimiento.

- b) Se examinará el marco normativo, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos supremos, y en general, otros cuerpos legales que traten sobre la materia, tanto aquellos actualmente vigentes, como también toda normativa que haya regido en Chile durante el siglo XX, actualmente derogada, y que tenga relación directa con el objeto general de estudio. En específico, se analizarán la Ley de Concesiones de Obras Públicas antes y después de la introducción de la ley N° 20.410, y todo cuerpo legal que haya regulado la contratación de obra

pública por medio del sistema de concesiones dictado con anterioridad al Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 164 de 1991.

- c) Será también objeto de análisis todos aquellos documentos incorporados en la historia de la ley N°20.410, así como cualquier instrumento explicativo interno o de Comisión Técnica que haya podido eventualmente emitir el Ministerio de Obras Públicas o la referida comisión.

El Derecho Administrativo y la contratación administrativa.

Una vez contextualizado y precisado el objeto que esta memoria de prueba pretende desarrollar, y enunciada la metodología de trabajo que se empleará, es pertinente, a modo introductorio, establecer algunas cuestiones básicas respecto de la naturaleza, normas legales aplicables y principios que asisten al contrato administrativo, y en especial al contrato de concesión de obra pública.

Primeramente, es importante ubicar dentro de alguna de las ramas del derecho, al contrato de concesión de obra pública, que será objeto de un primer análisis en el capítulo uno subsecuente, comenzando por establecer

cuestiones, que si bien fueron latamente debatidas por el derecho nacional administrativo durante el siglo XX, hoy podríamos situarlas como consensos.²

Dicho esto, previamente señalaremos que, para efectos de esta memoria de prueba, se entenderá por derecho administrativo *“aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado”*³

El derecho administrativo a su vez se subentiende materialmente, según la distinción del profesor Soto Bermudez⁴, como el organismo que se constituye y organiza al servicio de los ciudadanos, en una unidad funcional y legalmente separada de las demás actividades, materialmente imputable a organizaciones de carácter estatal, y en tal sentido, públicas. En este orden de ideas es preciso recordar la distinción que empleó el profesor Rolando Pantoja, para quien el Gobierno se constituye por la función del Estado, que radicada en el Presidente de la República, se caracteriza por buscar el orden público interior y la

² MORAGA KLENER, Claudio. 2010. Derecho Administrativo, cincuenta años de doctrina. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile.

³ GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. 2005. Tratado de Derecho Administrativo I. Tecnos. España. pp.718. En: DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. 2008. Público/Privado en la Contratación Administrativa. Revista de Derecho Administrativo. N°2. pp.70.

⁴ SOTO BERMUDEZ, Jorge. 2005. Derecho Administrativo General. Segunda Edición Actualizada. Santiago. Chile. Editorial. Abeledo Perrot. pp. 7.

seguridad exterior de la República; diferenciándose por ende de la Administración, la que se organiza y actúa base a un conjunto de atribuciones que se orientan a la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo y funcionamiento de los servicios públicos⁵, tal y como lo prescribe el artículo 3° de la LOCBGAE, que señala *“La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo a las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”*, definición que además agrega un elemento esencial que subyace a todos los actos y contratos de la administración, a saber la satisfacción de manera directa o indirecta (por medio de colaboradores) de las necesidades públicas y por ende su carácter eminentemente prestacional y organizativo. Regulándose dichos actos y contratos administrativos, por el derecho público o derecho estatutario, la Constitución Política de la República y los principios propios del estatuto común a la administración pública.⁶

⁵ SILVA CIMMA, Enrique. 1996. El concepto de Derecho Administrativo. Manual Jurídico. Santiago. Chile. Editorial Jurídica ConoSur. pp. 106.

⁶ Principios que se desarrollarán a raíz del contrato administrativo, y en particular en el contrato de concesión de obra pública.

La administración pública, en cumplimiento de sus funciones, antes indicadas, decreta o resuelve por medio de actos administrativos, celebrando además acuerdos de voluntades (con otros administradores o con administrados) mediante contratos administrativos. Estos últimos han ido en gran aumento en la última parte del siglo XX y comienzos del siglo XXI, ello en consideración tanto a la colaboración y distribución de roles entre la administración y los administrados, muy en relación con el principio de subsidiariedad en su dimensión negativa, por el cual el Estado no debe realizar lo que los particulares pueden y quieren hacer, y que se concluye de los artículos 1 incisos primero y cuatro y 19 N°21 de la Constitución Política de la República, como por la necesidad de conocimientos y técnicas propias del empresariado, unido a la latente necesidad de financiamiento.

Así las cosas la administración actualmente puede suscribir distintos tipos de contratos administrativos, tales como el contrato de suministro, el de obra pública y el de concesión de obra pública entre muchos otros, los cuales, según se desprende fácilmente de la siguiente definición de contrato administrativo, que señala: *“El acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y que se somete a las reglas de derecho público”*⁷, presentan los

⁷ SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho administrativo chileno y comparado, actos, contratos y bienes. Santiago. Chile. Editorial Jurídica ConoSur. Pp. 174.

siguientes elementos comunes: 1) La forma o formalidades de los contratos, los que se rigen por el principio de legalidad, que a continuación de desarrollará; 2) El acuerdo de voluntades, que se constituye por una parte por el poder de la administración, quien si bien tiene potestades exorbitantes para interpretar, modificar, fiscalizar y terminar unilateralmente un contrato administrativo, no actúa con facultad de imperio al contratar, ya que no obliga al privado a hacerlo; y por la otra parte, por la voluntad de convenir del colaborador de la administración o administrado; 3) El objeto del contrato, que será de contenido social al pretender la satisfacción directa o indirecta de necesidades públicas o interés general; y 4) El sometimiento y regulación por el régimen de Derecho Público.

Respecto de la naturaleza jurídica del contrato administrativo, esta tesis opta por postular que dichos instrumentos son producto de un convenio o acuerdo de voluntades de orden administrativo o público, y no simplemente actos unilaterales administrativos, ya que si bien se entiende la necesidad del acto administrativo de adjudicación como presupuesto imponderable del contrato, no es menos cierto que dicho acto de adjudicación no nace a la vida jurídica sin la intención de convenir del administrado, ya sea a través de la adhesión en un contrato directo o por medio de postulación y presentación de ofertas en un proceso de licitación, junto a la posterior suscripción del contrato

por los medios legales que establece cada cuerpo normativo para cada tipo de contrato administrativo.

En relación al derecho aplicable al contrato administrativo, es pertinente en primer lugar hacer la máxima distinción que emplea el derecho chileno, a saber, la *summa divisio* entre el Derecho Privado, el cual se define como “*el conjunto de normas que, considerando un preponderante interés individual, regulan las relaciones de los particulares entre sí o la de éstos con el Estado o los demás entes políticos en cuanto los últimos no actúan como poder político o soberano, sino como si fueran particulares, o, por fin, las relaciones de estos mismos entes políticos entre sí en cuanto obran como si fueran particulares y no como poder político o soberano*”⁸ y el Derecho Público que tradicionalmente se define como “*el conjunto de normas que, mirando a un preponderante interés colectivo, regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos menores (como las municipalidades, por ejemplo), sus relaciones entre sí o con los particulares, actuando el Estado y dichos entes en cuanto sujetos dotados de poder soberano o público.*”⁹

El derecho administrativo es una rama del derecho público que se compone por las distintas leyes que regulan los diversos contratos

⁸ VODANOVIC HURTADO, Antonio. 1997. Manual de Derecho Civil. Parte General y Especial. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica Conosur. pp.23

⁹ Ibid. Cit. pp. 23.

administrativos, a saber el DS MOP N°900 de 1996, la LOCBGAE, la Ley 19.886, la Ley N°19.880 o LBPA, el DS N° 75 del año 2004 y la Ley 18.965 Orgánica Constitucional de Municipalidades, la CPR y en general los distintos cuerpos normativos dictados por la administración y los principios del Derecho Administrativo. Incluyéndose también la ley del contrato administrativo, que se conforma por todos los documentos del proceso licitatorio tales como bases de la licitación, ofertas adjudicadas, aclaraciones, convenios complementarios, decreto de adjudicación, etc. Disposiciones legales integrantes del derecho aplicable a los contratos administrativos, entre ellos también al contrato de concesión de obra pública materia de esta Memoria de Prueba.

Parte del derecho aplicable a los contratos administrativos son los principios que asisten al contrato administrativo, que direccionan y suplen cualquier vacancia legal que presenten las leyes positivas que regulan dicha rama del derecho, y que en general la doctrina administrativista en chilena consensuado en los siguientes:

- 1) **Principio de Legalidad**, consagrado en los artículos 6 inciso primero y 7 incisos primero y tercer de la CPR, que prescriben *“Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los*

titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.” y “Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”, señalado por su parte, el inciso tercero del citado artículo 7º que “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” Disposiciones constitucionales que consagran la necesidad de una vinculación positiva de los órganos y actos de la administración, o sometimiento al Ordenamiento Jurídico. Cuestión que difiere paradigmáticamente de principios del derecho civil, tales como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en donde los particulares pueden celebrar todo tipo de convenciones sin limitación alguna que la ley y el orden público.

- 2) **Principio de Control**, muy ligado al principio de legalidad, se encuentra consagrado en los artículos 73 inciso primero y 38 inciso segundo, que rezan *“Artículo 73.- Si el Presidente de la República desapruueba el proyecto, lo devolverá a la Cámara de su origen con las observaciones convenientes, dentro del término de treinta días” y “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que*

puddere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

respectivamente, los que básicamente buscan asegurar la conformidad jurídica de la actuación de la administración, en base al control jurisdiccional por parte los tribunales ordinarios y especiales establecidos previamente por ley, sin que dicho control judicial excluya aquel control preventivo realizado por la propia administración ya sea de carácter interno o externo, este último a través de la Contraloría General de la República.¹⁰

- 3) **Principio de Responsabilidad**, regulado constitucionalmente en el artículo 38 de la CPR, antes citado, y por medio del cual el Estado garantiza los derechos de los particulares a mantener la integridad económica de su patrimonio, ello a través de la indemnización de todo detrimento o menoscabo sufrido por este último producto de una actuación, contractual o extracontractual, de un órgano de la Administración.

Variados autores han aumentado esta lista de principios, incorporando principios tales como:

¹⁰ CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2005. Las directrices constitucionales para la administración pública. Revista de Derecho Público. N°67. pp. 380.

La **Desigualdad de los contratantes**, que el mensaje de la ley de compras interpreta a favor de la satisfacción del interés general, dando como ejemplo la facultad de modificar unilateralmente el contrato, y señalando que en virtud de dicho principio, no hay posibilidad de discutir por parte del contratante particular, los términos del contrato, pudiendo simplemente adherirse-participar o no.

La **Mutabilidad del contrato administrativo**, por el cual se justifica el *ius variandi* producto la necesidad pública sobreviniente. *“La modificación no es arbitraria, está sometida a condiciones que en general se identifican con un cambio de la necesidad pública.”*

El principio de **Equivalencia prestacional**, que se concreta a través del principio de indemnización por daños y perjuicios causados producto de incumplimientos contractuales, términos anticipados del contrato o de circunstancias ajenas al cumplimiento del contrato en donde haya mediado actuación del Administrador, como un cambio en la ley general que afecte al contrato.

El **Principio de Colaboración**, mediante el cual privado es un colaborador voluntario de la Administración, por lo que debe comprender y colaborar con la realización del objeto general del contrato.

Y el **Principio de ejecución del contrato de buena fe**, que obliga a respetar la naturaleza del contrato, esto es, la satisfacción del interés general¹¹.

Por último, y en relación al régimen supletorio aplicable a los contratos administrativos, a falta de ley que regule lo consultado, este trabajo primeramente postula que en consideración al principio de inexcusabilidad regulado por el artículo 76 de la CPR, será necesario aplicar los principios de derecho público atingentes para dar solución al conflicto, sin acudir a la normativa civil como régimen supletorio, ya que como señala el profesor Vergara Blanco *“no es adecuado su uso exógeno, esto es, entre regulaciones generales o especiales que no comparten dichas bases ni principios entre sí. Este último es el caso de las normas civiles y administrativas (lex), vinculadas, respectivamente, al derecho privado y público; y a su vez, al derecho civil y al derecho administrativo (ius), disciplinas que no comparten bases esenciales ni principios jurídicos entre sí, pues su relación jurídica fundamental es distinta (relación inter privados, en un caso; relación con un ente potestativo, en el otro).”*¹²

¹¹ BERMUDEZ SOTO, Jorge. Op Cit. pp.2010.

¹² VERGARA BLANCO, Alejandro. 2009. Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo. N° 3.pp. 50.

Lo anterior tiene como obvio corolario el reconocer la necesidad de establecer un cuerpo común administrativo que de una vez por todas establezca y consagre expresamente la necesaria diferencia que existe entre el derecho civil o derecho de los particulares y el derecho administrativo, como parte integrante del derecho público, toda vez que el objeto de interés de este último difiere sustancialmente del derecho civil, ya que debe tener siempre en consideración el interés general que subyace las actuaciones de la administración y con ello incluso garantizar derechos fundamentales de los administrados, cuestiones que no pueden subsumirse a un derecho (que si bien se ha aplicado por los jueces civiles por falta de cohesión en el derecho administrativo chileno) que no comparte dicha base fundamental, al dedicarse a regular los intereses particulares de sujetos particulares, sus derechos y obligaciones en un sistema de derechos subjetivos, muy alejado del sistema de potestades públicas del derecho administrativo, las que se pueden observar en las facultades exorbitantes de la administración.

Dicho esto, será respecto de una de estas potestades públicas, la extinción unilateral y anticipada, contemplada legalmente para los contratos de concesión de obra pública, sobre lo que versará el estudio que se realizará en

los siguientes capítulos, el que parte desde luego, de la base anteriormente desarrollada.

CAPITULO UNO: DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y SU TERMINACIÓN.

A) Definición y fundamentación del contrato de concesión de obra pública.

La doctrina define al contrato de concesión de obra pública señalando que *“consiste fundamentalmente en encomendar a un particular la construcción de una obra pública o destinada al servicio público, a su entero costo, obteniendo como remuneración el derecho de explotar dicha obra durante cierto tiempo, transcurrido el cual, ella pasa al Estado”*¹³. Mediante este contrato administrativo el Estado, representado por el Ministerio de Obras Públicas, en adelante MOP, concede a un particular diversas actividades tales como la construcción, conservación, reparación y explotación de un infraestructura pública. La autorización se obtiene luego de concluído un proceso formalista de licitación, regulado en el DS N°900 MOP del año 1996, y que por fin se manifiesta con un decreto supremo de adjudicación.

Este tipo de contratos administrativos se enmarcan dentro del sistema constitucional actual que, a través de la interpretación de algunos artículos pertenecientes a las Bases Fundamentales de la Institucionalidad en relación

¹³ SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Op Cit. pp. 223.

a la Carta de Derechos Fundamentales del artículo 19 de la CPR, han dado forma al fundamento constitucional necesario para el auge las concesiones de obra pública en la última década.

La argumentación empleada comienza por señalar que la CPR establece el principio de subsidiariedad tanto en su variante negativa (aplicado al sistema de concesión) como en su variante positiva, que en definitiva se recoge del Artículo 1° inciso 4° de la CPR que señala: *“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 respecto a los derechos y garantías que esta constitución establece”*, en relación al inciso 5° del mismo Artículo que prescribe el deber del Estado *“de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho a las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*. Preceptos constitucionales que unidos a la garantía de libertad económica regulada por los artículos 19 n°21 que asegura *“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que lo regulen”*, y el artículo 19 N° 22 que les garantiza *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*, sumado al derecho de propiedad consagrado en el artículo

19 N°24 tanto sobre bienes corporales como incorpales, dan sustento al sistema de contratación administrativa mediante contratos de concesión de obra pública. Instrumentos, que estarían cumpliendo con el objetivo constitucional de buscar del bien común en un sistema de libre mercado, en el cual se protege y privilegia la propiedad particular y el derecho de los particulares o administrados a desarrollar actividades económicas con preferencia e incluso en supresión de la actividad Estatal, aún cuando dichas actividades sean servicios de utilidad o interés público.

Otro de los argumentos que han tenido los distintos gobiernos desde el año 1990 en adelante para ocupar exponencialmente el contrato de concesión de obra pública como mecanismo de construcción, reparación, conservación y explotación de obras y servicios públicos, ha sido primeramente la necesidad de financiamiento, el que entre los años 1995 y 2005, significó una inversión anual en infraestructura de US\$1.500 millones aproximadamente, sin que se haya recurrido al presupuesto general de la nación ¹⁴, ello en consideración a que, como lo señala la definición del profesor Silva Cimma, será el particular quien, en principio, asume los riesgos de la ejecución del contrato.

¹⁴ RAMIREZ ARRAYAS, José Antonio. 2010. Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la institucionalidad chilena. Santiago. Chile. Editorial Abeledo Perrot. pp. 27.

Será también un antecedente a tener en consideración a la hora de explicar la expansión en la utilización del contrato de concesión para diversos tipos de obras públicas, pasando de infraestructura vial a la concesión de recintos carcelarios y hospitales, la exponencial necesidad de financiar la alta demanda de servicios públicos que el Estado está en la obligación legal y política de proveer.

B) Tipo de contrato, iter contractual y elementos del Contrato de Concesión de Obra Pública.

El mecanismo de concesión de obra pública empleado en Chile para configurar la asociación público-privada inmersa en este tipo de contratos es el “BOT” o “Building, Operation and Transfer”, el que *“se refiere al tipo de contrato de concesión donde el concesionario se obliga a Construir la obra, Operarla, en el sentido de explotar el negocio, y al final del período concesionado, Transferir dicha operación a su titular originario, el Estado”*¹⁵, y que se compone de esencialmente de un primer proceso de preparación y celebración del contrato que comprende la licitación pública del proyecto y la adjudicación del contrato, y otro de ejecución propiamente tal, en donde se encuentran las etapas de construcción y explotación de la concesión. Será en el proceso de preparación y

¹⁵ RAMIREZ ARRAYAS, José Antonio.2010. Op. Cit. pp. 5.

celebración del contrato en el que se verá manifestada la voluntad de los contratantes, como elemento esencial de todo contrato, y que se manifiesta formal o solemnemente¹⁶. Los contratantes manifiestan su voluntad de convenir incluso en lo que podríamos situar analógicamente como la etapa de precontractual o de preparación del contrato, en las siguientes fases:

1. El organismo de la Administración respecto del cual emana la necesidad de concesionar, en el caso que no sea el propio MOP, mandata a la Dirección General de Obras Públicas para que realice el cometido de concesionar la obra pública dependiente del mandante. Dicho mandato se manifiesta a través un decreto supremo en donde consta el cometido ordenando concesionar una obra pública determinada. Siendo esta la primera manifestación de voluntad de la Administración,.
2. Luego, la Administración, representada por el mandatario DGMOP, es el encargado de configurar y plasmar su voluntad, mediante la preparación de las bases de la licitación, el llamado a postulación y en general durante todo el proceso de licitación pública hasta la emisión del decreto de adjudicación.

¹⁶ La ley N°20.410 introdujo modificaciones al artículo 9° de la Ley de Concesiones, obligando al adjudicatario a una serie de trámites bajo dentro de un plazo de 60 días bajo el apercibimiento de tener por no adjudicada la concesión. Conjunto de actos que constituyen la aceptación total del adjudicatario de los términos del contrato de concesión adjudicado.

3. Por su parte el cocontratante manifestará su voluntad de contratar en la etapa licitatoria con la presentación de las correspondientes ofertas técnicas y económicas, culminando la dirección de su voluntad con la constitución de la sociedad concesionaria, las inscripciones y publicaciones correspondientes y la protocolización de dichos instrumentos públicos dentro del plazo establecido en el artículo 9º de la Ley de Concesiones.

Dicho esto, cabe hacer el alcance que la voluntad como elemento esencial del contrato administrativo en análisis, se encuentra limitada tanto en la elección del objeto del contrato, el procedimiento para su celebración y posterior ejecución y en general por el fin del contrato mismo, o sea interés público que subyace al contrato, lo que en consecuencia marca claramente la diferencia con la voluntad necesaria para los contratos privados o entre particulares, la que por regla general carece de limitaciones salvo las solemnidades establecidas por ley o por los propios contratantes.

Otro elemento esencial del contrato de concesión de obra pública es el objeto del mismo, el cual para estos efectos lo distinguiremos del fin del contrato, precisando que aquel será compuesto por las prestaciones que constituyen las obligaciones del contrato, el que será *“la reparación o conservación de las obras públicas ya existentes, la provisión de equipamiento*

o la prestación de servicios asociados, y como contraprestación de la inversión asociada a cualquiera de dichas acciones, puede entregarse el uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio que se convengan con el Concesionario, además de otros beneficios determinados expresamente en las Bases de Licitación.”¹⁷ Por otra parte, el fin del contrato de concesión de obra pública será el interés público que motiva y subyace a este tipo de contratos, al ser ellos una herramienta que la administración emplea para la satisfacción de las necesidades públicas.

Este último aspecto ha sido considerado por la doctrina como uno de los criterios para poder distinguir un contrato administrativo de uno privado, y por tanto para en consecuencia determinar cuál será el estatuto aplicable al contrato. Criterio que en conjunto con los sujetos intervinientes en el contrato, a saber la administración pública por un lado y un particular, persona jurídica o natural por el otro, han sido objeto de críticas por el autor francés Prosper Weil en su obra “La crisis de criterio del contrato administrativo”¹⁸, en la que si bien no desconoce la necesidad de que el contrato tenga por objeto prestaciones

¹⁷ PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. 2013. El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos, Revista de Derecho Público. N° 79. pp. 122.

¹⁸ WEIL, Prosper. 1986. La crisis del criterio de contrato administrativo. Revista de Derecho Público. N°39. pp.163-184.

que satisfacen directamente las necesidades públicas, postula que por lo menos debe presentarse este como una modalidad para el cumplimiento de dichas necesidades. Críticas, que a nuestro parecer dejan en evidencia que la satisfacción de necesidades públicas, ya sea de manera directa o indirecta, serán el fin de los contratos administrativos en general, y en particular, del contrato de concesión de obra pública.

C) Prerrogativas exorbitantes del Contrato de Concesión de Obra Pública, principios aplicables.

Producto del criterio de interés público como fin del contrato administrativo, la doctrina ha desarrollado las facultades o potestades exorbitantes o prerrogativas de la administración pública, que son aplicables al contrato de concesión de obra pública, manifestándose en este último contrato en facultades que puede ejercer el Administrador tales como el ius variandi o modificación unilateral de contrato¹⁹, la fiscalización y sanción (mediante multas) durante las etapas de construcción y explotación del contrato, la

¹⁹ El ius variandi o la modificación unilateral del contrato de concesión de obra pública se encuentran reguladas a favor del MOP en los artículos 19, 20 y 20 bis del DS 900 de 1996, modificado por la Ley N°20.410, o Ley de Concesiones.

interpretación del contrato por parte del MOP, la suspensión del contrato y la extinción unilateral²⁰ y anticipada del contrato de concesión de obra pública.

Respecto de las potestades exorbitantes es necesario realizar los siguientes alcances:

Primeramente que, las prerrogativas de la administración se rigen por el principio de legalidad o por la ley de contrato, lo que implica que ellos deben estar tipificados expresamente en la ley o por lo menos en el contrato de concesión. En el caso del contrato de concesión de obra pública las facultades exorbitantes tales como la fiscalización, el ius variandi, la suspensión y la extinción del contrato²¹, se encuentran expresamente tipificadas en la Ley de Concesiones, las que según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de Concesiones que regula el contrato y las normas que lo rigen, se entiende parte del contrato. En el caso de la extinción unilateral y anticipada del contrato, las causales, sus requisitos, el procedimiento para resolver el contrato y sus efectos se encuentran regulados por la Ley de Concesiones.

²⁰ La fiscalización del contrato de concesión se encuentra regulada en el Capítulo VIII de la Ley de Concesiones, denominado “De la inspección y vigilancia de la Administración”. Por su parte la interpretación encuentra su establecimiento legal en el artículo 2 número 2 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas.

²¹ La suspensión y la extinción del contrato de concesión de obra pública se encuentran reguladas en el Capítulo VII del DS N°900 de 1996, modificado por la ley N° 20.410, que trata sobre la “Duración, suspensión y extinción del contrato de concesión”

Así, las causales de extinción unilateral del contrato de concesión se encuentran expresamente reguladas en la Ley de Concesiones en los artículos 27 número 3, que establece la posibilidad de terminar el contrato de concesión de obra pública de manera unilateral y anticipada por incumplimiento grave de la sociedad concesionaria, y en el artículo 28 ter, el que contempla una nueva causal introducida por la ley N° 20.410 de enero del año 2010, que le otorga la potestad al Estado de extinguir unilateral y anticipadamente el contrato cuando el interés público lo requiera debido a un cambio de circunstancias que hagan innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o bien cuando la obra demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el 25% del presupuesto oficial de la obra.

Respecto de esta última prerrogativa de la Administración aplican también los siguientes principios de la contratación administrativa:

1. **Desigualdad de los contratantes**, que claramente se configura desde el momento que el Estado puede terminar con un concurso de voluntades de manera unilateral.
2. **Equilibrio patrimonial de los contratantes**, al establecerse la obligación legal de compensar al co contratante en caso que se invoque

el artículo 28 ter de la ley de concesiones, tipificándose además expresamente los factores para determinar el monto de la indemnización.²²

3. **La Responsabilidad de la Administración** en caso de causar perjuicios al co contratante, aplicándose al respecto lo señalado para el principio de equilibrio patrimonial de los contratantes.
4. **Control por parte de órganos jurisdiccionales**, siendo primitivamente la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, los tribunales competentes para conocer de las controversias que se susciten respecto de las bases de cálculos y montos a indemnizar. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

En segundo lugar, las prerrogativas de la administración no son derechos subjetivos, sino potestades ello principalmente debido a que ellas no se agotan con su ejercicio, teniendo además un carácter instrumental al fin del contrato. En este sentido, las potestades constituyen un ejercicio del interés general, buscando con su ejercicio asegurar los derechos fundamentales que en definitiva son el fundamento de la unidad política²³. Adquiriendo mayor sentido

²² Factores que componen las bases de cálculo que pueden variar según ello se estipule en las bases de la licitación de una concesión de obra pública determinada.

²³ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime.2008. *Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas*, Revista de Derecho Público. Vol. 70. pp. 197-213.

entonces la última modificación de la Ley de Concesiones que, sin contentarse con la causal de incumplimiento grave del contrato, incorpora la facultad para la Administración de resolver el contrato por interés público, en los casos y bajo la forma que determina la propia ley.

En consecuencia, será un eje del estudio e interpretación de esta memoria de prueba el comprender la facultad exorbitante contenida en el artículo 28 ter como una potestad pública orientada al fin de toda actuación administrativa, el interés público.

D) La extinción del contrato de concesión de obra pública.

La extinción o terminación de un contrato, es la privación de eficacia del mismo. Para los efectos de esta memoria de prueba se comprenderán como sinónimos las palabras extinción y terminación del contrato de concesión, así como también los vocablos contrato de concesión o concesión simplemente.²⁴²⁵

²⁴ Lo anterior, a pesar que, entendemos que el vocablo jurídico correcto para estos casos es la terminación de una determinada concesión de obra pública, ello por cuanto la concesión de obra pública adjudicada proviene de un contrato de tracto sucesivo (y por tanto no se extingue), y debido a que el contrato de concesión de obra pública, en algunos casos de terminación, puede relicitarse como se explicará.

En materia civil la extinción se produce por regla general, cuando se han cumplido las obligaciones emanadas de los mismos, siendo esta la terminación normal de los contratos, coexistiendo con otras causales que también le quitan eficacia y que el Profesor Gonzalo Figueroa Yañez, clasifica de la siguiente forma:

“Dichas causales pueden ser clasificadas en tres grupos. Así, se dice que los contratos terminan por causales existentes al momento en que el contrato nace, o bien con causales existentes posteriores a su celebración, o bien se extinguen por otras causales varias”²⁶.

El grupo de causales de extinción existentes al momento en que contrato nace, serán aquellas que producen la nulidad del contrato.

Por otra parte, las causales de extinción que nacen posteriormente a su celebración, será dadas por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato.

²⁵ El capítulo VII de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, emplea indistintamente los vocablos extinción y terminación, así como concesión o contrato de concesión.

²⁶ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. 2011. Curso de Derecho Civil. Tomo III. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. s.n.

Y por último, serán causales varias de extinción, todas aquellas estipuladas en el contrato, así como también las modalidades, condición extintiva y plazo extintivo.

En la vereda opuesta, la de los contratos administrativos, entre ellos el contrato de concesión de obra pública, al regirse por el derecho público positivo, no se aplican lisa y llanamente la distinción hecha por el profesor Figueroa Yáñez para el Derecho Civil, ello en consideración a que en materia administrativa prima el principio de legalidad, disponiéndose expresamente, en las diversas leyes que regulan los contratos públicos y en particular en cada contrato, las distintas causales de extinción o terminación del contrato administrativo.

En el caso del contrato de concesión de obra pública, las causales de extinción, como ya señalamos, se encuentra reguladas en el DS N° 900 MOP de 1996, que contempla como término normal de la concesión el cumplimiento del plazo acordado en las Bases de la Licitación, siendo esto recogido en el artículo 27 número 1 de dicho Decreto Supremo. Por lo que en consecuencia el cumplimiento de la obligación no será prima facie la causal de extinción normal del contrato administrativo de concesión de obra pública, siendo el plazo la causal de extinción normal, ello en consideración a la naturaleza del contrato mismo, que al dividirse en dos etapas, si la terminación es normal, concluirá

siempre en la etapa de explotación, que está diseñada para reembolsar al particular la inversión hecha durante la etapa de construcción.

La Ley de Concesiones también regula expresamente la extinción anormal de la concesión, que se produce por hechos posteriores, como el incumplimiento del contrato, el mutuo disenso²⁷ o la terminación por motivos de interés público sobreviniente.

En consideración a lo precedentemente señalado es que se concluye que la extinción de un contrato administrativo, tiene la particularidad de situarse en el escenario de desigualdad de los contratantes, no siendo posible que el contrato de concesión de obra pública termine simplemente por el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, precisando al efecto de la existencia de un plazo extintivo, que mientras no se cumple, obliga a los contratantes prestar de manera regular y continúa el servicio concesionado en explotación.

En este orden de ideas, tanto el plazo extintivo como las causales anormales de terminación de la concesión, serán la única manera de extinguir la concesión de infraestructura pública, lo que en definitiva no sólo otorga

²⁷ La extinción del contrato de concesión de obra pública por incumplimiento grave se encuentra preceptuado en el artículo 27 número 3 y 28 del DS N°900 de 1996 modificado por la Ley N°20.410. Por su parte, es el artículo 27 número 2 el que se encarga de facultar al MOP para negociar con el concesionario y darle término al contrato por mutuo acuerdo.

seguridad jurídica al contratante particular o administrado, sino que además protege de la libertad de emprendimiento y contractual del particular, la regular y continúa prestación del servicio público que guarnece la infraestructura pública concesionada, resguardando en último término la satisfacción de necesidades colectivas. Haciéndose en último término el alcance que la Ley de Concesiones contempla también la posibilidad de extinguir el contrato de concesión por todas aquellas causales que se estipulen en las bases de la licitación, situación que tampoco afectaría a la seguridad jurídica ya que se entienden parte, según se infiere del artículo 2 del Reglamento de Concesiones, como ley del contrato.

E) Extinción del contrato de concesión de obra pública en Chile. Siglos XX y XXI.

Primeramente cabe precisar que el contrato de concesión de obra pública encuentra sus primeros antecedentes en el estanco de tabaco y en las concesiones ferroviarias iniciadas durante el siglo XIX²⁸. Sin embargo indicios de regulación sobre este tipo de contratos la encontramos incipientemente en la Ley N°15.840 de 1964 sobre organización y atribuciones del Ministerio de Obras Públicas, que fuera modificada en el año 1981 por la Ley N°18.060, en

²⁸ RAMIREZ ARRAYAS, José Antonio.2010. Loc. Cit. pp. 13.

relación al DFL N°206 de 1960, sobre construcción, conservación y financiamiento de caminos²⁹, y que en su artículo 52 otorgaba la posibilidad al Estado de concesionar obras públicas, señalando:

“Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacional de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años.

La reparación o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este artículo”

Posteriormente, y ante la necesidad de un cuerpo regulatorio que precisara lo establecido por el artículo 52 anteriormente citado, es que en el año 1982 se dictó el D.F.L MOP N° 591, que regula in extenso la concesión de obras públicas fiscales y la ejecución de dichos contratos. En este sentido es que dicho cuerpo normativo estableció el sistema de licitación pública y adjudicación de los contratos, regulando materias como la constitución de

²⁹ La ley N°15.840 y el DS 206 de 1960 actualmente se encuentran refundidos, coordinados y sistematizados en el DFL MOP N° 850 de 1997, que regula la conservación de carreteras y conservación de caminos.

garantías, y en particular estableciendo en su artículo 35 la revocación de la concesión por interés público, al señalar:

“Artículo 35°.- Sólo por razones de interés público, y una vez transcurrido más de la cuarta parte del plazo de la concesión, podrá revocarse ésta. En tal evento, el concesionario, tendrá derecho a que se le indemnice, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la explotación de las obras que son objeto de la concesión, el que deberá calcularse en base a los antecedentes que el concesionario demuestre respecto del valor presente de los flujos netos de caja de la concesión. A falta de acuerdo el valor de dicho daño será fijado por el juez.”

El citado precepto legal fue posteriormente modificado por la Ley N°19.068 de 1991, derogándose, y quedando en consecuencia delimitadas las causales de extinción del contrato de concesión de obra pública a las que señala el artículo 27:

“Artículo 27°.- La concesión se extinguirá por las siguientes causales: 1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó; 2.- Incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario; 3.- Quiebra del concesionario; 4.- Mutuo acuerdo entre el Estado y el concesionario; 5.- Destrucción total de la

obra. Sin embargo, el concesionario podrá, en los casos de destrucción parcial de las obras, superior a un 25%, solicitar la extinción de la concesión, y 6.- Las que se estipulen en el contrato de concesión”

Cabe precisar que el reglamento de concesiones, Decreto N° 217 de 1983, derogado en el año 1992 por la ley 19.252, regula y procedimentaliza las antedichas causales de extinción del contrato de concesión señalado en su Título IX sobre la Suspensión y Extinción de la Concesión, que:

“ART. 51.- Extinción de la concesión por cumplimiento del plazo. La concesión se extinguirá por cumplimiento del plazo por el que se otorgó, de acuerdo a lo señalado en el punto 1° del Art. 27° del D.F.L. 591, de 1982, del MOP. Expirado este período, el servicio que se le presta al usuario quedará bajo la responsabilidad del Ministerio. Sin perjuicio de las inspecciones normales dirigidas a asegurar la conservación de la obra, con un año de antelación a la fecha de extinción de la concesión, el MOP exigirá del concesionario la adopción de aquellas medidas que se requieran para la buena entrega de las instalaciones en condiciones de normalidad -especificadas en las Bases- y que permitan la continuidad en la prestación del servicio a que están destinadas. Iguales medidas se aplicarán a las instalaciones de las áreas de servicios complementarios. El concesionario se responsabiliza frente al MOP del buen estado de las instalaciones de dichas áreas.

El concesionario hará entrega al MOP de la totalidad de las obras e instalaciones, ubicadas en bienes nacionales de uso público o fiscales. Esta medida abarcará no sólo los inmuebles, sino también a aquellos bienes que, aún pudiendo ser trasladados sin deterioro del inmueble a que estén unidos, satisfagan necesidades de la explotación. La garantía de explotación no será devuelta al concesionario en tanto no se reciban por el MOP las obras señaladas en el inciso anterior, en las condiciones señaladas en el inciso segundo precedente. El MOP podrá aplicar la garantía de explotación a la reparación de los bienes deteriorados o a la adquisición de los indebidamente retirados, devolviendo la diferencia, si la hubiere. En todo caso, la liquidación pertinente deberá practicarse dentro de los seis meses siguientes a la expiración del plazo de la concesión.”

Como se puede notar, la citada disposición legal regulaba de manera expresa la forma de terminación normal del contrato de concesión, reglamentando el procedimiento y requisitos de la misma para asegurar un servicio continuo y regular.

El Reglamento de Concesiones Decreto N° 217 de 1983, regulaba también el contenido, procedimiento y efectos de la extinción anormal del contrato de concesión de obra pública para cada causal incorporada en la Ley de Concesiones, señalando en su artículo 52 y siguientes, que:

*“ART. 52.- **Extinción por incumplimiento.** El incumplimiento grave de las obligaciones impuestas al concesionario, extinguirá la concesión. Sin perjuicio de otras causales establecidas en las Bases de la licitación, se considerarán, en todo caso, como incumplimiento grave de las obligaciones del contrato: a) Demoras en la construcción de las obras por períodos superiores al 10% de los plazos ofrecidos y aprobados, sin perjuicio de otras sanciones a que hubiere lugar; b) Negligencia en la vigilancia de las obras o prestación deficiente o abusiva del servicio; c) Cobranza en forma reiterada de tarifas superiores a las autorizadas; d) Descuido en la conservación de las obras, siempre que tal conducta de lugar a la realización de obras de restauración por el propio MOP., o encargadas por él a terceros en más de una ocasión, con cargo a las garantías del concesionario; e) No constitución de las garantías en los plazos y condiciones estipuladas, o no completadas cuando se hayan hecho efectivas, en el plazo de un mes, contado desde la resolución que las haya hecho efectivas parcialmente; f) Desconocimiento reiterado de las instrucciones de las autoridades que deben fiscalizar o autorizar las actuaciones del concesionario. Declarada la resolución de la concesión y por alguna de estas causales, la garantía de explotación se hará efectiva a beneficio fiscal.”*

*“ART. 53.- **Extinción por quiebra del concesionario.** La quiebra de la sociedad concesionaria determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la garantía de explotación, sin derecho a indemnización alguna.”*

*“ART. 54.- **Extinción por mutuo acuerdo entre el MOP y el concesionario.** El mutuo acuerdo entre el MOP. y el concesionario, extingue la concesión con arreglo a las condiciones del convenio que se suscriba entre ambas partes. Este convenio será aprobado por Decreto Supremo.*

*“ART. 55.- **Extinción por destrucción.** La destrucción total de la obra extingue la concesión, pudiendo el concesionario recobrar las garantías vigentes sólo en los casos fortuitos, de fuerza mayor o actos de la autoridad. La destrucción total de la obra no dará derecho a indemnización alguna, salvo que los daños provinieren de actos de la autoridad. En este caso, se pagará al concesionario una indemnización por lo que dejare de percibir. El cálculo correspondiente se hará en base a los antecedentes que el concesionario demuestre respecto del valor presente de los flujos netos de caja de la concesión. La destrucción parcial de la obra por caso fortuito o fuerza mayor, si fuere superior al 25% del total, dará derecho al concesionario para optar entre la extinción de la concesión con devolución de la garantía, o la suspensión de sus efectos por el tiempo que tarda la reconstrucción, sin cargo para el Estado. Para todos los efectos previstos en este artículo, se entenderá por destrucción*

de la obra, el efecto derivado de cualquier suceso que altere sustancialmente la infraestructura de la misma, de tal manera que no sea posible reponerla a su estado inicial, sino realizando obras similares a las de construcción. Los efectos aquí previstos se producirán, cualquiera que sea el estado de construcción de la obra, de tal manera que el grado de avance de esta construcción no afectará la estimación del porcentaje destruido respecto de la totalidad de la obra.”

*“ART. 56.- **Otras causas de extinción.** Las Bases de licitación deberán indicar, entre otras causas, la extinción de la concesión por abandono o renuncia del concesionario. Se presumirá el abandono, cuando el concesionario, sin causa justificada, deje de prestar servicio durante más de 48 horas seguidas. Producido el abandono, el MOP. incautará el servicio con pérdida de la garantía para el concesionario, y sin derecho a indemnización. La renuncia a la concesión autorizará al MOP para la incautación del servicio, sin devolución de la garantía y sin derecho a indemnización.”³⁰*

Las causales citadas tienen como común denominador el ser una manifestación del principio de legalidad administrativa, el que no sólo sirve para controlar las actuaciones del Administrador en materia de contratos, procurando

³⁰CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 1992. Ley 19.252. Modifica Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991. [en línea] <
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30619&idParte=7190188&idVersion=1993-10-20>>

(visitada el 24 de febrero de 2015)

que éste se ajuste a la ley, sino también para establecer taxativamente aquellos casos en los cuales se entiende sin duda alguna que se está afectando el interés público que subyace y es motivo de la actividad o servicio que se construye o explota mediante el contrato de concesión de obra pública, concediéndole por ello prerrogativas al Estado, de extinguir unilateralmente el contrato, todo con el objeto de satisfacer las necesidades públicas al garantizar la prestación regular y continua del servicio fiscal.

Será también una característica de la citada reglamentación el sometimiento a un procedimiento para su realización ante un órgano jurisdiccional especial, establecido en el artículo 36 del DFL N°591 de 1982, mediante el cual se resguarda la probidad y la responsabilidad de las actuaciones de la Administración.

Producto de la Ley N°19.068 de 1991 antes referida, se facultó, en su artículo 2, al Presidente de la República a dictar, dentro de 60 días, un texto refundido, coordinado y sistematizado que contuviera al DFL N°591 de 1982, al DFL N°206 de 1960, la Ley N°15.480 y el DS N°294 de 1984 todos del MOP. Compendio normativo que fue publicado con fecha 22 de julio de 1991, mediante el DFL N°164 de 1991, regulación inmediatamente antecesora del DS MOP N°900 de 1996, actual Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Posteriormente, en el año 1993 se introduce la primera modificación al DFL N°164 de 1991 mediante la Ley 19.252, que *“plasmó la experiencia adquirida en la licitaciones que hasta esa fecha el MOP llevó adelante”*³¹ eliminándose las causales de extinción de quiebra del concesionario y la destrucción total de la obra.

La siguiente modificación a la Ley de Concesiones se hace por medio de la Ley N°19.460 de 1996, y que, entre otras cosas, complementa la causal de extinción por mutuo acuerdo entre la concesionaria y el MOP, agregando que dicho mutuo disenso sólo podrá permitirse si los acreedores que tengan prenda establecida a su favor de acuerdo al artículo 43 del Reglamento de Concesiones N° 956 de 1997, consienten en ello.

El DS 900 de 1996, que refunde, coordina y sistematiza al DFL N°164 de 1991 con las dos modificaciones legales antes citadas, contemplaba en su artículo 27, cuatro causales de extinción del contrato de concesión de obra pública, a saber:

“Artículo 27º.- La concesión se extinguirá por las siguientes causales: 1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere; 2.- Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el

³¹ RAMÍREZ ARRAYAS, José Antonio. 2010. Loc. Cit. pp.19.

concesionario. El Ministerio sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el Artículo 43º consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada; 3.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y 4.- Las que se estipulen en las bases de licitación.”

Como se puede notar a simple vista, dentro de las causales de extinción del contrato se encontraba primeramente el cumplimiento del plazo, hecho jurídico que producía la terminación normal de la concesión; contemplándose sin embargo, tres causales para el término anticipado o anormal de la concesión: primeramente el mutuo disenso como regla general de extinción de los derechos y obligaciones de un contrato; en segundo lugar la posibilidad unilateral de extinción mediante declaración, del órgano jurisdiccional arbitral del contrato, de incumplimiento grave por el concesionario de los términos de la concesión. Hasta aquí, el panorama no difiere mayormente respecto de las causales de extinción de un contrato celebrado entre particulares, salvando las siguientes peculiaridades, primeramente que, respecto de la causal de incumplimiento grave dicha prerrogativa está establecida por el legislador para el Estado, no pudiendo ejercerla la sociedad concesionara. En segundo lugar, y con el objeto de mantener la seguridad jurídica y el equilibrio del contrato, la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo

contrato de concesión o en las respectivas bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Conciliadora establecida en el Artículo 36º de dicha Ley, la que resolverá en calidad de tribunal arbitral.

Continuando, respecto de la tercera causal de extinción anormal del contrato de concesión, el legislador de 1996 hace una remisión expresa a todas aquellas causales de terminación del contrato que puedan contemplarse en las bases de la licitación, dejando abierta la posibilidad al Administrador para que, en virtud de las particulares cualidades del servicio u obra pública concesionada, estipular en las Bases de la Licitación cualquier otro tipo de causal de terminación unilateral y anticipada del contrato, a su favor.

En este orden de ideas cabe precisar que el DS N°900 de 1996, aún antes de ser reformado por la Ley N°20.140, contempló en su artículo 25 inciso final, actualmente vigente, la posibilidad que, ante la llegada del plazo de una determinada concesión de infraestructura pública, no se vuelva ésta a dar en concesión, en aquellos casos en que las obras hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas nuevamente, avistándose cierta posibilidad de que por interés general, resguardado y representado por el Estado, pueda darse término a un contrato de concesión, una vez que se extingue el plazo de una determinada concesión. Razonamiento que en principio es muy similar a la

extinción por interés público contemplada en el artículo 28 ter de la nueva Ley de Concesiones.

Por otra parte, y continuando con las modificaciones legales, la Ley N° 20.410 enviada el día 04 de julio de 2007 por mensaje presidencial de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, promulgada el 14 de diciembre de 2009 y publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2010, introdujo modificaciones a la Ley de Concesiones respecto de la extinción del contrato de concesión de obra pública, sin modificar el artículo 27 de la Ley de Concesiones, que señala:

“Artículo 27°.- La concesión se extinguirá por las siguientes causales: 1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con modificaciones si procediere, 2.- Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada; 3.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y 4.- Las que se estipulen en las bases de licitación.”

Hasta aquí no existen diferencias respecto de las causales de extinción, salvo lo atinente al procedimiento para declarar el incumplimiento grave por la

Comisión Arbitral, reformada también mediante la Ley N° 20.410, y en relación a los efectos de la declaración de incumplimiento, regulados en los artículo 28 y 28 bis respectivamente.

Dicho esto, la Ley N° 20.410 introduce dentro del cuerpo normativo denominado Ley de Concesiones nuevamente la causal de extinción unilateral por interés público, que fuera primitivamente recogida por el derogado artículo 35 del DFL N°591 de 1982 anteriormente citado. En efecto, el único antecedente normativo vigente a la época de dictación de la Ley N° 20.410 lo encontramos en lo prescrito por el artículo 5 letra j de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas o DFL N° 850 de 1998, que dentro de las atribuciones del MOP indica:

“Artículo 5º.- Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas: j) Convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87 o cuando deban revocarse esas concesiones por razones de interés público, y las garantías, modalidades y demás estipulaciones de tales contratos, con sujeción a las normas del Decreto con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la República en uso de las facultades que se le entregan por el artículo 88³² 33º ”

³²El artículo 87 del DFL N° 850 de 1998, otorga la atribución al Ministerio de Obras Públicas de concesionar obras públicas fiscales por medio licitación pública.

Por tanto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.410 (Publicada en el Diario Oficial el 20 de enero del año 2010) la Ley de Concesiones no preveía expresamente la extinción de la concesión por razones de interés público. Sin embargo, ello no obstaba que el Ministerio de Obras Públicas podría eventualmente haber propuesto la extinción cuando el interés público lo aconsejara, siempre que se conviniera con el concesionario la adecuada indemnización, en los términos de lo preceptuado en el artículo 5 letra j) de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. Debiendo aplicarse en dicho caso, el procedimiento regulado en la Ley de Concesiones para la extinción por mutuo acuerdo.³⁴

Actualmente el artículo 5 letra j) antes citado, debido a la remisión legal que efectúa el artículo 88 del DFL N°850 de 1998, encuentra su delimitación conceptual en el artículo en el artículo 28 ter introducido por la Ley N° 20.410. En este sentido, el artículo 28 ter viene a regular ciertos aspectos normativos que hasta la época de su dictación eran bastante amplios, a saber primeramente bajo qué presupuestos fácticos y en qué etapas de la concesión se puede invocar esta prerrogativa por el MOP, en segundo lugar cuándo se

³³ El artículo 88 del DFL N° 850 de 1998, prescribe que las concesiones de obras públicas fiscales se llevaran a cabo conforme a lo indicado en el D.F.L N° 164 de 1991.

³⁴ RUFIAN LIZANA, Dolores M. 1999. Manual de Concesiones de Obras Públicas, colección Política y Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago. Chile. pp. 205.

entiende que se encuentra comprometido el interés público, delimitándolo sólo a dos hipótesis, y en tercer lugar el procedimiento para ejercerlo y los efectos de su aplicación como por ejemplo la determinación del monto a indemnizar. Todos aspectos que se regularan en capítulo siguiente, siendo por ahora suficiente enunciarlos.

En efecto, el artículo 28 ter establece específicamente en qué circunstancias se entiende comprometido el interés público, precisando su inciso primero que:

“Artículo 28 ter.- Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción.”

Interés público sobreviniente, que a su vez delimita en dos hipótesis:

- 1) Que exista un cambio de circunstancias que hiciera innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas.
- 2) Que en virtud de dicho cambio de circunstancias se demandare el rediseño de la obra o su complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el 25% del presupuesto oficial de la obra.

Nótese que el inciso primero del citado artículo trata directamente esta prerrogativa consistente en la extinción unilateral y anticipada del contrato como una potestad, lo que se condice con el tratamiento doctrinario que históricamente se le ha dado a la facultad del Administrador de terminar los contratos que suscribe con particulares en consideración al interés público, el que en primer y último término será siempre el fin del contrato.

Así lo indicaba el profesor Enrique Silva Cimma en el año 1995:

“Una de las características de los servicios concedidos es precisamente el poder de terminación que corresponde al Estado, entendiendo que, si a juicio de la autoridad concedente, la concesión de servicio público no se realiza en condiciones convenientes al interés nacional o general, aun cuando el concesionario éste cumpliendo con los requisitos que se establecieron en el

*acto de concesión, la autoridad estará siempre facultada para poner término anticipado al servicio público concedido*³⁵

El citado párrafo de hecho va más allá de lo que Ley de Concesiones aparentemente permite, sobreponiendo el interés nacional o general sobre los derechos conferidos al particular en virtud del contrato, siempre que el servicio no se esté ejecutando en condiciones convenientes a dicho interés, lo cual tiene directa relación con que tanto en los contratos de concesión de obra pública como en los contratos de concesión de servicios públicos, se entrega o explota por el concesionario un servicio público que en definitiva garantiza derechos que protegidos el Estado, muchos de ellos incluso consagrados como fundamentales por la CPR, como por ejemplo el derecho a desplazarse libremente consagrado en el artículo 19 número 7 de la Carta Fundamental, el que podría verse vulnerado en el caso que existan cobros excesivos o un servicio discontinuo o irregular en las vías públicas concesionadas.

En este orden de ideas, la introducción del artículo 28 ter a la Ley de Concesiones tiene como gran aporte el determinar el procedimiento que debe

³⁵ SILVA CIMMA, Enrique. 1995. Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Servicio Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Chile. pp. 262; y AYLWIN AZÓCAR, P. y AZÓCAR BRUNER, E. 1996. Derecho Administrativo, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago. Chile. pp. 169.

emplear la administración para invocar la potestad de extinción unilateral y anticipada del contrato, y por sobre todo el otorgar certeza respecto de los parámetros indemnizatorios que resguardan la integridad patrimonial del concesionario y que en definitiva aseguran el equilibrio de prestaciones en el contrato.

Ahora bien, la delimitación de ciertas hipótesis respecto de las cuales se entiende el interés público comprometido con la ejecución de contrato, que introduce el artículo 28 ter, nos presenta algunos reparos, que serán desarrollados en el capítulo siguiente, sobre todo teniendo en consideración que históricamente, ya sea en la propia ley del ramo, por medio del citado artículo 35 del DFL N°591 de 1982, o como atribución del Ministerio de Obras Públicas (según lo estipulado en el artículo 5 letra j del DFL N°850), siempre existió la posibilidad de que el Administrador en pos del interés público y bajo su exclusivo criterio, terminara una determinada concesión de obra pública, entregando obviamente al concesionario debida indemnización.

**CAPITULO DOS: ANÁLISIS SOBRE LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN
ANTICIPADA POR INTERÉS PÚBLICO. ARTÍCULO 28 TER, LEY N° 20410.**

A) Antecedentes previos.

Con fecha 04 de julio de 2007, y mediante mensaje presidencial de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, se inician los trámites constitucionales necesarios para modificar el DS N°900 del año 1996, ello debido a que la autoridad consideró necesario el introducir modificaciones a la Ley de Concesiones en donde se regule explícitamente, *“como principio rector de todo el sistema de concesiones de obras públicas, la obligación que asume el concesionario de mantener, durante toda la duración de la concesión, los niveles de servicio y estándares técnicos determinados en las bases de licitación y en el respectivo contrato”*, pretendiéndose con esto último *“asegurar el efectivo cumplimiento de los fines públicos que fundamentan la inversión en infraestructura, más allá de especificaciones técnicas que, por si solas, no dan*

*cuenta suficiente de las necesidades ciudadanas que el sistema de concesiones de obras públicas está llamado a satisfacer*³⁶ .

Ahora bien, el Mensaje Presidencial de la modificación legal en análisis, si bien incluye la modificación del contrato de concesión de obra pública por razones de interés público, contempladas en los actuales artículos 19 y siguientes de la Ley de Concesiones, no incluye primitivamente la terminación por interés público, la que en definitiva se incorpora por indicación de los Senadores señores Longueira y Pérez Varela durante el Primer Trámite Constitucional, y que en relación a las causales que finalmente fija el artículo 28 ter introducido por la Ley N°20.410, no presenta mayores variaciones, señalando al respecto que “ *Art. 28 bis.- Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancia hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal como que las inversiones adicionales superasen el 20% del presupuesto inicial de la obra. Esta potestad podrá*

³⁶ HISTORIA DE LA LEY 20.410. Mensaje del Ejecutivo [en línea] <catalogo.bcn.cl/ipa20/ipac.jsp?profile=bcn&index=BIB&term=232916>[Consulta 23 de febrero de 2015]. pp. 5.

*ejercerse exclusivamente en la fase de construcción...*³⁷ Regulándose luego el procedimiento y el cálculo de las indemnizaciones correspondientes, lo que trataremos por no ser el objeto de este capítulo.

Dicho esto, las causales de terminación anticipada incorporadas en el proyecto de ley discutido mediante Boletín N° 5.172-09, antes transcritas, no varían sustancialmente respecto del artículo 28 ter finalmente incluido en la Ley N°20.410, que presenta diferencia simplemente en cuanto al porcentaje del presupuesto inicial de la obra (que debe variar en caso necesidad de rediseño o complementación de la misma) que asciende en la Ley promulgada y publicada a 25%. Lo anterior tiene como explicación la necesaria armonía que debe existir entre el artículo 28 ter con los casos de modificación por interés público y de licitación a terceros por aumentos o rediseños contempladas en los artículos 19, 20 y 20 bis de la Ley de Concesiones vigente.

Continuando con la Historia de la Ley N°20.410, es importante precisar que ella no contiene mayores argumentos respecto del contenido de esta prerrogativa para el Estado (personificado en el MOP), siendo sin embargo, interesante lo informado por el Ministro de Obras Públicas de la época don Sergio Bitar, quien explicó primeramente que *“Cuando existe una justificación de interés público, que amerite un cambio mayor en la obra, superior al*

³⁷ Historia de la Ley 20.410. pp. 127.

porcentaje señalado, se recompra la obra y se licita nuevamente. En el caso de obras innecesarias, como sucedió con una Estación que estaba en construcción en la Comuna de Quinta Normal, se negoció de común acuerdo con el concesionario, lo que conlleva grandes desembolso de recursos fiscales, por lo que se considera necesario contar con facultades excepcionales, para situaciones extraordinarias, en que se requiere poner término anticipado a las obras con las compensaciones adecuadas.”[sic]³⁸. Señalando respecto de la terminación para el caso de rediseño o complementación de la obra que implique una inversión adicional superior al 25% del presupuesto oficial de la obra que, “Cuando sea necesario realizar obras mayores es necesario contar con la facultad de recomprar la concesión y relícitar porque no se quiere promover un sistema en que el Estado negocie grandes obras públicas.”³⁹

Posiciones que no fueron compartidas por algunos representantes del mundo privado quienes expusieron ante la Comisión de Obras Públicas, señalando que era perjudicial tanto para la economía de los contratos de concesión de obra pública (debido a que aumentaba el riesgo de estos contratos al contemplarse la extinción unilateral y anticipada del contrato), como por la discrecionalidad y consecuente incertidumbre que genera establecer un

³⁸ HISTORIA DE LA LEY. Ibid Cit. pp 299.

³⁹ HISTORIA DE LA LEY. Ibid Cit. pp. 300.

“espacio de actuación arbitraria de la autoridad”⁴⁰, calificación utilizada en su exposición por el Senador y Presidente de la Asociación de Concesiones de Obras e Infraestructura Pública, COPSA A.G., señor Hernán Chadwick. Concluyéndose al efecto que “...el riesgo que puede significar el establecer un exceso de regulación, en razón que es necesario velar por el interés fiscal, pero también es preciso no perder de vista que el cliente en esta industria, es el concesionario”[sic]⁴¹

Ahora bien, aun cuando existían ciertos reparos de algunos parlamentarios en relación a regular esta prerrogativa estatal, el proyecto de ley finalmente fue aprobado por una amplia mayoría de los parlamentarios en ejercicio sin que haya merecido observaciones relacionadas con el precepto legal en estudio durante el Trámite Preventivo de Constitucionalidad evacuado por Tribunal Constitucional mediante sentencia en causa rol N°1.536-2009 de fecha 26 de noviembre del año 2009, promulgándose finalmente la Ley N°20.410 con fecha 12 de diciembre de 2009 y publicándose en el Diario Oficial el día 20 de enero del año 2010, quedando en definitiva las causal del terminación del contrato prescrita por artículo 28 ter, y las dos hipótesis o subcausales que regula, en los siguientes términos:

⁴⁰ HISTORIA DE LA LEY. Ibid Cit. pp. 718.

⁴¹ HISTORIA DE LA LEY. Ibid Cit. pp. 740.

“Artículo 28 ter.- Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción.”

Subcausales de terminación que hasta la fecha de elaboración de esta memoria de prueba no han sido aplicadas, no existiendo por ende jurisprudencia nacional que nos indique el sentido y alcance que deben darse a términos tales como el interés público y el cambio de circunstancias, ambos necesarios como presupuesto de ambas hipótesis de terminación unilateral y anticipada, sin que tampoco exista aplicación alguna respecto de los supuestos particulares contemplados para cada uno de ellos, a saber la innecesariedad de la obra o servicio concesionado, y el rediseño o complementación de la obra que implique inversiones adicionales superiores a un 25% del Presupuesto Oficial de la Obra.

Dicho esto, y con la intención de realizar un análisis completo del sistema de terminación establecido en virtud del artículo 28 ter antes citado, es que a continuación realizaremos un análisis que contemple el significado de cada uno de los términos que componen la causal de extinción por interés público contemplada en artículo 28 ter, analizándose la armonía de esta prerrogativa legal con lo estipulado en otras partes de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, para luego contextualizarlo en relación a las demás leyes administrativas que tratan este tipo de prerrogativas, incluyéndose además el necesario análisis doctrinario y conceptual de los diversos elementos que componen las subcausales de extinción que propone dicho precepto legal, todo con el fin determinar el sentido y alcance de la potestad estatal de terminar de manera unilateral el contrato administrativo de concesión de obra pública debido a un interés público sobreviniente.

B) Elementos que configuran el artículo 28 ter.

1. De la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública.

a. Elementos comunes a ambas subcausales.

Para ambas hipótesis de actuación que habilitan al MOP para terminar anticipadamente el contrato de concesión de obra pública, debe ser necesario

que exista un interés público sobreviniente, supuesto que desarticula en dos elementos comunes ambas subcausales:

i. Del Interés Público.

El interés público como presupuesto necesario para invocar la causal de extinción unilateral y anticipada contemplada en el artículo 28 ter, no se encuentra definido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por lo que es necesario concurrir a distintas fuentes de interpretación que nos indiquen primeramente qué se entiende por interés público.

Primeramente es preciso señalar que el interés público es uno de los fundamentos del Derecho Administrativo, derivado de la noción de bienestar general a la que propenden las actuaciones de los Estados, y que en definitiva tiene como fin el lograr y asegurar el bien común o de la comunidad, sin que ello se entienda simplemente como una sumatoria de bienestares individuales, tal y como señala Escola *“El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la*

existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también un interés propio y directo”⁴²

En este orden de ideas, será característico de la Administración que su actividad esté orientada al interés público⁴³, ello en consideración a que la misma es organización social, tal y como señala el profesor Jorge Bermudez Soto, quien indica *“La Administración es una organización social. El objeto de la Administración es la vida en sociedad, la Administración se ocupa de los asuntos de la comunidad y de las personas en comunidad. De lo anterior se sigue que la Administración debe estar orientada al interés público. Dicho interés no es fijo, sino que responde a los tiempos, al momento político y social.*”⁴⁴

⁴² ESCOLA. En: HUGO MARTINS, Daniel. 2000. “Objeto, Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho”. Fundación de Cultura Universitaria. Primera Edición. Montevideo, Uruguay.pp.260.

⁴³ En este mismo sentido se orienta el artículo 53 de LOCBGAE, al señalar *“El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.”*

⁴⁴ BERMUDEZ SOTO, Jorge.2011. Loc. Cit. pp. 4.

Siendo entonces consorte de cada Estado⁴⁵, de acuerdo el rol que este juegue en su determinada nación o comunidad, quien determine el interés público, el que a su vez será objeto de particulares análisis de procedencia y necesidad para cada caso, siendo esta atribución exclusiva del cada Estado en particular. En este sentido, si bien no hay duda que garantizar el interés público, entendido como bienestar general, es común a todos los Estados, el sentido y alcance del mismo será determinado en consideración al rol de cada Estado en particular, y es que no tendrán la misma comprensión y materialización del bien común un Estado que actúa bajo el principio de subsidiariedad, en donde legítimamente las actividades de interés público pueden ser llevadas a cabo por los particulares, limitándose la actuación del Estado a aquellos casos en que el particular no pueda, no quiera, o no realice de manera eficiente y eficaz dicha actividad, que en un Estado socialista, en donde las actividades de interés público son privativas a la administración pública, pudiendo incluso contraponerse, legítimamente, el interés público o general sobre el interés individual.

Dicho esto es fácil colegir que, en el caso las potestades estatales contempladas en los contratos administrativos, las que están orientadas a salvaguardar el interés general en desmedro del interés particular, bajo un Estado interventor o fuerte claramente serán ampliamente contempladas en las

⁴⁵ O aquel organismo que detente la dirección máxima y el poder.

legislaciones pertinentes, sin que el interés público se vea limitado por principios como la libertad de emprendimiento del contratante privado; y en contrario, serán restringidas e incluso no contempladas, en países regidos por el principio de subsidiariedad en las actuaciones del Estado, ello con el objeto de limitar la arbitrariedad por parte del contratante-administración.

Ahora bien, el significado y peso específico del interés público en un Estado será determinado primitivamente por la Constitución Política que lo rige. Para el caso chileno, la CPR del año 1980 relaciona el interés público al bien común, el que será garantizado tanto a los particulares como a los cuerpos intermedios, debiendo propender al máximo desarrollo material y espiritual de estos últimos, quienes en virtud de principios como la libertad de emprendimiento, o derechos como la propiedad absoluta y general (que sólo puede verse privada por decreto judicial expropiatorio por las causas que contempla la propia Constitución, debiendo el particular ser debidamente indemnizado), y la limitación de la actuación empresarial del Estado en pos de la libertad económica de los particulares contemplada en el artículo 19 número 21 de la Constitución, serán sujetos de protección también en materia de contratación administrativa, la que verá limitadas sus potestades exorbitantes dichos contratos.

En el caso del contrato de concesión de obra pública, si bien, como ya se explicó, siempre existió la posibilidad de terminar la concesión por interés público, a través de lo estipulado en el artículo 5 letra j de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, será objeto de regulación especial, y de delimitación, por el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el que aún cuando contempla expresamente la facultad del Estado de terminar unilateral y anticipadamente el contrato de concesión por interés público, la circunscribe a sólo dos hipótesis, (i) cuando exista un cambio de circunstancias que haga innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas; y (ii) cuando en virtud de dicho cambio de circunstancias sea necesario el rediseño o complementación de la obra o servicio, que requiera una inversión superior o igual al 25% de presupuesto oficial estimado de la obra. Evitando con ello que el Estado califique de interés público un caso que no se enmarque dentro de los referidos supuestos.

La limitación del interés público efectuada por el artículo 28 ter eventualmente puede entrar en colisión con el principio de Servicialidad del Estado, regulado en el artículo 1 inciso primero y cuarto de la CPR, y en virtud del cual se obliga al Estado a *“actuar con eficacia para la remoción de obstáculos que impiden el pleno desarrollo de la persona”*⁴⁶⁴⁷. Ello en

⁴⁶ CAMACHO CEPEDA, Gladys.2005. “Las directrices constitucionales para la administración pública”. Revista Derecho Público. N°67. pp. 12.

consideración a que en las obras públicas concesionadas se prestan servicios públicos, tales como autopistas urbanas e interurbanas, hospitales y cárceles. Servicios que en definitiva tienden a garantizar y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, no pudiendo por ende ser el Estado neutral o limitarse mediante supuestos taxativos sobre afectación al interés público que den lugar a la terminación de un contrato administrativo, si existe desigualdad o injusticia social que pueda ocurrir producto de la ejecución de dichos contratos.

Al respecto parece ser ilustrativo el conflicto social vivido durante el primer semestre del año 2014 a propósito de la concesión de la obra pública Hospital Salvador e Instituto Nacional de Geriátría, en donde parte de los usuarios y de los trabajadores de dicho recinto hospitalario solicitaron al Ministerio de Salud y al MOP, en calidad de mandate y mandatario del Proyecto de Concesión de Obra Pública respectivamente, extinguir la concesión de dicha obra pública, ello en consideración a los excesivos costos que implicaría su construcción y explotación en relación a los costos que implicaba realizarla mediante inversiones sectoriales, sumado a observaciones que realizaban algunos médicos y funcionarios del Hospital relacionadas a los incentivos

⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3° de la LOCBGAE, que si bien en su inciso primero señala *“Artículo 3°.- La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.”*

“siniestros” que eventualmente podrían producirse según los términos de las Bases de la Licitación adjudicada, tales como otorgar premios al concesionario si se superaba un porcentaje determinado de camas utilizadas (lo que favorecería la re hospitalización), y que en conjunto implicaban, según su análisis, la necesidad de extinguir el contrato de concesión de obra pública por interés público. Peticiones que no hicieron eco en las jefaturas de ambos ministerios, toda vez que dichas situaciones en su conjunto no cabrían en ninguna de las hipótesis establecidas en el artículo 28 ter en análisis, ello por cuanto no se requerían ni inversiones adicionales (por contrario se alegan las excesivas subvenciones al concesionario) ni mucho menos era innecesaria la obra (ya que dicho Hospital tiene más de 100 años de construcción y se requiere su pronta reparación o reposición)⁴⁸.

En atención a esto último es que postulamos que es perjudicial para el acabado desarrollo de las prestaciones del Estado, que evidentemente envuelven un interés general o público, la delimitación a determinados supuestos de actuación en donde este se vería afectado, toda vez ello conlleva una limitación exógena a la actividad propia de la administración, alejándose del

⁴⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS. Acta Comisión especial investigadora de las eventuales irregularidades en los proceso de inversión pública en infraestructura hospitalaria. Sección 6°. Celebrada el día 7 de julio de 2014. De 11:00 a 13:00 horas. [en línea] <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=17629&prmTIPO=ACTACOMISION> (visitado el día 15 de febrero de 2015).

contenido real que contiene la ponderación privativa que debe realizar el Administrador para cada caso en particular.

Por otra parte, y en relación a la oportunidad para solicitar la terminación anticipada de la concesión, afirmamos que es contrario al interés público se limite la utilización de la causal de terminación contemplada en el artículo 28 ter sólo a la etapa de construcción, ello en consideración a que es en la explotación de la concesión en donde podría manifestarse la afectación al interés público, debido a que será en dicha etapa en donde el concesionario prestará todos o algunos de los servicios públicos del proyecto concesionado. Es así como eventualmente podría verse vulnerada durante la explotación de la obra, derechos fundamentales que el Estado debe garantizar, pudiendo entonces producirse afectaciones al interés público. Derechos, que de acuerdo al texto legal en análisis, no podrían ser restablecidos con la terminación anticipada e unilateral de la concesión.⁴⁹

Por otra parte, continuando con el análisis del concepto de interés público de la norma en comento, si bien la Ley de Concesiones de Obras

⁴⁹ Si bien no estamos de acuerdo que 28 ter limite la potestad de terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública solamente a la etapa de construcción. En la eventualidad que se extendiera dicha prerrogativa a la etapa de explotación, siempre será sin perjuicio al legítimo derecho del particular a ser resarcido en los perjuicios ocasionados, mediante un sistema preestablecido de indemnizaciones.

Públicas no lo define, si indica qué organismo será el encargado de determinar caso a caso su procedencia, facultando expresamente al Ministro de Obras Públicas, quien a su vez podrá eventualmente consultar la procedencia del decreto de terminación debido a un interés público sobreviniente, con el Consejo de Concesiones, cuerpo interdisciplinario regulado en el artículo 1 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, quien emitirá un informe al respecto.

En este último sentido, el precepto legal antes referido dispone: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, el Ministerio de Obras Públicas podrá solicitar informe al Consejo de Concesiones respecto a las siguientes materias:”... “e) Poner término anticipado a la concesión conforme al artículo 28 ter...”* Siendo entonces privativo del Ministerio de Obras Públicas, quien facultativamente puede solicitar un informe previo al Consejo de Concesiones, el determinar si se encuentra comprometido el interés público, y que este último es sobreviniente, como se explicará, de tal manera que sea necesario en pos de dicho interés general terminar de manera unilateral y anticipada un contrato de concesión de obra pública.

Por último y en relación los demás cuerpos legales administrativos vigentes, estos tampoco contemplan de manera precisa y clara qué se entiende por interés público, sin embargo igualmente contienen causales de extinción por

interés público, las que no se encuentran limitadas a determinados supuestos de actuación, a saber:

- LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS D.F.L. N° 850 de 1998⁵⁰, que en su artículo 5 letra j) señala: *“Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas: j) Convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87 o cuando deban revocarse esas concesiones por razones de interés público, y las garantías, modalidades y demás estipulaciones de tales contratos, con sujeción a las normas del Decreto con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la República en uso de las facultades que se le entregan por el artículo 88”*
- LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACION DE SERVICIOS N°19.880⁵¹, que en su artículo 13 letra d), señala: *“Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las*

⁵⁰ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. D.F.L. N° 850 de 1998. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del D.F.L. N°206, de 1960. 25 de febrero de 1998. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=97993>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

⁵¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N°19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.23 de mayo de 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

siguientes causas:” “d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.”

- Para el caso del contrato de obra pública, la Administración incluso puede terminar el contrato administrativo celebrado por su propia necesidad, la que de hecho podría considerarse de interés público debido a que la actuación de las mismas siempre estará orientada en dicho sentido, señalando DECRETO N°74 del año 1994, REGLAMENTO PARA CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS⁵², en su artículo 148 inciso primero que: *“La Dirección tiene derecho a poner término anticipadamente a un contrato, o a ordenar la paralización de la obra, cuando no haya fondos disponibles para llevarla adelante, o cuando así lo aconsejen sus necesidades. Lo anterior deberá ser al contratista por escrito.”*

Por otra parte, en relación a la administración de las Municipalidades, su ley orgánica constitucional N°18.695⁵³ señala en su artículo 36: *“Los bienes*

⁵² CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Decreto Ley N° 75 de 2004. Reglamento para contratos de obras públicas. 01 de diciembre de 2004. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=233103> > (visitado el día 25 de febrero de 2015).

⁵³ CHILE. Ministerio del Interior. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. D.F.L N° 1 de 2006. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. 26 de julio de 2006. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251693>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

municipales o nacionales de uso público, incluido su subsuelo, que administre la municipalidad, podrán ser objeto de concesiones y permisos. Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización. Las concesiones darán derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad. Sin embargo, ésta podrá darles término en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común o cuando concurren otras razones de interés público.”

Observándose entonces, que por regla general la Administración Pública en Chile tiene como prerrogativa exorbitante el terminar los contratos administrativos que celebra con particulares por razones de interés público. Ello siempre aparejado del derecho del contratante particular a obtener reparación del perjuicio causado, mediante indemnización.

En conclusión, el interés público se traduce en observar, proteger y garantizar el bienestar de la comunidad, el que puede eventualmente contradecirse con el interés particular.

Ahora bien, aun cuando en las normas administrativas y municipal antes comentadas se contemplan terminaciones por interés público sin que el mismo se vea limitado a ciertas hipótesis de habilitación para la calificación y actuación

del Estado en dicho sentido, para el caso particular de la extinción unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública contemplada en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones el interés público debe circunscribirse a dos hipótesis en particular, las que luego se desarrollarán, lo que evidentemente constituye una privación de la potestad de determinar el interés público, función privativa del Estado y sus órganos de la Administración Pública.

ii. Cambio de circunstancias.

El artículo 28 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, como precedentemente señalamos requiere como presupuesto de actuación para ambas hipótesis en donde se podría terminar el contrato por interés público, que exista un cambio de circunstancias, situación que no describe la ley, y que en principio deja abierta la hipótesis jurídica a cualquier hecho o acontecimiento que ocurra o se manifieste con posterioridad a la adjudicación del contrato de concesión, sin distinguir si dichos acontecimientos provienen de causas ajenas o por el contrario atribuibles a la Administración.

Ahora bien, estimamos que los nuevos acontecimientos o circunstancias no deben provenir de hechos imputables al contratante particular subsumibles a las hipótesis contempladas en el Reglamento de Concesiones o en el contrato de concesión, y es que en dicho caso estaríamos frente al incumplimiento del

contrato, lo que daría lugar a la terminación del contrato por incumplimiento grave de las obligaciones.

Desde la perspectiva inversa, la Ley de Concesiones de Obras Públicas no contempla la resolución de la concesión en caso de incumplimiento de la Administración, por lo que si esta última no puede cumplir con lo pactado, por ejemplo debido a que no obtuvo los terrenos necesarios para la construcción de la obra o porque debido a motivos de interés público no puede pagar las subvenciones acordadas en el contrato (aun cuando no exista un incumplimiento actual del contrato, como por ejemplo si la administración determina la imposibilidad o inconveniencia de pagar subvenciones antes de que las mismas sean devengadas y por tanto exigibles), dichas circunstancias postulamos serían sobrevinientes, y podrían eventualmente calificar en el amplio concepto de cambio de circunstancias mencionado en el artículo 28 ter en análisis.

ii.1 El Cambio de circunstancias y la teoría de la imprevisión.

Interesante es analizar el supuesto abordado por la Teoría de la Imprevisión, que en términos generales condiciona el cambio de circunstancias a acontecimientos imprevisibles o imprevistos para ambos contratantes al

momento de celebrar el contrato, produciendo efectos distintos a la terminación del contrato.

En cuanto a los efectos de la Teoría de la Imprevisión de los contratos administrativos, ilustradora es la normativa argentina receptada por el artículo 13 letra a, del Decreto N° 1023/01, que la define como “... *el medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales, posteriores a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del cocontratante particular, éste puede reclamar la ayuda pecuniaria de la Administración para obviar esa crítica situación y poder cumplir o continuar cumpliendo sus prestaciones, debiendo ser siempre esas circunstancias ajenas al cocontratante.*”⁵⁴

En este sentido, la diferencia esencial entre el cambio de circunstancias que requiere como presupuesto el artículo 28 ter para terminar la concesión, radica en que dichos acontecimientos no de carácter temporal o transitorios. Y es que para estos últimos la Administración puede implementar un sistema de colaboración con el contratante particular, todo con el objeto de asegurar los estándares de la prestación, su continuidad y regularidad.

⁵⁴ Cfr. MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., en FARRANDO, Ismael (h.) - MARTÍNEZ, Patricia y otros autores, ob. cit., p. 909. En: Contratos Administrativos, EDUARDO ÁVALOS - ALFONSO BUTELER - LEONARDO MASSIMINO. pp.199.

ii.2. El Cambio de circunstancias y el hecho del príncipe.

Por otra parte, es también merecedor de análisis el hecho del príncipe, el que la doctrina argentina explica como aquellos *“hechos que, emanados de la Administración (en sentido amplio), sean configurativos de fuerza mayor; pero no lo serán aquéllos hechos o actos que, reuniendo idéntico carácter, procedieren de una actividad humana lato sensu y no de la actividad administrativa. Estos hechos afectan la continuidad de la ejecución del contrato, imposibilitándola o demorándola”*⁵⁵

Tratamiento similar recibe en el artículo 19 inciso primero de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que prescribe *“El Concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos: el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión; no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación; no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate, y altere significativamente el régimen económico del contrato”*, marcándose puntualmente la diferencia con la explicación antes expuesta de la doctrina argentina, en que dicho acto de potestad pública emanado de la administración

⁵⁵ EDUARDO ÁVALOS - ALFONSO BUTELER - LEONARDO MASSIMINO. “Contratos Administrativos” pp.197.

puede ser una norma legal o administrativa dictada con efectos generales que exceda el ámbito de la industria de la concesión de que se trate.

En efecto, es importante recalcar que las circunstancias del hecho del príncipe siempre serán derivadas de un acto legal o administrativo, supuesto que perfectamente podría no darse en el caso de aquellos acontecimientos nuevos o cambio de circunstancias necesarias para invocar la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública regulada en el artículo 28 ter de la misma ley.

En este sentido, es preciso señalar que existe una marcada diferencia entre la terminación por interés público en análisis con el hecho del príncipe, debido a que el hecho del príncipe afecta indirectamente el contrato, en cambio la terminación del mismo por interés público lo hace de manera directa, por lo cual los efectos de cada instituto jurídico son distintos, a saber con el hecho del príncipe se da lugar a compensaciones al concesionario, continuándose con la ejecución del contrato, en cambio en el caso del artículo 28 ter el contrato se termina, dándose lugar a las compensaciones fijadas en dicho precepto legal.

ii.3. El cambio de circunstancias y las decisiones políticas.

Una de las principales prevenciones que ha tenido parte de la doctrina nacional ha sido que las circunstancias sobrevinientes alegadas por la Administración digan relación con decisiones políticas, señalándose al respecto por Iván Aróstica Maldonado:

“Con todo, sostengo que esto de que la ley faculte a la Administración para revocar unilateralmente una convención, en cuanto implica privar al co-contratante particular de sus derechos personales o créditos por móviles vinculados al bien común, encierra una delegación indebida de potestades legislativas. La acusación encuentra sustento en la circunstancia de que, según nuestra Constitución (art.19 N° 24), incumbe exclusivamente a la ley disponer que alguien sea afectado en su propiedad por causales de utilidad pública o interés nacional, a través del instituto de la expropiación; siendo del caso añadir que, por tratarse de una materia concerniente a garantías constitucionales, el mismo texto prohíbe su delegación (art.61 inciso 2°, en el Presidente de la República y, por obvia extensión, en cualquier otro funcionario de la Administración que de él dependa o con el cual se relacione). El punto es que, como la tentación de confundir el bien común con las vicisitudes políticas, además de traducir una evidente desviación de fin, constituye un campo fértil para la comisión de abusos y prácticas de corrupción, aparece mucho más

transparente sacrificar los derechos del contratista –cuando es menester- por la vía de expropiación, que supone una declaración legislativa en tal sentido, antes que acudir a la llamada revocación por mérito o conveniencia”⁵⁶

Al respecto es preciso señalar que, objetivamente la terminación de un contrato administrativo por interés público debe ser siempre motivada por el bienestar general o bien común, cuestión que oportunamente y para cada caso concreto la autoridad administrativa fundamentará y demostrará, lo que de hecho impide que se utilice esta prerrogativa en pos de simples oportunismos políticos.

Ahora bien, se debe tener presente que el interés público se define y redefine como un concepto esencialmente variable o mutable, dado que se delimita y construye casuísticamente *“de una manera abierta y complementaria entre poderes públicos y agentes sociales”⁵⁷*, siendo por lo mismo una garantía a los derechos del contratante particular el derecho a indemnización en caso de terminación del contrato por interés público.

⁵⁶ AROSTICA MALDONADO, Iván. La estabilidad de los contratos administrativos. 2002. Revista Actualidad Jurídica. Santiago. Chile. N° 6- Julio. pp.196.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. 2006. Revista de Derecho Público. Vol. 70. pp. 201.

En este último sentido, el postular la improcedencia de la revocación de la concesión producto de disposiciones legales como la terminación por interés público sobreviniente, debiendo en dichos casos expropiarse conforme a las causales y procedimiento contenido en la CPR y en el DL de Expropiaciones N°2186 de 1978, estimamos no se condice con la figura legal del contrato administrativo, instituto regido por el derecho público, y que regula expresamente los derechos adquiridos por el contratante particular, subsumiendo la continuidad del contrato a prerrogativas estatales que resguardan el fin del contrato, que será siempre el interés público, este último, privilegiado por sobre los derechos del colaborador de la administración pública. Todo ello obviamente salvaguardando siempre el derecho de indemnización que va en directa relación con garantizar el derecho de propiedad del contratante particular, cuestión que se encuentra contemplada en las distintas normas administrativas que contemplan la posibilidad de revocación del contrato administrativo por interés público.

ii.4. El cambio de circunstancias, consideraciones finales.

Luego de presentados los diversos tratamientos relativos al cambio de circunstancias, podemos afirmar que, el requisito que establece el artículo 28 ter implica:

Primeramente que la calificación del cambio de circunstancias será analizado caso a caso por el Ministerio de Obras Públicas, pudiendo requerir para tal efecto un informe al Consejo de Concesiones, tal y como señala el ya citado artículo 1 bis letra e) de la Ley de Concesiones.

En este orden de ideas, el cambio de circunstancias necesario no debe provenir de hechos del concesionario, ni de actos legales o administrativos que puedan subsumirse a lo prescrito en el artículo 19 inciso primero del DS N° 900 de 1996.

Por el contrario, si califican dentro de la noción “cambio de circunstancias” enunciada como presupuesto para la terminación del contrato de concesión de obra pública, aquellos actos legales o administrativos generales y que sean calificados por el Ministerio de Obras Públicas como suficientes para estimar que el interés público con ellos aparejados requiere la extinción de la concesión de obra pública, circunstancias que se verán delimitadas por las hipótesis de actuación que desarrolla el propio artículo 28 ter.

Es también un cambio de circunstancias en los términos del artículo 28 ter, todo aquel acontecimiento ajeno a los contratantes y que tenga una entidad tal que haga necesario, en pos del interés público, que se termine una

determinada concesión que afecte dicho interés general, como es el caso de que la obra o servicio deje ser necesaria para la satisfacción de las necesidades públicas.

b. Elementos particulares de cada sub causal.

Tal y como fue anteriormente señalado, la terminación de la concesión de obra pública por interés público sobreviniente, requiere que dicho interés público se deba a (i) un cambio de circunstancias que hagan innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o que (ii) debido a un cambio de circunstancias se requiera un rediseño o complementación de la obra o servicio que impliquen una inversión igual o superior al 25% del presupuesto oficial de la obra. Ambos supuestos de actuación respecto del cual analizaremos sus principales elementos.

i. La innecesidad de la obra o servicio público para la satisfacción de las necesidades públicas.

En relación a la hipótesis legal *“cambio de circunstancias que hagan innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas”*, son interesantes de analizar los siguientes elementos que componen dicha subcausal:

i.1. De la obra o servicio público.

El concepto de obra pública, en términos generales, se encuentra contenido en el DFL MOP N°850, refundido por la Ley. N°15.840, que en su artículo primero delimita el ámbito de competencia del MOP, precisando que dicho Ministerio de encuentra encargado *“del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales”*.

Para el caso de las concesiones de obras públicas, el artículo 39 del DS N°900 del año 1996 señala que *“Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados.”*

Concesiones que, en virtud de la ley pueden *“incluir, conjunta o separadamente, la concesión del uso del subsuelo y de los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a ellas”* facultándose expresamente al MOP para *“sujetar a*

concesión o vender dichos derechos estableciendo su conexión física y accesos con las obras que se licitan o se encuentran previamente concesionadas”⁵⁸

Estipulándose expresamente que “El Ministerio de Obras Públicas es competente para otorgar en concesión toda obra pública, la provisión o su equipamiento o la prestación de servicios asociados, salvo el caso que tales obras estén entregadas a la competencia de otro Ministerio, servicio público, Municipio o administración del Estado. En estos casos, dichos entes públicos podrán delegar mediante convenio de mandato suscrito con el Ministerio de Obras Públicas, la entrega en concesión de tales obras bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por esta ley.”

Por otra parte, el servicio público se define legalmente en el artículo 28 de la LOCBGAE como “...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, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar...”

En este mismo sentido la doctrina tradicional señala que “*para Duguit el servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado,*

⁵⁸ Artículo 39 inciso final incluido en el DS N°900 de 1996 por la Ley 20.410.

regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede realizarse completarse si no es por la intervención de la fuerza gubernamental”⁵⁹

Presentando los siguientes elementos definitorios, según sistematiza don Jorge H. Sarmiento García⁶⁰, (i) La **naturaleza de la actividad** siendo “*una parte de la actividad administrativa...mediante la cual se tienen a alcanzar cometidos del Estado, en la especie, de bienestar y progreso social*”⁶¹; (ii) El **sujeto que las presta**, ya sea mediante provisión directa o indirecta por parte del Estado, (iii) **Su finalidad**, que es la necesidad colectiva o de interés general, y (iv) El **régimen de derecho público** que lo regula.

Servicios públicos, que según parte de la doctrina, generan derechos a la sus beneficiados a obtener la prestación, los que para Ávalos⁶² deben prestarse con continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad, todas ellas en consideración al finalidad del mismo.

⁵⁹ BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2011. Loc. Cit. pp. 146.

⁶⁰ SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. 2009. Sobre el concepto de servicio público. Revista de Derecho Administrativo N°3. Santiago. Chile. pp. 29-44.

⁶¹ Ibid Cit. pp. 42.

⁶² ÁVALOS, M.G. Manual de Derecho Administrativo. (Dir. Ismael Farrando y Patricia Martínez). Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. pp. 415 y 416.

En este sentido, para Cordero, **la Continuidad** “reside pues, en que satisfaga oportunamente –sea en forma intermitente, sea de forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad que se trate- la necesidad pública”, **la Regularidad** en que “el servicio debe prestarse conforme a las reglas, normas y condiciones que hayan sido preestablecidas para ese fin”, **la Igualdad** por la cual “el servicio debe prestarse en condiciones equivalentes para los ciudadanos”, **la Generalidad** “que niega que la posibilidad que existan exclusiones arbitrarias o indebidas en la utilización de un servicio de esta clase” y **la Obligatoriedad** por la cual quien presta el Servicio Público “no tiene la posibilidad de elegir a su destinatario, y la negativa de prestación configura una falta grave por transgredir la razón de interés público que dio origen a la creación de ese servicio”⁶³

Ahora bien, tradicionalmente se ha distinguido el servicio público de la obra pública concedida en consideración al fundamento de uno y otro instituto, a saber la prestación o explotación de un servicio concedido en el caso de la concesión de servicio público, y la construcción, reparación o conservación de una obra pública en las concesiones de obras públicas, y en donde la explotación del servicio asociado a dicha obra pública es solamente parte de un procedimiento establecido para remunerar a la sociedad concesionaria que la

⁶³ CORDERO VEGA, Luis. 2002. Los Particulares como sujetos de Derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público. Vol. 64. Santiago. Chile. pp. 231 y 232.

construyó, reparó o conservó. Así lo señala Rafael Bielsa, quien postula que *“La concesión de servicios públicos supone, necesariamente, la gestión de un servicio público considerado en su unidad orgánica; en la concesión de obras públicas el objeto no es el servicio público, si no la ejecución de una obra destinada al servicio público”*⁶⁴

Distingo que a nuestro juicio pierde nitidez en el caso de la ampliación de las concesiones de obras públicas en los últimos 10 años en Chile, en donde se han concesionado obras públicas en las que la explotación de parte de sus servicios asociados por la concesionaria constituye evidentemente la explotación y gestión de un servicio público, como es en caso de la concesión de infraestructura carcelaria y hospitalaria.

Lo anterior parece haberse recogido tanto por la actual legislación nacional de concesiones como la doctrina, ello en consideración a que el artículo 1° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala *“La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo N° 294 del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras o servicios; del uso y goce de los bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las*

⁶⁴ BIELSA, Rafael. En: SILVA CIMMA, Enrique.1996. Loc. Cit. pp. 224.

áreas de servicios que se convengan; de provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto”.

Incluyéndose entonces expresamente la explotación de servicios públicos, de provisión de equipamiento y servicios asociados, cuestión que de hecho adquiere profunda relevancia con el artículo 25 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que postula la reconcesión de los servicios asociados a la infraestructura pública primitivamente concesionada, entregando la explotación de ese servicio público definitivamente a los particulares, extinguiéndose la concesión sólo debido a que *“las obras concesionadas hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas nuevamente”* lo que se materializará sólo mediante decreto fundamentado del Presidente de la República.

En este mismo sentido se ha pronunciado Dolores Rufián al señalar que *“De todas estas normas, puede concluirse que la característica esencial de la concesión de obra pública no es la construcción de la obra sino la explotación de la misma, que deberá estar asociada al menos a la conservación de ella o a*

su ampliación o mejoramiento. Es decir, la concesión de obra pública es concebida hoy por los textos normativos vigentes no solamente como una forma de ejecución y financiamiento de una obra pública, sino además como una forma distinta de gestionar los servicios de infraestructura pública”⁶⁵

Es por ello entonces que el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas no realiza distingo alguno respecto de la obra o servicio público, para efectos de luego determinar si estos son innecesarios y consecuentemente declarar la extinción unilateral y anticipada de la concesión de obra pública.

Finalmente será necesario realizar el siguiente alcance. Si, en virtud del artículo 25 de la Ley de Concesiones se entrega casi definitivamente en concesión la construcción y explotación de una infraestructura pública, exceptuando los caso del artículo 25 inciso tercero antes citado, carece de sentido alguno que se haya limitado la prerrogativa estatal contemplada en el artículo 28 ter a la etapa de construcción de la obra pública, toda vez que la gestión de los servicios públicos que se prestan en determinada infraestructura pública concesionada, son formas válidas de prestar un servicio público por parte de los particulares, servicios además que pretenden satisfacer necesidades públicas, cometido que si no se cumple o se realiza de manera inidónea afecta el interés público.

⁶⁵ RUFIAN LIZANA, Dolores. 1999. Loc cit. pp.16 y 17.

i.2. De la innecesiedad de la obra o servicio público.

La Historia de la Ley N°20.410 es clara al señalar el sentido y alcance que se le dio a este elemento de la sub causal en análisis, precisándose por el propio Ministro de Obras Públicas de la época que, la innecesiedad de obra o servicio como supuesto de actuación encuentra su motivación en experiencias a las que se ha enfrentado su Secretaría General, específicamente lo vivido con la concesión de la infraestructura pública “Estación Multimodal de Quinta Normal”, obra fiscal que fue concesionada con anterioridad a que se decidiera extender la línea cinco del metro de Santiago a la comuna de Maipú vía la comuna de Pudahuel, situación que en definitiva implicó que la obra concesionada “Estación Multimodal de Quinta Normal” no fuese necesaria por su no uso, debiendo el Ministerio de Obras Públicas de la época negociar el término de la concesión por mutuo disenso, lo que llevó al Estado a tener que desembolsar una gran cantidad de recursos fiscales.⁶⁶

Por consiguiente, pareciera ser que el legislador limitó el sentido y alcance del elemento constitutivo de la causal “que la obra o servicio público sea innecesario” lisa y llanamente a que la obra o servicio no sea utilizado, ello debido a que la infraestructura licitada no se va a ocupar o no es idónea a la

⁶⁶ Historia de la Ley N° 20.410. Loc. Cit. pp. 300 y 301.

nuevas necesidades públicas. Sin que la historia de la ley se haya pronunciado por la mutación o extinción del servicio público asociado a la infraestructura pública concesionada, cuestión que a nuestro parecer debe analizarse, toda vez que la sub causal es clara en incluir a los servicio públicos dentro de la misma, señalado “*que la obra o servicio público sea innecesario*”, no limitándose solamente a esto último, sino agregando también que dicha obra o servicio público no sea necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, lo que a nuestro juicio implica que el servicio público asociado a la infraestructura concesionada ya no sea requerido o idóneo a las necesidades de la población.

Y es que la hipótesis en comento no debe limitarse simplemente a que el servicio público deje de prestarse y por lo tanto sea innecesario producto de que ya no existe o no tiene el carácter de colectiva o de interés general una determinada necesidad, debiendo incluirse además todos aquellos los casos en que dicha necesidad colectiva o de interés general que presta o atiende el servicio público asociado a la infraestructura concesionada no tiene ya el mismo carácter, dejando entonces de ser idóneos para su debida satisfacción, la forma en que se implementan los servicios concesionados. Ello en consideración a que de hecho, pueden seguir existiendo dichas necesidades colectivas o públicas, las que sin embargo serán satisfechas por otros medios o de otra forma, siendo esto último una atribución privativa y propia del Estado, quien tiene la competencia para determinar si un servicio público nace, se transforma

o deja de existir, ello por cuanto *“Es una cuestión de apreciación política decidir cuándo una actividad que se cumple dentro de una colectividad ha de adquirir el carácter de servicio público”*⁶⁷, situación que estimamos contempla evidentemente la Ley al señalar que el servicio deja de ser necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, pudiendo en consecuencia satisfacerse dichas necesidades por medio de otros servicios públicos, situación que en último término da lugar a la extinción de la concesión.

Por otra parte, es interesante también a efectos de delimitar el alcance y sentido que tiene la palabra innecesaria en el artículo 28 ter en análisis, el desarrollar dicho término en armonía con el resto del precepto legal y de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, ello en consideración a que estimar lisa y llanamente que dicha norma legal se aplica solamente en los casos que la obra pública se torna innecesaria, y no respecto del servicio asociado a la misma, entra en abierta contradicción con los efectos de la declaración de terminación unilateral y anticipada de la concesión, y con lo reglamentado en el inciso final del artículo 25 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En efecto, el artículo 25 inciso segundo de la Ley de Concesiones señala: *“Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para*

⁶⁷ SAIGG de PICCIONE, Betty. 1992. SAIGG de PICCIONE, Betty. Concepto jurídico de servicio público. Editorial Caiber. Montevideo. Uruguay. pp. 38.

su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista solución de continuidad entre ambas concesiones”

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 28 ter en su inciso final, estableciendo la posibilidad de reconcesión de la obra reformulada, al indicar que *“Cuando correspondiere, el Ministerio de Obras Públicas, previo informe del Consejo de Concesiones, determinará si el proyecto reformulado será nuevamente entregado en concesión o ejecutado en la forma establecida en el artículo 86 del decreto con fuerza de ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998.”* Efectos que de hecho no se aplicarán directamente al caso de rediseño o complementación que posteriormente se analizará, ello debido a que a continuación el mismo inciso en análisis se preocupa particularmente de ese caso.

Lógica normativa que se presenta como armoniosa en relación a lo dispuesto en el artículo 25 inciso final de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que regula el procedimiento para desafectar por desuso la obra pública del sistema de concesiones, volviendo la obra pública a la Administración.

Luego, debe entenderse siempre en función de la satisfacción de las necesidades públicas, de calificación privativa de la Administración Pública, la innecesariedad de una obra o servicio público, pudiendo no ser necesarias por carecer de idoneidad la construcción, reparación o conservación de la obra y la explotación de los servicios públicos asociados en los términos pactados con el concesionario. Lo que de hecho daría lugar a terminar unilateral y anticipadamente la concesión por interés público sobreviniente, pudiendo volver a concesionarse dicha infraestructura en términos que pretendan satisfacer las necesidades públicas. No limitándose entonces dicho presupuesto solamente al desuso de la infraestructura concesionada, que por expresa disposición legal, contenida en el citado artículo 25 inciso 3, produce el efecto de desafectar del sistema de concesiones la obra pública en dicha circunstancia.

i.3. De la satisfacción de necesidades públicas.

El eje fundamental que motiva la prestación de servicios públicos ya sea por vía directa o indirecta, serán las necesidades públicas, generales o de interés general. Las que de hecho primitivamente fueron entendidas como una suma de intereses particulares, evolucionando posteriormente a ser entendidas en relación a interés general que ellas mismas envuelven, sin que se atienda a la cantidad de personas que en efecto presentan objetivamente dicha necesidad.

En este mismo sentido se pronuncia Jorge Bermúdez Soto, quien señala los criterios para determinar cuándo una necesidad es pública o de interés general, precisando que *“Un criterio para ello podría ser, por ejemplo, atender al número de personas que tiene esa determinada necesidad, como por ejemplo, la educación. Sin embargo también podría tratarse de un caso en que si bien no hay una gran cantidad de personas afectadas, si existe un interés público en que se atienda una determinada circunstancia; por ejemplo, la implementación y mejoramiento de los tratamientos para el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En este caso, si bien no hay un gran porcentaje de la población que necesite la terapia, dada la trascendencia social del problema, se ha convertido en una necesidad pública asumida por el Estado”*⁶⁸

Debiendo entonces determinarse la procedencia de una necesidad pública en relación al interés público que ella se satisfaga, cuestión que se determinará *“de una manera abierta y complementaria entre poderes públicos y agentes sociales.”*⁶⁹

En este orden de ideas, la definición de la materia objeto de un servicio público, el que se encuentra establecido para satisfacer necesidades públicas,

⁶⁸ BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2011. Loc cit. pp. 249.

⁶⁹ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. 2006. Loc cit. Pp.201.

resultará de un proceso político-social. En este mismo sentido explica Posada al señalar que *“en cuanto a las materias objeto de los servicios públicos, dependerán de cada Estado y momento de los que opinión pública, la conciencia colectiva considere como exigencias finales”*.

Por lo mismo, la determinación de las necesidades públicas es esencialmente variable, tal y como desarrolla Betty Saigg de Piccione, al explicar la teoría de Duguit, señalando que *“Hay algo esencialmente variable, evolutivo, desde luego; es hasta difícil fijar el sentido general de esa evolución. Todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta...”*⁷⁰

Por otra parte, y en relación a los sujetos llamados a calificar una necesidad de pública y atenderla por medio de un servicio público es el Estado, ello en consideración a que este último es tiene como función propia el satisfacer las necesidades públicas con el objeto de mantener el orden y paz social y contribuir al desarrollo material y espiritual de las personas en un plano de igualdad de oportunidades. Materias de interés público que el particular no es llamado a satisfacer, toda vez que legítimamente puede buscar la obtención

⁷⁰ SAIGG de PICCIONE, Betty. 1992. Loc. Cit. pp.19.

de ver realizados sus intereses particulares, los que muchas veces pueden verse en abierta contradicción con el interés de la comunidad o general.

Es por ello que Bielsa señala que *“Es un error inconcebible el sostener que los particulares tienen derecho a realizar servicios públicos. Los particulares tienen en el sistema constitucional derecho a ejercer toda industria lícita, comerciar y ejercer su profesión de acuerdo con las leyes que la reglamentan, pero no ejercer las funciones del Estado. Las funciones las atribuye el Estado bajo su autoridad, vigilancia y control”*⁷¹, observando al respecto el carácter facultativo y político de la atribución de dichos servicios por parte del Estado a los particulares.

Precisiones todas que nos hacen colegir que las necesidades públicas o generales que trata el artículo 28 ter son determinadas primitivamente por Estado en consideración la forma de ejercer sus funciones, las que pueden eventualmente atenderse por medio de obras y servicios públicos, pudiendo también el mismo Estado suprimir o modificar el contenido de dichas necesidades según lo indique el interés público. Siendo además una característica de las mismas que ellas son esencialmente mutables por cuanto

⁷¹ BIELSA, Rafael. 1947. Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. Argentina. pp. 152 y siguientes.

son sociales, variando también el criterio empleado por el Estado para determinarlas.

- ii. Que exista un cambio de circunstancias que haga necesario el rediseño y complementación de la obra pública, cuya inversión sea superior a un 25% del presupuesto oficial de la obra.**

En relación a la hipótesis legal *“cambio de circunstancias que haga necesario el rediseño y complementación de la obra pública, cuya inversión sea superior a un 25% del presupuesto oficial de la obra”*, son interesante de analizar los siguientes elementos que componen dicha subcausal:

ii.1. Del Presupuesto Oficial de la Obra.

El presupuesto oficial de la obra se encuentra definido en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obra Pública, que en su artículo 3° número 22 señala que *“es el valor total de la obra estimado por el MOP e incluido en las bases de licitación”*.

Diferenciándose expresamente del Costo total de la obra, el que artículo 3° número 6 del mismo cuerpo legal señala como *“aquellos desembolsos que, directa o indirectamente, son necesarios para la construcción de la obra”*.

Debiendo en consecuencia determinarse en cada base de licitación los componentes del presupuesto oficial de la obra y su valor, para posteriormente realizar la medición del porcentaje requerido por la ley en relación al presupuesto oficial de la obra para terminar la concesión por concepto de inversiones adicionales.

ii.2. Del Rediseño o Complementación de la obra pública.

Los vocablos rediseño o complementación de una obra pública, si bien no se encuentran definidos en la Ley de Concesiones de Obras Públicas o su Reglamento, el sentido natural y obvio de dichos conceptos aplicado a la técnica en particular de la construcción de obras civiles, da como resultado que:

Según la Real Academia Española, el diseño es la “*Traza o delineación de un edificio o una figura*”⁷², trazo que va incluido en un proyecto o plan. En este sentido el vocablo rediseño, es su sentido natural y obvio, implica volver a diseñar, en este caso una obra pública, incluyéndose sus servicios asociados.

⁷² DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=dise%C3%B1o>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

En cuanto a la palabra complementación, la Real Academia Española, la define como una *“cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacer íntegra o perfecta”*⁷³, definición que aplicada a la ciencia o arte de la construcción de obras civiles dice relación con añadir construcciones de obras a la previamente trazada o diseñada.

Jurídicamente tanto el rediseño o complementación de una obra implican obras adicionales o distintas a las estipuladas en el contrato de concesión, requiriéndose entonces la modificación de los términos del mismo cuando dichas obras adicionales superen el 5% del presupuesto oficial estimado de la obra.

En este sentido se pronuncia el artículo 68 del Reglamento de la Ley de de Concesiones de Obras Públicas, señalando como atribución del MOP, que durante la etapa de construcción, pueda requerir al concesionario se sustituyan obras o se realicen obras adicionales, siempre que no impliquen modificación

⁷³DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=AWr5ed9dGDXX2INuZY1h>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

en las condiciones económicas del contrato, pudiendo utilizar para ello alguno de los siguientes procedimientos:

“Art. 68. a) Sustituir obras incluidas dentro del contrato por otras distintas que tengan valores equivalentes. Las bases de licitación determinarán un porcentaje máximo del presupuesto oficial de la obra, no superior al 5% de la misma, que podrá ser compensado; b) Realizar obras adicionales de carácter menor, en beneficio de los usuarios y la comunidad por un valor máximo determinado en las bases de la licitación. En todo caso, dichas obras no podrán afectar el cobro de tarifas por parte de la sociedad concesionaria. El monto de dichas obras será aprobado y pagado directamente por el MOP en la forma que indiquen las bases de la licitación”

Ahora bien, la Ley de Concesiones regula qué sucede con aquellas obras adicionales o modificaciones a la obra que no califiquen como obras menores o cuya inversión sea superior al 5% del presupuesto oficial de la obra, estableciendo primeramente, en su artículo 19, que para el caso de las modificaciones a la obra que impliquen nuevas inversiones adicionales inferiores al 15% del presupuesto oficial de la obra, podrán dichas modificaciones ser requeridas al concesionario por el MOP, siempre y cuando dicho requerimiento se haga con anterioridad al cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo total de concesión, emitiéndose al efecto un decreto

fundado de dicha Secretaría de Estado, debiendo además compensar por dichas inversiones a la concesionaria según los términos que dicho artículo indica.

Podrá también acordarse con el concesionario, mediante convenio complementario, la modificación de la obra concesionada, según prescribe el artículo 20 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, siempre y cuando las nuevas inversiones que va tener que realizar el concesionario no superen el 25% del presupuesto oficial de la obra.

Excepcionalmente, conforme lo regula el artículo 20 bis de la Ley de Concesiones, podrá acordarse con el concesionario modificaciones a las características de la obra concesionada, ya sea su rediseño o complementación, por interés público y que impliquen una inversión adicional superior al 25% del presupuesto oficial de la obra. Debiendo para ello cumplirse con las siguientes condiciones:

Dicho esto, el motivo por el cual se incluye como causal de terminación unilateral y anticipada de la concesión el que se requieran obras adicionales debido a la necesidad de rediseño o complementación de las mismas y que impliquen inversiones adicionales superiores al 25% del presupuesto oficial de la obra, se encuentra en la Historial de la Ley N°20.410 que al respecto señala:

“Desde el momento en que se licita una obra pueden presentarse cambios y se establece un límite a la modificación de proyectos porque se hacen con negociación y no con licitación en la etapa de construcción. Cuando sea necesario realizar obras mayores es necesario contar con la facultad de recomprar la concesión y rellicitar porque se quiere promover un sistema en que el Estado negocie grandes obras públicas”⁷⁴

Otro motivo que sustenta la inclusión de la sub causal en comento, postulamos, es que si no existiera esta posibilidad de terminar la concesión, posibilitaría que los postulantes presentaren propuestas y el adjudicado realizara un diseño del proyecto que carezca de todas las características necesarias para el fin de la misma, pudiendo acordar grandes indemnizaciones en caso que estas se requieran por el MOP.

Motivos evidentes, y que no merecen mayor análisis, precisándose simplemente que, será una prerrogativa del MOP el determinar si modifica o termina el contrato de concesión de obra pública, pudiendo al efecto requerir informe al Consejo de Concesiones según se estipula en el artículo 1 bis letras b), c) y e). El que sin embargo será obligatorio para el caso que se requiera suscribir un convenio complementario con la sociedad concesionaria por obras

⁷⁴ Historia de la Ley N° 20.410. Loc. Cit. pp. 300.

adicionales que conlleven una inversión superior al 25% del presupuesto oficial de la obra.

Por último se hace presente que, no existe normativa alguna que excluya o inhabilite a la sociedad adjudicada de la concesión terminada, para presentarse en la nueva licitación respecto de la obra que considera el rediseño y complementación de la misma.

Lo anterior de hecho se encuentra expresamente considerado en la Historia de la Ley 20.410 en donde el Ministro de Obras Públicas de la época señala *“Respecto del término de la concesión por rediseño se señaló que es importante que en esa hipótesis se requiera necesariamente de licitación y que no se excluya al titular actual de la concesión al momento de ponérseles término, puesto que se trata de condiciones externas ajenas al concesionario”*⁷⁵

En suma, el rediseño o complementación de la obra será siempre una obra adicional al proyecto adjudicado y diseñado por el concesionario, y para el caso estipulado por el artículo 28 ter, por razones probidad será recomprada la concesión, al precio que indican las bases de la licitación o el propio artículo 28 ter, y relicitada, puesto que se trata de obras mayores, garantizándose el interés público con ello.

⁷⁵ Ibid Cit. pp. 302.

**CAPITULO TRES: PROCEDIMIENTO APLICABLE Y EFECTOS LEGALES
UNA VEZ INVOCADO EL ARTÍCULO 28 TER DE LA LEY DE
CONCESIONES.**

**A) Regulación sobre terminación del contrato de concesión de obra
pública.**

El artículo 28 ter además de regular la prerrogativa exorbitante de la administración de poner término a una concesión de obra público por interés público sobreviniente, se preocupa de reglamentar la forma y procedimiento que se seguirá para efectos de dar por terminado el contrato de concesión y resarcidos los derechos del contratante particular.

El artículo 28 ter establece dos tipos de actos administrativos que se dictarán, uno con el objeto de terminar con la concesión adjudicada o decreto de terminación, y otro que busca resarcir el menoscabo económico causado al concesionario con la terminación anticipada de la concesión, el decreto indemnizatorio.

En este sentido es que, primeramente el artículo en comento se encarga de regular el procedimiento y formalidades que deberá observar el acto administrativo que termine la concesión, para luego dedicarse a regular las bases de cálculos necesarias para determinar el contenido de la indemnización a pagar al concesionario producto del término anticipado de la concesión, y el procedimiento para establecer el monto de la misma.

Dicho esto, a continuación se procederá a analizar la forma y procedimiento para la dictación del acto administrativo de terminación de la concesión adjudicada, desarrollándose también las instituciones involucradas en el proceso legal para la dictación de dicho acto administrativo, analizando finalmente, los medios de impugnación que se pueden entablar en caso de que se dicte la terminación unilateral y anticipada de la concesión de obra pública.

En segundo lugar será objeto de análisis el procedimiento e instituciones involucradas para los efectos de determinar el monto indemnizar producto del término del contrato de concesión, analizando igualmente los medios de impugnación que se pueden interponer respecto de dicho acto administrativo.

Ahora bien, como cuestión previa es pertinente señalar que se procederá de la manera antes indicada, debido a que existe una necesaria

relación de causa efecto entre el decreto de terminación del contrato de concesión en relación con el decreto que fija el monto a indemnizar, siendo en consecuencia prudente analizarlos por separado, para por fin dar una idea general o consideración final respecto de los procedimientos aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 ter.

Por último se hace presente que la normativa en estudio será analizada en estrecha relación con lo dispuesto en el Decreto N°250 del 28 de abril del año 2010, el cual introduce disposiciones reglamentarias al Decreto N°956 del 06 de octubre de 1997, en adelante Reglamento de la Ley de Concesiones, en relación a lo dispuesto en la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCCGR), el Dictamen sobre exención de toma de razón N°1600 de fecha 30 de Octubre de 2008, y las disposiciones constitucionales pertinentes.

1. Decreto de terminación del contrato de concesión.

El artículo 28 ter en lo pertinente señala “Artículo 28 ter.- Si el interés público así lo exigiere, el Presidente de la República, previo informe del Consejo de Concesiones y mediante decreto fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, podrá poner

término anticipado a la concesión cuando un cambio de circunstancias hiciera innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Esta potestad podrá ejercerse exclusivamente durante la etapa de construcción.”

Por lo cual, los presupuestos necesarios para dar por terminado una concesión de infraestructura pública son los siguientes:

Primeramente, que se cumpla con el requisito sine qua non de existir una razón del interés público en los términos analizados en el artículo 28 ter abordados en el capítulo II de esta memoria de prueba.

Una vez evaluada la necesidad y hecha la calificación de interés público sobreviniente por el Ministerio de Obras Públicas, será necesario que dicha cartera requiera un informe al respecto al Consejo de Concesiones, según lo indica tanto el inciso primero del artículo 28 ter como el artículo 1 bis inciso octavo letra e) ambos de la Ley de Concesiones.

El Consejo de Concesiones es un organismo establecido mediante la Ley N°20.410, de carácter consultivo, integrado por el Ministro de Obras

Públicas, un consejero de libre designación y remoción por el Ministerio de Obras Públicas y cuatro consejeros, también de libre designación y remoción por el Ministerio de Obras Públicas, pero que deben ser académicos de facultades, acreditadas por lo menos por cuatro años, de Ingeniería Civil, Economía y Administración, Arquitectura y Ciencias Jurídicas.

Según se desprende del contenido del artículo 1 bis, el Consejo de Concesiones tiene una función eminentemente política y planificadora, ya que se preocupa de informar para los proyectos consultados, temas relacionados a las políticas de planificación de una determinada localidad, con el objeto que estos estén acordes con los planos de desarrollo comunales, intercomunales, regionales o metropolitanos⁷⁶. Coordinando también la comunicación entre las distintas autoridades políticas y administrativas a través de la solicitud de opinión a los distintos Ministerios⁷⁷, según corresponda.

⁷⁶ Al respecto el artículo 1 bis inciso 2 de la Ley de Concesiones dispone: *“Este Consejo estará encargado de informar acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de esta ley, de los proyectos y de las modalidades de régimen concesional, teniendo en cuenta, entre otros antecedentes, y en caso de que ellos existan, los planes regionales de desarrollo urbano y los planes reguladores comunales, intercomunales y metropolitanos, y la evaluación social aprobada por el organismo de planificación competente.”*

⁷⁷ El artículo 1 bis inciso 3 de la Ley de Concesiones, dispone: *“Serán oídos en este Consejo los Ministerios mandantes de obras que se entreguen en concesión, cuando se trate de temas atinentes a éstas. Adicionalmente, el Consejo solicitará la opinión de otros Ministros y demás autoridades de gobierno y administración del Estado, si así lo estimare conveniente de acuerdo con la naturaleza del asunto de que se trate, con el fin de colaborar en la coordinación que*

El informe previo a la dictación del decreto de terminación de la concesión por interés público será fundado y público, debiendo ser evacuado dentro de un plazo que no puede ser superior a 60 días⁷⁸ contados desde la fecha del requerimiento por parte del Ministerio de Obras Públicas, según se indica en el artículo 1 bis inciso penúltimo de la Ley de Concesiones.

Ahora bien, para el caso que el Consejo de Concesiones no evacúese dentro de plazo el informe previo solicitado por el Ministerio de Obras Públicas, el inciso penúltimo del artículo 1 bis de la Ley de Concesiones es perentoria y tajante en señalar que se procederá igualmente sin la opinión consultiva del Consejo de Concesiones, por lo que estimamos que el Ministerio de Obras Públicas cumple con el requisito en análisis, solamente requiriendo el informe respectivo al Consejo de Concesiones, sin que el incumplimiento o retardo en

deberá existir entre las entidades públicas que participan en los diferentes tipos de concesiones.”

⁷⁸ En relación al cómputo del plazo indicado y de los demás plazos indicados en el artículo 28 ter, 36 y 36 bis, estimamos que debe aplicarse el siguiente criterio, primeramente se computará según indique norma especial establecida en las Bases de la Licitación o cualquiera de sus complementaciones. En caso de silencio del contrato se aplicará lo que señale la Ley de Concesiones en particular para cada plazo. Por último, y en caso que la Ley de Concesiones no distinga como computar el plazo, será aplicable lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N°19.880, que regula los plazos en los procedimientos administrativos y que en su inciso primero señala *“Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos.”*

su evacuación por parte del Consejo de Concesiones impida continuar con la dictación del decreto de terminación del contrato de concesión.

Luego de requerido el informe del Consejo de Concesiones, sea este evacuado o no (según indicamos en el párrafo precedente), el Ministro de Obras Públicas dictará un decreto fundado, que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda, todo conforme se indica en el artículo 28 ter inciso primero en análisis.

a. Forma y contenido del decreto de terminación.

Primeramente señalar que el decreto por el cual la autoridad administrativa competente, en este caso el Ministro de Obras Públicas, ordena la terminación de la concesión de obra pública es un acto administrativo, que el artículo 3 de la LBPA, conceptualiza al establecer que *“Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.”*

En este sentido es que el propio artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, en su inciso segundo, califica el acto administrativo como un decreto supremo al señalar que *“El decreto supremo que declare el término anticipado, señalará el plazo y condiciones en que el concesionario deberá hacer entrega de la obra al Ministerio de Obras Públicas”*.

En consecuencia, la naturaleza jurídica del acto administrativo que pone término unilateral y anticipado a la concesión de obra pública es un decreto supremo, que el inciso tercero del artículo 3 de la referida Ley N°19.880 define como *“la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia”*.

Por su parte la doctrina ha señalado que los decretos supremos son *“Ordenes escritas que dicta el Presidente de la República o un Ministro por orden del Presidentes de la República, sobre asuntos propios de competencia de tales autoridades”*⁷⁹

⁷⁹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al Derecho. 2000. Las Fuentes del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Chile. pp.347

El tipo de acto administrativo, y en específico el tipo de decreto, será de importancia para determinar los medios de impugnación administrativos y judiciales procedentes, que posteriormente serán tratados.

En relación al contenido del acto administrativo, como ya anticipamos, debe este contener una fundamentación que indique los motivos de la terminación de la concesión, y que necesariamente deben concluir en la conveniencia de terminar la concesión por interés público, motivos que además deberán ser subsumidos en alguna de las dos subcausales latamente desarrolladas en el capítulo precedente.

El decreto supremo además deberá contener el plazo y las condiciones en que el concesionario deberá entregar la obra al Ministerio de Obras Públicas, según regula el inciso segundo del artículo 28 ter en análisis.

2. Decreto que fija indemnización al concesionario.

El artículo 28 ter en su inciso tercero consagra el principio de equivalencia de las partes en un contrato administrativo al disponer que en caso que la Administración haga uso de la prerrogativa exorbitante de terminar unilateral y anticipadamente la concesión de obra pública, deberá indemnizar a la sociedad concesionaria con el objeto que esta se vea compensada respecto

de las inversiones efectivamente realizadas y de los beneficios netos esperados del negocio.

La disposición en comento se preocupa también de determinar las bases de cálculo para establecer el monto de la indemnización a pagar al concesionario, al señalar *“El concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, excluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que se acuerde el pago; su fórmula, componentes y metodología de cálculo serán establecidos en las bases de licitación. A ello se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado.*

Al monto total del pago acordado, se sumarán los reajustes e intereses correspondientes hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.

Para la determinación del valor futuro de las inversiones realizadas se considerará como tasa de descuento, la tasa de costo de capital ponderado relevante para el negocio de acuerdo con los criterios definidos al efecto en las bases de licitación. Para la determinación del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado se utilizará la tasa de descuento ajustada, de tal forma que considere el riesgo en los flujos futuros inherentes a

la concesión y su distribución en el tiempo. El procedimiento a aplicar y la correspondiente fórmula de cálculo se establecerán en las bases de licitación.”

Una vez fijadas la correspondiente fórmula de cálculo, sea esta la señalada en la Ley de Concesiones o en las Bases de la Licitación, se determinará el monto a indemnizar bajo un procedimiento que privilegia el mutuo acuerdo entre el concesionario y el MOP, según más adelante se detallará.

Por lo cual se infiere que el contenido del decreto de indemnización deberá establecer tanto las bases de cálculos empleadas para fijar la indemnización, como el procedimiento empleado para llegar al monto de la indemnización, la forma y oportunidad de pago.

Ahora bien, y en relación a la naturaleza jurídica del decreto indemnizatorio, este al igual que el decreto de terminación de la concesión, es un decreto supremo, cuestión que expresamente se señala en los numerales 6 y 9 del artículo 106 del Decreto MOP N°215 del año 2010, disposición legal que regula el procedimiento para alcanzar un acuerdo entre el MOP y el Concesionario respecto del monto de la indemnización de perjuicios a resarcir, y que específicamente en el numeral 6 indica *“Si hubiere acuerdo, total o parcial, el MOP dictará un Decreto Supremo aprobándolo, el que deberá ser*

firmado por el Ministerio de Hacienda , por su parte el numeral 9 prescribe *“Aceptada la recomendación del Panel Técnico, determinado el monto de la indemnización por la Comisión Arbitral, o concurriendo la situación descrita en el numeral anterior, el Ministerio de Obras Públicas dictará el Decreto Supremo correspondiente en el que se fije el monto de la indemnización, el que deberá llevar la firma del Ministerio de Hacienda”*

Si bien la ley, mediante texto expreso, despeja toda duda respecto de la naturaleza jurídica del acto administrativo que fija el monto a resarcir producto de la terminación unilateral y anticipada de la concesión de obra pública, de todas formas dicha calificación jurídica guarda plena lógica con lo dispuesto en el artículo 3° inciso tercero de la LBPA, y que define los decretos como *“la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia”*. Orden, que para el caso del decreto indemnizatorio, la dicta expresamente el Ministro de Obras Públicas, debido a que recae sobre asuntos propios de su competencia conferidos directamente por la Ley de Concesiones y su Reglamento.

Que el decreto indemnizatorio tenga la naturaleza jurídica de un decreto supremo será de importancia para determinar los medios de

impugnación administrativos y judiciales procedentes, y que posteriormente serán tratados.

a. Procedimiento para fijar el monto a indemnizar.

La Ley de Concesiones, en su artículo 28 ter inciso sexto, establece a grueso modo el procedimiento para fijar el monto a indemnizar producto de la dictación del decreto supremo de terminación de la concesión por interés público. Por su parte, el artículo 106 del Decreto MOP N°215 del año 2010, se preocupa de pormenorizar respecto del procedimiento para arribar a un acuerdo entre el MOP y el Concesionario, tal y como se desarrollará a continuación.

El artículo 28 ter inciso sexto, se preocupa de fijar las bases fundamentales a tener en consideración para la dictación del decreto indemnizatorio al precisar que el objetivo inicial del procedimiento es arribar en un mutuo acuerdo entre el MOP y el Concesionario respecto del monto a indemnizar, procedimiento que durará 60 días desde la fecha de la publicación del decreto de terminación unilateral y anticipada la concesión por interés público:

“El monto de la indemnización será fijado por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, y aprobado por el Ministerio de Hacienda,

dentro de los 60 días siguientes a la fecha de publicación del decreto respectivo”

Por su parte, el artículo 106 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, se preocupa de regular específicamente el procedimiento a realizarse en aquel lapso de 60 días que establece el artículo 28 ter inciso sexto recientemente citado.

Dicho esto, el procedimiento para arribar a un mutuo acuerdo respecto de la suma a resarcir por el MOP producto del término unilateral y anticipado de la concesión por interés público según lo prescrito en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, opera de la siguiente manera:

Primeramente, quien presentará por escrito la oferta de negociación (en los términos que señale el contrato de concesión, o en subsidio la Ley de Concesiones) será el Concesionario, dentro de los primeros 20 días siguientes a la publicación del decreto supremo que ponga término anticipado a la concesión, según lo señala el artículo 106 numeral 2 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas:

“2. Dentro de los 20 días siguientes a la publicación del decreto que ponga término anticipado a la concesión, el concesionario presentará por

escrito al Ministerio de Obras Públicas una oferta de negociación de acuerdo a lo que establezcan las bases de licitación, las cuales en todo caso deberán contemplar lo establecido en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones.”

Luego de presentada la oferta por parte de la Concesionaria al MOP, podrá este último aceptarla o formular una contraoferta dentro de los siguientes 20 días, contados desde la presentación de la oferta del concesionario. Dentro de este mismo plazo, y con el objeto de arribar a cualquiera de las dos posiciones antes indicadas, el MOP podrá solicitar antecedentes adicionales o aclaraciones al Concesionario. Cuestiones todas que expresamente regula el artículo 106 numeral 3 del Reglamento de Concesiones, que reza:

“3. Dentro del plazo de 20 días contado desde la presentación de la oferta del concesionario, el Ministerio de Obras Públicas, con el Visto Bueno del Ministerio de Hacienda, podrá aceptarla o formular una contrapropuesta, pudiendo solicitar para tales efectos, antecedentes adicionales o aclaraciones dentro de dicho plazo. La aceptación o contrapropuesta deberá contemplar la forma y plazo del pago de los montos involucrados.”

En este momento del procedimiento, se vislumbra potencialmente la conclusión del mismo, toda vez que si el MOP acepta la oferta, obteniendo además el visto bueno del Ministerio de Hacienda (quien deberá firmar el

decreto supremo que fija el monto a resarcir, según prescriben los incisos 6 y 9 del artículo 106, antes citados) se entenderá que existe un acuerdo total respecto de la suma de dinero a indemnizar, debiendo dictarse el decreto supremo indemnizatorio.

Por el contrario, si el MOP no acepta la oferta del concesionario y formula una contrapropuesta, proseguirá el orden consecutivo legal del procedimiento, teniendo el concesionario un plazo de 5 días, contados desde la comunicación de la contraoferta por parte del MOP, para aceptarla u objetarla.

En efecto, en el caso que el concesionario acepte la contraoferta, se entiende concluido el procedimiento por mutuo acuerdo, debiendo el MOP dictar el decreto supremo indemnizatorio.

Ahora bien, si la concesionaria objeta la contrapropuesta realizada por el MOP, el Reglamento de Concesiones en su numeral 4 exige la fundamentación y acreditación (mediante oportuna entrega de antecedentes) de la objeción pretendida.

Sobre el particular, el artículo 106 numeral 4 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, dispone:

“4. Dentro del plazo de 5 días contado desde la comunicación de la contrapropuesta por el Ministerio de Obras Públicas, el concesionario podrá aceptarla u objetarla. La objeción deberá señalar sus fundamentos y acompañar los antecedentes que la sustenten.”

Luego de presentadas las objeciones, el numeral 5 del artículo 106 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas, le otorga al MOP un nuevo plazo de 5 días, contados desde la presentación de las objeciones interpuestas por la concesionaria, con el objeto que aquel pueda formular una nueva contrapropuesta:

“5. El Ministerio de Obras Públicas, con el Visto Bueno del Ministerio de Hacienda, podrá formular una nueva contrapropuesta, dentro del plazo de 5 días contado desde la presentación de la objeción del concesionario.”

En este punto del procedimiento, y sin que haya discusión o negociación alguna que agotar, se entiende que, una vez cumplidos los 60 días contados desde la fecha de la publicación en Diario Oficial del decreto supremo de terminación de la concesión, y vencido el plazo para presentar los recursos que regula la Ley de Concesiones, deberá el MOP dictar un decreto supremo, que deberá ser firmado por el Ministerio de Hacienda, el que deberá contener alguno de los siguientes montos:

1. El proveniente de un acuerdo total con el concesionario arribado durante el procedimiento antes explicado.
2. El resultante de un acuerdo parcial con el concesionario en virtud del procedimiento anteriormente explicado⁸⁰.
3. O el monto más alto que el Ministerio de Obras Públicas hubiere ofrecido, en el caso que no se haya alcanzado un acuerdo con la concesionaria, y ésta última no haya presentado, dentro de plazo legal, el recurso que posteriormente se explicará.

En efecto, lo precedentemente señalado se encuentra estipulado en el artículo 106, numerales sexto, octavo y noveno, que establecen:

“6. Si hubiere acuerdo, total o parcial, el MOP dictará un Decreto Supremo aprobándolo, el que deberá ser firmado por el Ministro de Hacienda.”

“8. No habiéndose alcanzado acuerdo, si el concesionario no recurriere, en los plazos legales, al Panel Técnico o a la Comisión Arbitral, se entenderá aceptado monto más alto que el Ministerio de Obras Públicas le hubiere ofrecido en la forma contemplada en este artículo.”

⁸⁰ Para el caso que exista acuerdo parcial respecto del monto a indemnizar, la suma restante controvertida, podrá ser recurrida según los medios de impugnación legales que establece el artículo 28 ter inciso séptimo de la Ley de Concesiones y el artículo 106 numeral 7 del Reglamento de Concesiones de Obras Públicas.

“9. Aceptada la recomendación del Panel Técnico, determinado el monto de la indemnización por la Comisión Arbitral, o concurriendo la situación descrita en el numeral anterior, el Ministerio de Obras Públicas dictará el Decreto Supremo correspondiente en el que se fije el monto de la indemnización, el que deberá llevar la firma del Ministro de Hacienda.”

b. Solución de controversias respecto del monto a indemnizar.

Ahora bien, para el caso que se llegue a un acuerdo parcial, o simplemente no se llegue acuerdo sobre el monto a indemnizar, o cualquiera de sus factores de cálculo, entre el MOP y la concesionaria, podrá esta última presentar el siguiente recurso legal, regulado en el inciso séptimo del artículo 28 ter, los artículos 36 y 36 bis de la Ley de Concesiones, y en los artículos 106 y 108 del Reglamento de Concesiones.

El artículo 28 ter inciso séptimo señala, que para el caso de controversia sobre el monto a indemnizar, o cualquiera de sus factores de cálculo, deberá ser llevada esta para recomendación del Panel Técnico dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo, o sea, dentro de los 10 días luego de que concluyen los 60 días estipulados en el artículo 28 ter inciso sexto antes desarrollado.

La recomendación que al respecto haga el Panel Técnico, no tendrá el carácter de vinculante para las partes (El MOP y la concesionaria), pero dicho informe podrá ser utilizado por la Comisión Arbitral, si el proceso se lleva al arbitraje según se explicará.

En relación al Panel Técnico, conforme lo regula el artículo 36 de la Ley de Concesiones, es un organismo de carácter consultivo respecto de asuntos técnicos o económicos de la concesión, que no ejerce jurisdicción, y que una vez consultado, emite una recomendación técnica debidamente fundada, la que si bien no es vinculante ni obsta a la facultad de accionar del Concesionario ante la Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones de Santiago (tribunales competentes para conocer de las controversias suscitadas en virtud de la ejecución del contrato de concesión entre el MOP y la concesionaria), podrá ser considerada por dichos tribunales como un antecedente para la dictación de la sentencia que resuelva la controversia.⁸¹

El Panel Técnico, conforme indica el artículo 36 inciso séptimo, estará integrado por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas y financieras. Integrantes, que de acuerdo a lo prescrito en el inciso octavo del artículo en comento, serán electos mediante concurso

⁸¹ Artículo 36 inciso primero y segundo de la Ley de Concesiones.

público de antecedentes por el Consejo de Alta Dirección Pública, efectuándose su nombramiento mediante resolución del Ministerio de Obras Públicas.

En relación a la duración de los integrantes del Panel Técnico en su cargo, el inciso noveno del artículo analizado señala que será de 6 años, sin que puedan ser reelectos en periodos sucesivos.

El Panel Técnico, será presidido por uno de sus integrantes, quien tendrá el cargo de presidente de dicho organismo, y se desempeñará con dedicación exclusiva, con una duración de 3 años en su cargo, conforme prescribe el inciso décimo primero del artículo 36.

Dicho inciso además se preocupa de señalar los quórum para sesionar y para llegar a acuerdo, el primero de ellos será de tres integrantes, a lo menos dos de los cuales no deben ser abogados. El quórum para acuerdos será de simple mayoría, decidiendo el voto del Presidente en caso de empate.

En cuanto a la competencia del Panel Técnico para conocer de las discrepancias suscitadas a raíz de lo estipulado en el artículo 28 ter, dicho organismo podrá interferir en dos ocasiones según mandato legal expreso, primeramente si el MOP le consulta sobre la *“definición de que el valor de las inversiones hayan sobrepasado alguno de los límites establecidos”* en el

artículo 28 ter, conforme indica el numeral 3 del artículo 36. A saber, para el caso que se requieran obras adiciones o complementaciones que implique una inversión adicional que supere el 25% del presupuesto oficial de la obra.

Y en segunda ocasión, cuando a falta de acuerdo total entre el MOP y el concesionario, este último solicita su recomendación respecto del monto a indemnizar, conforme lo regula el artículo 28 inciso séptimo, y que señala:

“A falta de acuerdo, total o parcial, sobre el monto de la indemnización o de cualquiera de sus factores de cálculo, la controversia será llevada a la recomendación del Panel Técnico establecido en el artículo 36, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo. Si la recomendación no fuese acogida por las partes, la controversia será resuelta por la Comisión Arbitral, conforme al procedimiento del artículo 36 bis, siempre que el concesionario requiera por escrito su intervención dentro de un plazo de 10 días contados desde la notificación de la recomendación del Panel Técnico. Si se produjere acuerdo en un monto parcial, la forma de pago de ese monto podrá ser acordada inmediatamente por escrito, reservándose el conocimiento de lo disputado para la Comisión Arbitral. No habiéndose alcanzado acuerdo, si el concesionario no recurriere al Panel Técnico, o a la Comisión Arbitral dentro de los plazos establecidos en este inciso, se entenderá aceptado por el concesionario el monto más alto que el

Ministerio de Obras Públicas le hubiere ofrecido en la forma contemplada en el reglamento durante el curso de la negociación.”

En cuanto la solicitud de recomendación presentada el concesionario, esta se encuentra regulada en el artículo 108 del Reglamento, que señala su escrituración y fundamentación, debiéndose al efecto acompañar todos los antecedentes necesarios para su debida comprensión, sin que se pueda adicionar o modificar.

En relación a la tramitación del procedimiento ante el Panel Técnico, el artículo 108 del Reglamento, dispone que, una vez presentado el escrito de discrepancia o reclamación, el Secretario del Panel Técnico deberá, dentro las 24 horas siguientes, poner en conocimiento de dicho organismo la presentación, debiendo además dentro del plazo de 3 días notificar al DGMOP de la reclamación hecha por la concesionaria.

Ya en conocimiento por parte del Panel Técnico de la discrepancia presentada, el Presidente convocará a una sesión especial, la que deberá efectuarse dentro los 5 días hábiles siguientes a la presentación de la discrepancia, todo conforme indica el numeral 3 del artículo 108 en análisis. En la sesión especial convocada al efecto, el Panel Técnico acordará un programa de trabajo que deberá contemplar una audiencia pública de partes, la forma de

recibir antecedentes, de notificación y de realización de diligencias y demás actividades, según dispone el numeral 3 inciso segundo del artículo 108.

El plazo para evacuar la recomendación por parte del Panel Técnico será de 30 días contados desde la presentación de la reclamación, plazo que podrá prorrogarse por igual término por una sola vez. Ante dicha recomendación solo podrá recurrirse, dentro de los 30 días siguientes a su emisión, para aclarar puntos oscuros o dudosos, se salven omisiones y se rectifiquen errores de copia, de referencia o de cálculo que aparezcan de manifiesto en la recomendación, siendo legitimadas ambas partes para recurrir, según se indica en el numeral 7 del artículo 108.

Por lo tanto, una vez efectuada la recomendación por el Panel Técnico respecto del monto a indemnizar, o sus bases de cálculo, y sin que se haya adoptado dicha recomendación por las partes, no habiéndose en consecuencia llegado a acuerdo, podrá el concesionario dentro del plazo de 10 días concurrir ante la Comisión Arbitral, quien decidirá, con carácter vinculante, respecto de la controversia.

Según prescribe el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, la Comisión Arbitral es un organismo de carácter jurisdiccional, que se competente para resolver de *“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*⁸² Competencia que por ley también es conferida a la Corte de Apelaciones de Santiago⁸³, siendo facultativo para el demandante recurrir a uno u otro tribunal.

En relación a los aspectos técnicos o económicos de la obra, será requisito previo, para habilitar la competencia de ambos tribunales, el someter la discrepancia a recomendación del Panel Técnico.

En cuanto a la oportunidad para accionar, el MOP sólo podrá reclamar ante la Comisión Arbitral luego de la puesta en servicio definitiva de la obra, salvo en el caso de incumplimiento grave regulado en el artículo 28, que podrá ser solicitado en cualquier momento.

En cuanto a su integración, y según dispone el inciso segundo del artículo 36 bis, la Comisión Arbitral estará conformada por *“tres profesiones universitarias, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de estos las presidirá”*.

⁸² Artículo 36 bis inciso primero de la Ley de Concesiones.

⁸³Según indica el inciso penúltimo del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, el procedimiento aplicable al recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago, será el establecido en los artículos 69 a 71 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, con las excepciones al procedimiento que el citado inciso del artículo 36 bis indica.

Dicho inciso también regula el nombramiento de los miembros de la Comisión Arbitral, señalando *“Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, la primera de ellas compuestas por abogados y confeccionada al efecto por la Corte Suprema, y la segunda, compuesta por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante concurso público de antecedentes...”*

La nominación de los integrantes de la Comisión será al inicio de la concesión, debiendo quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a su designación, permaneciendo los integrantes en su cargo durante toda la vigencia del contrato de concesión, sin perjuicio del derecho que confiere la ley a cada parte, por una sola vez, o ambas partes, cuando consideren necesario, de solicitar el reemplazo de alguno de sus integrantes. Esto último, siempre y cuando a la época de la solicitud de remoción no se esté conociendo una controversia.

Una vez establecida la Comisión Arbitral, esta deberá determinar la bases del procedimiento de reclamación y solución de controversias, dictando normas sobre la forma de las presentaciones, etapas de discusión, forma de notificación, mecanismos para recibir pruebas y para realizar audiencias de

partes, entre otros aspectos señalados en el inciso octavo del artículo 36 bis en comento.

Por su parte, el inciso noveno del artículo 36 bis, señala que el plazo para presentar reclamaciones ante la Comisión Arbitral será de dos años contados desde *“la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que los motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así lo acreditaran fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación”*

Sin embargo, para el caso de controversias en relación al monto de la indemnización, o de sus bases de cálculo, producto del término unilateral y anticipado de la concesión de obra pública por interés público, el plazo para recurrir a la Comisión será de 10 días contados desde emitida la recomendación del Panel Técnico, según se indicó.

Entonces, una vez presentada la reclamación ante la Comisión, dicho organismo procederá según las bases del procedimiento establecidas en su constitución, teniendo facultades de árbitro arbitrador y debiendo apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Conforme indica el artículo 36 bis incisos décimo tercero y décimo cuarto, la sentencia que dicte dicho organismo deberá ser fundada, sin que proceda recurso alguno.

Ello no obstante, el inciso final deja a salvo las atribuciones del Poder Judicial y de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, aun cuando la ley faculta al recurrente a concurrir indistintamente a la Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago, el artículo 28 ter en su inciso séptimo, antes citado, señala expresamente que Tribunal competente en caso de controversia respecto del monto a indemnizar o sus bases de cálculo, será la Comisión Arbitral, debiendo por tanto declararse inadmisibles por la Corte de Apelaciones de Santiago cualquier solicitud al respecto.

3. Medios revisión e impugnación Administrativos y Judiciales.

Producto que los decretos de terminación e indemnización que trata el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, tienen una naturaleza jurídica de actos administrativos, proceden respecto de ellos una serie de medidas de revisión y de recursos de carácter administrativos que trataremos en este apartado. Los cuales principalmente tienden a verificar la legalidad y constitucionalidad de

dichos actos de autoridad, con el objeto de resguardar los derechos tanto de la contraparte del contrato administrativo que se termina, como de los demás administrados o terceros interesados.

Primeramente revisaremos el proceso de control de legalidad y constitucionalidad que realiza la Contraloría General de la República mediante la toma de razón de dicho decreto, antes de su entrada en vigencia. Para luego revisar el recurso de nulidad contemplado en el artículo 53 de la Ley N°19.880, interpuesto y conocido por la propia administración.

Posteriormente hablaremos de la posibilidad de atacar la ilegitimidad del acto administrativo de terminación o de indemnización dictado por la administración ante los tribunales ordinarios de justicia, mediante el recurso de nulidad contemplado en el artículo 7 de la CPR. Para por fin terminar con aquellas acciones que buscan satisfacer pretensiones de fondo de los demandantes, y que dicen relación con resarcir aquellos perjuicios que se hayan provocado con la terminación anticipada y unilateral de la concesión de la obra pública.

Dicho esto, es importante prevenir que no se volverá a tratar la posibilidad de recurrir a la Comisión Arbitral, toda vez que tanto las pretensiones que se pueden hacer valer en dicha sede, las formalidades

requeridas, como las características del Tribunal, fueron ampliamente abarcadas en el apartado inmediatamente precedente.

a. El artículo 28 ter y la toma de razón.

El artículo 1 de la LOCCGR, señala que corresponde a la Contraloría General de la República “*pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos*”, ello lo realiza mediante el procedimiento de toma de razón, el que es tratado ampliamente en el artículo 10 de la Ley Orgánica de dicha Institución, pero que sustancialmente consiste en lo prescrito en los dos primeros incisos del dicho artículo, que indican:

“Artículo 10°. El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de su recepción, que el Contralor podrá prorrogar hasta por otros quince días, si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada. No obstante, deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros.

En caso de insistencia, se consignará el hecho en la Cuenta Pública de su Gestión que la Contraloría General presentará anualmente.”

Cabe precisar que, si bien el propio artículo 10 en su inciso quinto, contempla la posibilidad de eximir de toma de razón a los decretos supremos, el Dictamen N°1.600 de fecha 30 de octubre del año 2008, señala expresamente en su artículo 9.4.3., que no podrá eximirse del trámite de toma de razón a aquellas medidas que tengan relación con la terminación anticipada o con el otorgamiento de indemnización en el caso de contratos de concesión de obra públicas:

“9.4.3.- Las siguientes medidas que se refieran a estas ejecuciones o contrataciones de obras: pago de indemnizaciones y gastos generales; devolución de retenciones; término anticipado del contrato y su liquidación final; compensaciones de saldos de distintos contratos de un mismo contratista y traspaso de contratos.”

Luego, el primer mecanismo institucional de revisión de la legalidad y constitucionalidad del cualquiera de los dos decretos supremos, ya sea de terminación o el que fija el monto de indemnización, contemplados en el artículo 28 ter, será la toma de razón efectuada por el Contralor General de la

República, quien deberá representar la ilegalidad o inconstitucionalidad de los mismos si fuere procedente.

En cuanto a la oportunidad para hacerlo, esta medida revisión contemplada en la LOCGR, tiene el carácter de preventiva, por ende, si el Contralor General de La República representa el decreto supremo de terminación o aquel que fija el monto de la indemnización, este no comenzará a regir (y no se publicará en el Diario Oficial de la República) hasta que no se resuelvan las ilegalidades o inconstitucionalidades, o se insista en su aprobación por el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros.

b. El artículo 28 ter y la nulidad administrativa.

Un medio de impugnación, de carácter ex post, o sea luego de la entrada en rigor del decreto supremo de terminación, o aquel que fija la indemnización a pagar al Concesionario, será la nulidad administrativa prevista en el artículo 53 de la LBPA, que contempla la posibilidad de recurrir ante el órgano administrativo del que emana el decreto que adolece de ilegalidad, para que lo enmiende o anule, ya sea total o parcialmente.

El artículo 53 de la LBPA regula una acción administrativa de régimen privilegiado⁸⁴ que es parte de la potestad invalidatoria de la Administración, quien dentro de su órbita de competencia puede revisar o reevaluar, ya sea de oficio o a petición de algún interesado, los actos por ella dictados con el objeto de salvaguardar la legalidad del acto administrativo.

Sobre el particular, el artículo 53 de la LBPA señala: *“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.*

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.”

Como señala el precepto legal citado, la causal por la cual procede la invalidación será que el acto administrativo sea contrario a derecho, o sea

⁸⁴ JARA SCHNETTLER, Jaime. 2004. La nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia. Editorial Libro Mar. Santiago, Chile. pp. 104.

“cualquier infracción al ordenamiento jurídico en que incurra el acto”⁸⁵, ilegalidad, que conforme al principio de conservación, no abarca vicios intrascendentes o irrelevantes.⁸⁶

La nulidad administrativa puede iniciarse por cualquier reclamación o de oficio, dentro del plazo de dos años contados desde la notificación o publicación del acto administrativo. Para el caso de los decretos supremos emanados producto de lo dispuesto en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, desde la publicación en el Diario Oficial.

Si el procedimiento invalidatorio se inicia por reclamación, los legitimados activos serán los interesados, quienes según el artículo 21 de la LBPA, son:

- “1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.*
- 2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- 3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados*

⁸⁵ GONZALEZ Pérez, Jesús. La ley chilena de procedimiento administrativo. Revista de Administración Pública N° 612, septiembre-diciembre 2003, Madrid, pp. 388. En: JARA SCHNETTLER, Jaime. Ibid cit. pp. 111.

⁸⁶ JARA Schenettler, Jaime. 2004. Ibid cit. pp. 111.

por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Pudiendo entonces, ser legitimados activos en este caso, el concesionario, sus acreedores prendarios⁸⁷ o de cualquier otro tipo, y todos aquellos cuyos intereses individuales o colectivos, se puedan ver afectados con la resolución.

En relación al procedimiento contemplado en la LBPA para esta acción invalidatoria, deberá regirse por los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusividad, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, contemplados en el artículo 4 y siguientes de dicho cuerpo legal.

En especial, la contradictoriedad del procedimiento consiste principalmente en la audiencia previa que señala el artículo 53 de la LBPA y en donde se escucharán a los interesados.

⁸⁷ Los acreedores prendarios se encuentran tratados en el artículo 43 de la Ley de Concesiones. Y en el caso de terminación del contrato de concesión de obra pública, conforme indica el inciso octavo del artículo 28 ter de la misma Ley, tendrán el derecho de hacer exigible los créditos garantizados con la prenda sobre los la indemnización recibida por el concesionario con preferencia a cualquier otro crédito.

Ahora bien, el artículo 57 de la LBPA prescribe que, una vez interpuesto reclamo ante el órgano administrativo los efectos que emanan de acto impugnado no se suspenden, salvo en que la autoridad así lo decida producto de una petición fundada del interesado, que diga relación con que el cumplimiento del acto recurrido, el que pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso.

Cabe precisar que la sentencia que dicte el órgano administrativo podrá invalidar total o parcialmente el acto administrativo impugnado, debiendo resguardarse que el acto administrativo no pierda su contenido de fondo y los requisitos que la ley le exige, si sólo se invalida una parte de él.

Por último, hay que precisar que una vez interpuesta la reclamación ante el órgano administrativo, el artículo 54 de la LBPA señala expresamente que no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. Por lo cual no puede interponerse acción de nulidad de derecho público contemplada en el artículo 7 de la CPR, mientras a reclamación administrativa no sea resuelta o se entienda desestimada, interrumpiéndose eso sí, el plazo de prescripción para ejercer dicha acción ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Ahora bien, si primeramente se deduce una acción de nulidad de derecho público ante los Tribunales Ordinarios de Justicia por parte del interesado, según indica el artículo 54 de la LBPA, *“la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”*.

Por lo tanto, esta acción no tiene un carácter de incompatible con el recurso de nulidad de derecho público del artículo 7 de la CPR, debiendo simplemente respetarse lo dispuesto en el artículo 54 de la LBPA anteriormente explicado.

c. El artículo 28 ter y la acción de nulidad de derecho público.

La nulidad de derecho público es una sanción, que consiste *“en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.”*⁸⁸

⁸⁸ JARA SCHNETTLER, Jaime. 2004. Ibid Cit. Pp. 29.

Su base normativa se sustenta en los artículos 6 y 7 de la CPR⁸⁹, que señalan:

“Artículo 6°. Los órganos de Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”

“Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

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 conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y genera las responsabilidades y sanciones que la ley señale”

⁸⁹ También son bases de la nulidad de derecho público, las garantías procedimentales contempladas en el artículo 19 número 3 de la Constitución en relación con el principio de inexcusabilidad tratado en el artículo 76 de la Carta Fundamental.

Los preceptos legales antes citados otorgan el sustento normativo de fondo a la nulidad de derecho público, por cuanto consagran el principio de juridicidad y el principio de Supremacía de la Constitución, directivas constitucionales que sirven de sustento al Estado de Derecho.

El principio de juridicidad fue descrito tempranamente por la doctrina nacional clásica como *“la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar”*⁹⁰.

El principio de juridicidad es un pilar fundamental del Derecho Público chileno, y una norma que ciertamente, regula la estructura la institucionalidad de la República, toda vez que garantiza a sus habitantes, que los órganos del Estado, y sus autoridades, actuarán con una sujeción irrestricta al ámbito de competencia⁹¹ que le otorga la Constitución y las leyes.

El principio de juridicidad tiene estrecha relación con el principio de supremacía constitucional, por el cual todo el ordenamiento jurídico se

⁹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo.1996. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. El principio de juridicidad. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. pp. 182.

encuentra supeditado y condicionado a la Carta Magna, en sentido formal y sustancial⁹².

Entonces, siendo la Carta Fundamental el soporte y razón de toda la actividad de la administración, debiendo ésta sujetarse a la misma, y en consideración al mandato constitucional del artículo 7 inciso 3, en donde se prescribe la sanción a los actos de la administración que contravengan el ordenamiento jurídico, por fin se garantiza el Estado de Derecho, en virtud del cual la actividad tanto de administradores como administrados debe sujetarse al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el fundamento primero del Estado de Derecho, encuentra su sustento constitucional en el artículo 1 inciso tercero y cuarto de la Constitución Política, que en definitiva consagra el bien común como piedra angular de las bases de la institucionalidad chilena, lo que posibilita la recepción actual de las teorías sobre la nulidad de derecho público, en donde no cualquier ilegalidad

⁹² VERDUGO Marinkovic, Mario y GARCÍA, Barzelatto, Ana María. 2011. Manual de Derecho Político. Sección Cuarta. Las fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. pp. 76-106.

determina la invalidez de un acto administrativo, sino sólo aquella que *“impida alcanzar un fin que el Derecho considera merecedor de protección”*⁹³.

En este mismo sentido es que el principio de conservación y de validez sucesiva, restringen las causales de procedencia de la nulidad de derecho público a todas aquellas ilegalidades que causen perjuicio, esto es un *“menoscabo real y efectivo del interesado en sus derechos o intereses individuales o colectivos”*.⁹⁴ Y respecto de aquellos actos que, originalmente inválidos, no se encuentren convalidados por una circunstancia sobreviniente que lo justifique en razón del bien común.

La nulidad de derecho público puede ejercerse como acción, mediante el procedimiento supletorio⁹⁵ y ordinario de mayor cuantía contemplado en el

⁹³ BELADIEZ ROJO, Margarita.1994. Validez y eficacia de los actos administrativos. Marcial Pons, Madrid, 1994. Pp. 71. En: JARA SCHNETTLER, Jaime.2004. Op. Cit. Pp. 128.

⁹⁴ JARA Schnettler, Jaime. 2004. Op Cit. pp. 191.

⁹⁵ El artículo 3 del CPC señala: *“Art. 3º Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza”*.

CPC, cuyo sujeto pasivo será el Estado representado por el Consejo de Defensa del Estado. Podrá también ejercerse como excepción.

En cuanto a la prescripción, esta Memoria de Prueba adhiere a la teoría que señala la prescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público, debiendo aplicarse los plazos de prescripción extintiva ordinaria de las acciones ordinarias para hacer valer el derecho, todo ello en pos de la seguridad jurídica y el bien común.

Para el caso de la normativa de concesiones en análisis, la nulidad de derecho público podrá ser accionada por el Concesionario o demás interesados, en aquellos casos en donde la Administración (El MOP) haya incurrido en alguna ilegalidad que vulnere los derechos de los interesados que la Constitución protege. Dentro de las causales más comunes se encuentran, ausencia de investidura regular del titular del órgano, la incompetencia del órgano, violación de las leyes, que se haya incurrido en vicios del procedimiento que causen perjuicio al interesado, y la Desviación de poder.

Frente a la prerrogativa exorbitante de terminación anticipada y unilateral de la concesión por parte de la Administración concedente, adquiere importancia la causal de desviación de poder, por la cual la administración se aleja de los fines previstos por la ley al hacer uso de sus facultades legales.

Causal de nulidad de derecho público que podría eventualmente servir para fundamentar intereses ajenos a la ley, como por ejemplo presiones políticas efectuadas con el objeto de decretar el término anticipado de una concesión de obra pública. Postulado que, en definitiva consideramos debe ser rechazado por el Tribunal que conozca de las pretensiones del demandante, toda vez que es resorte privativo del Estado el determinar los motivos que fundamenten el interés público sobreviniente que da lugar a la terminación, esto último sin perjuicio de que la actual normativa vigente limita la procedencia del interés público a dos subcausales, ya ampliamente tratadas en el capítulo II de esta Memoria de Prueba.

d. La acción de indemnización de perjuicios.

La acción de indemnización de perjuicios, procede en consideración a la nulidad alegada, toda vez que el fundamento de dicha pretensión serán los eventuales perjuicios provocados con los efectos generados por un acto administrativo que los tribunales declararán nulo.

Para la procedencia de la acción indemnizatoria será necesario que se configuren todos aquellos elementos legales para que se dé lugar a la responsabilidad, a saber que exista un incumplimiento contractual culposo o

doloso, que cause un daño, existiendo relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, que provoque perjuicios.

En cuanto al procedimiento, la acción de indemnización de perjuicios al ser accesoria a la nulidad de derecho público, será entonces igualmente conocida por los Tribunales Ordinarios de Justicia mediante un procedimiento ordinario de mayor cuantía, al que se le agregan las disposiciones sobre el Juicio de Hacienda contenidas en los artículos 748 y siguientes del CPC.

Ahora bien, para el caso de la terminación unilateral y anticipada de una concesión de obra pública, como el propio artículo 28 ter de la Ley de Concesiones contempla el resarcimiento de los perjuicios provocados por la utilización de esta prerrogativa exorbitante por parte de la Administración, estipulando para ello expresamente en el texto legal un justo y racional procedimiento para su determinación, preceptos que además se entienden parte integrante del Contrato suscrito voluntariamente por el Concesionario, estimamos que, no será procedente la indemnización de perjuicios que tenga como base la nulidad del decreto de terminación de la concesión, salvo que dicha nulidad provenga de ilegalidades contenidas en el propio decreto indemnizatorio y que causen perjuicio, de lo contrario existiría un enriquecimiento sin causa, ampliamente repudiado por nuestro ordenamiento jurídico.

e. Otras acciones que eventualmente pueden ejercerse.

Para el caso que se vea vulnerados algunos de los derechos o libertades constitucionales contemplados en el artículo 20 de la CPR, será procedente el recurso de protección regulado en el referido precepto constitucional y en el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de fecha 24 de junio de 1992.

El recurso de protección es una acción de emergencia que tiene por objeto restablecer el imperio del o los derechos o libertades constitucionales vulnerados, los que para el caso en estudio, deberían verse amenazados, privados o perturbados producto de la dictación del decreto de terminación de la concesión de obra pública, o con el decreto que fija las bases de cálculo empleadas y el monto a indemnizar.

Ahora bien, si los decretos fueron dictados conforme a la Ley de Concesiones y lo estipulado al respecto en las Bases de la Licitación, deberá rechazarse el recurso de protección, toda vez dichos cuerpos normativos son parte de la ley del contrato oponible tanto a los acreedores y contratistas del concesionario como al propio concesionario.

B) De los efectos luego de aplicado el artículo 28 ter.

Una vez decretada la terminación de la concesión de obra pública, serán principalmente dos los efectos que trataremos:

Primeramente la terminación de la concesión de obra pública, su significado, efectos y alcances.

En segundo lugar, la naturaleza jurídica de la indemnización proveniente del decreto supremo indemnizatorio ampliamente tratado.

1. De la terminación de la concesión de Obra Pública. Atribuciones de la Administración.

Los efectos posteriores a la terminación de una concesión de obra pública, van a variar según cuál sea la causal invocada por el Estado para ejercer esta prerrogativa exorbitante, ello producto de que el artículo 28 ter, contempla distintas posibilidades de actuación para la administración, luego de decretada la terminación del contrato de concesión.

- a. Efectos de terminación de la concesión de obra pública, por existir un interés público sobreviniente, producto de un cambio de circunstancias que hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas.**

Preliminarmente es bueno remontarse a lo desarrollado previamente en el apartado B) b.2., del capítulo II de esta Memoria de Prueba, en cuanto explica el alcance y sentido de la causal de terminación de la concesión de obra pública por interés público, que se configura cuando se presenta un cambio de circunstancias que hacen innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas.

Sustancialmente, lo que en dicho apartado se plantea es que el alcance de dicha normativa aplica tanto a las obras públicas como a los servicios públicos concesionados, los que podrían ser “innecesarios” o “inidóneos” para la satisfacción de las necesidades públicas, no limitándose el vocablo innecesariedad solamente a aquellos casos de desuso de la obra pública por la supresión de la necesidad pública que con dicha infraestructura o servicio público se satisfacía.

El alcance del precepto legal antes explicado, tiene una cierta correspondencia o armonía respecto de lo preceptuado en el inciso final del artículo 28 ter, que precisamente no limita la causal en análisis al simple desuso o inutilización de la infraestructura pública concesionada, al señalar que podrá ejecutarse el proyecto reformulado (que recoja las nuevas necesidades públicas a satisfacerse mediante la obra pública o servicios públicos que en ella se prestan) con recursos sectoriales y públicos o mediante una nueva entrega en concesión a los particulares conforme a la Ley de Concesiones y su Reglamento:

“Cuando correspondiere, el Ministerio de Obras Públicas, previo informe del Consejo de Concesiones, determinará si el proyecto reformulado será nuevamente entregado en concesión o ejecutado en la forma establecida en el artículo 86 del decreto con fuerza de ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998.”

Por ende, tanto para el caso que la Administración ponga término unilateral y anticipado a una concesión de obra pública por ser innecesaria la obra o servicios para la satisfacción de las necesidades públicas, según los términos del contrato de concesión pactados con el concesionario; como para cuando dicha obra o servicios concesionados se haga innecesaria por cualquier otro tipo de circunstancia sobreviniente, podrá el MOP optar ya sea por

nuevamente entregar el concesión el proyecto reformulado, o simplemente financiarlo mediante recursos sectoriales.

Lo anterior da un amplio margen de actuación al Estado, y tiene por objeto cautelar el interés general de la nación, toda vez que posibilita que sea el Estado quien, para cada caso y circunstancias particulares, determine la conveniencia y oportunidad de volver o no a concesionar un proyecto que tiene por objeto satisfacer de mejor manera o recoger nuevas necesidades públicas.

b. Efectos de terminación de la concesión de la obra pública por existir un interés público sobreviniente, producto de la necesidad de un rediseño o complementación en donde las inversiones adicionales superen un 25% de presupuesto oficial de la obra.

Cuando la terminación unilateral y anticipada es procedente producto de que existen circunstancias sobrevinientes que demandan una inversión adicional que supera el 25% del presupuesto oficial de la obra, lo que en definitiva se está haciendo es modificar el proyecto en una mayor medida o extensión que para los casos de modificación contemplados en los artículos 19 y 20 de la Ley de Concesiones, por lo que se faculta al Estado para decidir terminar con el vínculo jurídico que lo une al concesionario, todo con el objeto

de evitar una excesiva onerosidad en los costos del rediseño o ampliación, y fortalecer la libre competencia del mercado.

Y es en el resguardo de dicha lógica operativa, que el legislador en caso de invocación de esta causal de terminación por el MOP, contempla un efecto distinto que las contempladas para el caso de terminación por innecesariedad de la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, y que consiste en no extraer del ámbito de las concesiones de obra pública el proyecto reformulado.

Así lo dispone el inciso final del artículo 28 ter, que ordena a la Administración respetar un plazo de 3 años desde la terminación unilateral y anticipada de la concesión de obra pública, antes de financiar y ejecutar el proyecto con recursos públicos:

“Cuando correspondiere, el Ministerio de Obras Públicas, previo informe del Consejo de Concesiones, determinará si el proyecto reformulado será nuevamente entregado en concesión o ejecutado en la forma establecida en el artículo 86 del decreto con fuerza de ley N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, de 1998. Habiéndose puesto término anticipado a la concesión por un cambio de circunstancias que demandare su rediseño o complementación a través de inversiones adicionales que superen el veinticinco por ciento del

presupuesto oficial de la obra, y siempre que el Ministerio de Obras Públicas resuelva ejecutarla dentro de los tres años siguientes a la fecha del término anticipado, el proyecto reformulado deberá entregarse en concesión mediante licitación pública."

Lo anterior, tiene como fundamento primeramente el resguardar la buena fe de los particulares que invierten en este tipo de empresas, toda vez que si la Administración pudiese extraer directamente el proyecto del ámbito privado, se podría utilizar este mecanismo como puerta de entrada a financiamientos oportunistas y parciales, disueltos a conveniencia por la Administración.

Lo anterior, eso sí, sostenemos debe moderarse estableciéndose la posibilidad para la administración de extraer del ámbito privado el proyectos por razones fundadas de interés público, y para los casos que proyectos reformulado sea excesivamente oneroso licitarlo nuevamente. Casos que el artículo 28 ter no contempla.

Otro de los argumentos que sostienen esta preceptiva legal se basa en la posibilidad de favorecer el libre mercado en desmedro de las negociaciones cerradas, exclusivas y excluyentes entre el MOP y el Concesionario, toda vez que el porcentaje inversiones adicionales respecto del presupuesto oficial es de

tal entidad que no puede limitarse al Estado a simplemente tener que negociar con la sociedad concesionaria sobre las nuevas obras e inversiones necesarias.

2. De los efectos respecto de terceros.

La terminación anticipada del contrato de concesión será oponible a los terceros que contraten con la sociedad concesionaria, desde la publicación del decreto supremo en el Diario Oficial.

Dichos terceros podrán ser contratistas y diversos acreedores de la sociedad concesionaria.

Respecto de los contratistas y demás acreedores que mantengan contratos con la sociedad concesionaria respecto de la obra en particular, el vínculo jurídico suscrito entre ellos se extinguirá produciendo los efectos particulares y las prestaciones mutuas que en cada contrato se estipulen.

Ahora bien, en relación a los acreedores prendarios establecidos en el artículo 43 de la Ley de Concesiones, el artículo 28 ter inciso octavo estipula expresamente que sus créditos serán exigibles y efectos sobre la indemnización recibida por el concesionario:

“La terminación anticipada de la concesión hará exigibles los créditos garantizados con la prenda establecida en el artículo 43, los que se harán efectivos sobre la indemnización recibida por el concesionario con preferencia a cualquier otro crédito.”

Lo anterior tiene como fundamento que los acreedores prendarios tienen por objeto financiar la oportuna e íntegra ejecución de las obligaciones estipuladas por el concesionario en el contrato de concesión, actuaciones que carecen de sentido si es que el contrato se extingue anticipadamente.

Por último, respecto del régimen jurídico aplicable a los terceros que contratan con el concesionario producto de la concesión de la obra pública adjudicada, será aplicable lo dispuesto en el artículo 21 inciso segundo de la Ley de Concesiones, que señala: *“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”*

Por lo cual, luego de terminada la concesión de obra pública todos aquellos deudores o acreedores de la sociedad concesionaria se regirán por el

estatuto normativo del derecho privado, haciéndose efectivo para cada caso lo estipulado en las leyes privadas que regulan dicha actividad civil o comercial, y lo estipulado en cada contrato en particular.

3. De la indemnización.

En este último apartado será abordada la indemnización como efecto de la terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión, analizándose únicamente la naturaleza o entidad de la indemnización, que corresponde pagar al Administrador.

En efecto, este apartado versará solamente respecto de qué tipo de indemnización y qué tipo de daños son los que comprende.

Dicho esto, se hace presente que no se tratará el contenido económico o base de cálculo que regula el artículo 28 ter, toda vez que ello escapa al ámbito del conocimiento sobre el cual versa esta Memoria de Prueba, no siendo posible ni responsable pronunciarse sobre aspectos propios de una ciencia distinta a la jurídica.

a. Del tipo de indemnización.

Tradicionalmente se ha entendido que existen dos tipos de indemnización a favor del sujeto que tenga a su favor un derecho subjetivo que resarcir, la indemnización punitiva y la compensatoria.

En el caso de la indemnización punitiva esta clásicamente ha sido entendida como una sanción que tiene por objeto reprochar al deudor respecto del menoscabo causado, sanciones que por regla general se encuentran tipificadas en los ordenamientos jurídicos, dándoles expresamente ese carácter.

En cambio, la indemnización compensatoria lo que busca es resarcir sólo el daño o menoscabo realmente causado, el que constituye la medida de la indemnización.

Para el caso particular de la indemnización que confiere y regula el artículo 28 ter, esta evidentemente tiene el carácter de compensatoria, toda vez que se lo que se busca con ella lisa y llanamente comprar la obra pública licitada, estableciéndose para ello legalmente los criterios que deben seguirse para determinar el precio.

En este sentido, se pronunció el Ministro de Obras Públicas en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, aportado a la discusión

legislativa respecto de la Ley N°20.410, señalando expresamente que “...una facultad genérica de comprar sólo podría justificarse con compensación plena”

Así las cosas, el propio artículo 28 ter en sus incisos tercero, cuarto y quinto, establecen con plena claridad la intención del legislador:

“El concesionario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de las inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión, excluidos los gastos financieros, llevadas a valor futuro al momento en que se acuerde el pago; su fórmula, componentes y metodología de cálculo serán establecidos en las bases de licitación. A ello se adicionará un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado.

Al monto total del pago acordado, se sumarán los reajustes e intereses correspondientes hasta la fecha en que se haga efectivo este pago.

Para la determinación del valor futuro de las inversiones realizadas se considerará como tasa de descuento, la tasa de costo de capital ponderado relevante para el negocio de acuerdo con los criterios definidos al efecto en las bases de licitación. Para la determinación del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado se utilizará la tasa de descuento

ajustada, de tal forma que considere el riesgo en los flujos futuros inherentes a la concesión y su distribución en el tiempo. El procedimiento a aplicar y la correspondiente fórmula de cálculo se establecerán en las bases de licitación.”

Contenido de compensatorio de la indemnización, es explicado por el Ministro de Obras Públicas en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas sobre la Ley 20.410, que precisa:

“...que se ha intentado generar una compensación no sólo al componente de deuda que efectivamente devenga intereses, sino que al costo de oportunidad del capital que no devenga intereses y que no aparece en las cuentas.”

En este orden de ideas, y grandes rasgos, la indemnización estipulada en el artículo 28 ter comprende las *“inversiones que efectivamente se hayan realizado para la prestación del servicio conforme al contrato de concesión”* más *“un porcentaje del valor presente de los beneficios netos esperados del negocio concesionado, correspondiente a la fracción de la inversión del proyecto realizada por el concesionario hasta la fecha de término anticipado.”*, todo ello con reajustes e intereses a la fecha de pago. Pretendiendo dicha estipulación compensar al concesionario, sin caer en negociaciones particulares, que pueden ser extremadamente onerosas para los recursos fiscales.

b. De la entidad o naturaleza de los perjuicios a indemnizar.

Como ya se señaló, la indemnización contenida en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, pretende en términos del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, compensar la *“ganancia lícita que deja de obtenerse”*⁹⁶

Comprendiendo, en términos de derecho común civil, indemnizar el daño emergente, entendiéndose por tal *“la disminución del patrimonio por la pérdida o detrimentos sufridos”* y el lucro cesante, el que consiste en *“la falta de acrecimiento del patrimonio a causa de haberse frustrado por el hecho dañoso la incorporación a aquél de un valor económico normalmente esperado.”*⁹⁷

En este mismo sentido se han pronunciado los legisladores en la Historia de la Ley N° 20.410, señalando primeramente el Ministro de Obras Públicas en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas que:

“En este tema se discutió latamente cuál es el mecanismo de compensación adecuado y se determinó que se deben pagar todas las inversiones realizadas y

⁹⁶ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo y SOMARRIVA Undurraga, Manuel. 2001. Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo primero. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. pp. 34.

⁹⁷ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo y SOMARRIVA Undurraga, Manuel. 2001. Ibid Cit. pp. 35.

lucro cesante, para no generar un incentivo perverso para que el Estado use este mecanismo para expropiar. Siempre se debe buscar el equilibrio entre contar con una facultad para el Estado para que no sea extorsionado por el privado cuando la obra no sea necesaria, pero al mismo tiempo evitar un incentivo perverso para expropiar o participar en negocios en que el Estado garantiza la rentabilidad sin que el negocio se concrete”⁹⁸

Para más adelante volver a reiterar que es “*obligación del Fisco de pagar todos los costos y lucro cesante...*”⁹⁹

Por su parte Silva Cimma, señala “*que la administración alcanza al daño emergente y el lucro cesante, y su fundamento último radicaría en los principios general del derechos de enriquecimiento sin causa y de equidad natural*”¹⁰⁰

Por lo que, creemos debe considerarse un tema pacífico los rubros de daños que comprende la indemnización a darse por el Fisco producto de la terminación unilateral y anticipada de la concesión. Indemnización de carácter legal y que se entiende parte integrante del contrato de concesión, no procediendo en consecuencia que se indemnicen otros rubros, como daños morales, ya que el Concesionario al momento de determinar sus riesgos y

⁹⁸ Historia de la Ley N° 20.410. Loc. Cit. pp. 299.

⁹⁹ Historia de la Ley N° 20.410. Loc. Cit. pp. 301.

¹⁰⁰ BEMUDEZ SOTO, Jorge. 2011. Op. Cit. Pp. 208.

decidir contratar, aceptó la posibilidad de terminación unilateral y anticipada de la concesión, acordándose en la Bases de la Licitación y convenios complementarios, en caso de que existan, las bases de cálculo de la indemnización que debe pagar el Estado, en caso de ejercer dicha prerrogativa exorbitante.

c. La indemnización compensatoria y el derecho de propiedad.

Un último tema a tratar será si la indemnización compensatoria que prescribe el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones vulnera el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 número 24 de la CPR.

Ello en consideración a que objetivamente puede entenderse como derecho adquirido aquel ingresado en el patrimonio del adjudicatario al momento de perfeccionarse el contrato de concesión de obra pública, y que consiste en todas aquellas ganancias que percibirá con la explotación de la obra.

Derechos que sin duda alguna se ven protegidos por el derecho fundamental de propiedad consagrado en el artículo 19 número 24 de nuestra Carta Fundamental, y que sólo permite extraído del patrimonio del propietario mediante ley.

En este sentido es importante precisar que el artículo 28 ter al establecer el derecho correlativo a la limitación del derecho del concesionario sobre la obra pública adjudicada, consistente en la indemnización de los gastos efectuados y beneficios esperados, está legalmente protegiendo la perturbación del derecho de propiedad.

Lo anterior además encuentra su justificación en la necesidad de la Administración de cumplir con sus cometidos, y es que *“La Administración Pública para lograr sus finalidades, que en general se identifican con la satisfacción de necesidades públicas, cuenta con unos poderes de limitación que normalmente inciden sobre la libertad o patrimonio de los administrados”*¹⁰¹

Razones todas que determinan que el derecho de propiedad del concesionario sobre las ganancias del negocio adjudicado no se vean vulnerados por el precepto legal antes referido, respetándose el equilibrio respecto de las ganancias y riesgos pactados en el contrato de concesión de obra pública entre los contratantes. Considerándose al mismo tiempo la calidad de Administrador, y su función de garante del interés público, de uno de ellos.

¹⁰¹ BERMUDEZ SOTO, Jorge. 2011. Loc. Cit. pp. 469.

CAPÍTULO IV: CONSIDERACIONES FINALES.

Luego de haber abarcado en la introducción de esta tesis un plano general respecto del contrato administrativo, y en particular, el contrato de concesión de obra pública, para posteriormente iniciar, en el primer capítulo de esta Memoria de Prueba, el estudio histórico de la terminación unilateral y anticipada (incluyéndose la extinción de la concesión por interés público), podemos concluir que:

1. Los contratos que celebra la Administración se rigen por el Derecho Público, especialmente por las leyes que regulan los distintos contratos que ella celebra.
2. El contrato de concesión de obra pública es un contrato administrativo.
3. Ha sido una decisión política, proveniente incluso del siglo XIX, el aliarse con privados para la ejecución de obras públicas fiscales, lo que sin embargo no somete a la Administración al régimen regulatorio de los contratos entre particulares.

4. En efecto, el derecho civil y comercial tienen una lógica distinta con principios muy diversos a los históricamente reconocidos para los actos y contratos que dictamina o celebra la Administración Pública.
5. Por ende, la delegación de funciones públicas en particulares mediante contratos de concesión, se debe principalmente a razones políticas, derivadas de la concepción del Rol del Estado que consagra la Constitución del año 1980. En donde el Estado actúa incluso en actividades de interés público sujeto al principio de subsidiariedad.
6. Favoreciéndose en consecuencia la libertad de emprendimiento de los particulares.
7. Otra justificación para celebrar contratos de concesión de obra pública ha sido la necesidad productiva de emplear técnicas de construcción y explotación desarrolladas mayormente en el ámbito empresarial.
8. Siendo también fundamento para la celebración de este tipo de contratos por la Administración, la falta de inversión directa por parte del Estado en la construcción de infraestructura pública. Lo que permite satisfacer la necesidad de contar con infraestructura pública aún cuando no existan los recursos fiscales necesarios para su construcción, reparación o conservación.
9. Dicho esto, los contratos que celebra la Administración Pública tienen como fin la satisfacción del interés público.

10. En el caso de los contratos de concesión de obra pública, el interés público viene determinado tanto por la necesidad de construcción, reparación y conservación de infraestructura pública como por los servicios públicos que en él se prestan.
11. Debiendo el Estado, personificado en el MOP, garantizar y representar dicho interés público tanto en la etapa de construcción como en la de explotación de la concesión.
12. Al ser el contrato de concesión de obra pública un contrato administrativo, el Administrador está investido de facultades o prerrogativas exorbitantes, consistentes en verdaderas potestades públicas.
13. Doctrinalmente se han indicado como prerrogativas exorbitantes el ius variandi, la interpretación por parte de la Administración, la fiscalización y las potestades sancionatorias y la extinción unilateral y anticipada del contrato, las que deben estar estipuladas expresamente en la ley o en el contrato administrativo.
14. En consecuencia, la terminación del contrato de concesión de obra pública es una potestad pública del Estado, motivada por la obligación de la Administración de garantizar el interés público en los contratos que celebre.

15. Mereciendo mayor regulación en la medida en que se han ido utilizando más estos contratos como herramientas para el avance en infraestructura pública sin inversión directa por parte del Estado.
16. En este orden de ideas es verificamos que el Estado desde la dictación del DFL N°591 de 1982, tiene la posibilidad de extinguir el contrato de concesión de obra pública de manera unilateral, ya sea por incumplimiento grave, por la quiebra del concesionario o por el acto del príncipe o interés público, entre otras causales en las bases de la licitación.
17. Al respecto, si bien se han ido eliminado algunas causales extinción anticipada, como por ejemplo la quiebra del concesionario, y aun cuando fue derogado tras nueve años de vigencia el artículo 35 del DFL N°591 de 1982, ya desde la época de su dictación ha existido la posibilidad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato ya sea por incumplimiento grave o por interés público.
18. En este sentido, el artículo 5 letra j de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas o DFL N° 850 de 1998 se presentó como una posibilidad cierta de terminar con una concesión por motivos de interés público siempre y cuando se le resarcieran los perjuicios al concesionario.
19. Ahora bien, la Ley N°20.410 en su artículo 28 ter, delimitó normativa y conceptualmente la terminación de la concesión de obra pública por motivos de interés público.

20. Por tanto, ha existido la terminación por interés público en los contratos administrativos como atribución del MOP con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.410. Sin embargo, esta última Ley, introduce claramente esta prerrogativa exorbitante del MOP, delimitando la aplicación de dicha causal a dos sub causales, que la obra o servicio público sea innecesario para la satisfacción de las necesidades públicas, o que requiera un rediseño o complementación que implique inversiones superiores al 25% del presupuesto oficial de la obra.
21. Mediante dicha Ley se delimita la potestad del Administrador de invocar la causal de extinción por interés público sobreviviente a dos subcausales taxativas, lo que podría eventualmente perjudicar el rol de garante del interés general que debe desempeñar el Estado, en todos aquellos casos que no se subsumen a dichas subcausales y que sin embargo afectan el interés público.
22. Ahora bien, dicha desventaja que a primera vista presenta el artículo 28 ter puede ser superada con una interpretación comprensiva respecto de las funciones públicas concesionadas, como se desarrollará más adelante.
23. Por otra parte, un aspecto positivo de la incorporación del artículo 28 ter a la Ley de Concesiones, es que en él se regulan los procedimientos y efectos derivados de la ejecución de dicha causales, delimitándose con

ello los efectos económicos derivados de la terminación del vínculo jurídico con el concesionario.

24. Dichos efectos económicos consisten a grueso modo en la determinación legal y a priori de todos aquellos componentes que determinarán las bases de cálculo para finalmente establecer un monto a indemnizar, normativa que brinda seguridad jurídica a ambos contratantes, permitiendo por un lado garantizar el derecho del concesionario a mantener la integridad de su patrimonio mediante la compensación económica, y por el otro, resguardar el patrimonio fiscal al evitar que el Estado deba someterse a negociaciones poco ventajosas con el concesionario.

Dicho esto, el objetivo del capítulo dos de esta memoria de prueba fue determinar el sentido y alcance de las subcausales de terminación contenidas en el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, analizando para ello cada uno de las palabras o frases que componen ambas subcausales de terminación contenidas en el artículo 28 ter, tanto desde una perspectiva doctrinaria como a través de la información que nos entrega la historia de la ley, el resto de las normas que contiene la Ley de Concesiones y otras fuentes legales del derecho administrativo chileno, concluyendo al respecto que:

1. La terminación unilateral y anticipada del contrato de concesión de obra pública es una potestad privativa del MOP, quien además es el llamado a calificar si existe el interés público necesario como presupuesto de actuación.
2. El interés público o interés general es un concepto ligado constitucional y doctrinariamente al bienestar general, definiéndose abierta y complementariamente entre el Estado y los agentes sociales.
3. Que por lo mismo el interés público es un concepto variable, debiendo el Estado determinar sus transiciones, y consecuentemente, las modificaciones necesarias en las obras y servicios públicos, para salvaguardarlo.
4. Así también será resorte del MOP el determinar si existe el cambio de circunstancias necesario para invocar alguna de las subcausales que estipula el artículo 28 ter.
5. Por cambio de circunstancias entendemos, todo aquel acontecimiento ajeno a los contratantes y que tenga una entidad tal que haga necesario en pos del interés público, se termine un contrato de concesión que afecte dicho interés general.
6. Respecto de la subcausal que señala se produce una afectación al interés público cuando una obra o servicio se torna innecesaria para la satisfacción de las necesidades públicas. Esta es aplicable tanto

para los servicios públicos que se prestan en la infraestructura pública concesionada, como para la propia obra pública concesionada.

7. Lo anterior, proviene no sólo por expresa disposición legal contenida en los artículos 1 y 28 ter inciso primero de la Ley de Concesiones, sino también en base a la experiencia fáctica que dice relación con que el Estado está concesionando obras públicas que abarcan esencialmente prestaciones de servicios públicos, como por ejemplo cárceles y hospitales, mutando entonces el contenido de los contratos de concesión y adquiriendo cada vez mayor importancia los servicios públicos que se prestan en él.
8. Que así también el concepto de innecesariedad que propone dicha causal debe determinarse por el Estado en función de las necesidades públicas, extendiéndose la noción tanto a casos de inidoneidad como de desuso del servicio o la obra pública. Cuestión que determinará el MOP.
9. Entonces, son las necesidades públicas, definidas para cada caso y determinadas por la Administración, las que condicionan la existencia, forma o extinción de un determinado servicio público asociado a la obra pública, o de una infraestructura pública en cuanto tal.
10. Que al efecto se debe considerar que el artículo 25 inciso final de la Ley de Concesiones contempla la posibilidad de desafectar del sistema de concesiones una determinada infraestructura pública y

sus servicios asociados, ello por interés o conveniencia para el Estado, como por desuso. Por lo cual, si el artículo 28 ter con el vocablo “innecesario” se refiriese únicamente al desuso de la misma, habría empleado dicho término.

11. Por otra parte, la subcausal contenida el artículo 28 ter que requiere para la terminación anticipada y unilateral de la concesión por motivos de interés público, que exista un cambio de circunstancias que haga necesario el rediseño o complementación de la obra, se contempló con miras a cerrar la posibilidad de negociaciones por altas sumas de dinero entre el MOP y el concesionario.
12. Que la necesidad de rediseño o complementación es una atribución del MOP.
13. Que en todo caso, según lo estipulado en el artículo 25 de la Ley de Concesiones, no parece necesario limitar el interés público según los términos del artículo 28 ter a dos subcausales, toda vez que por regla general dicha obra se volverá a licitar.
14. Con todo, resulta claro el sentido y alcance del artículo 28 ter en relación a lo estipulado como hipótesis de actuación para su procedencia.
15. Produciéndose eso sí, una contradicción endémica entre el rol del Estado de garantizar el interés general o colectivo por medio de servicios públicos, con la concesión de los mismos a privados,

quienes legítimamente resguardan en sus negocios su interés particular y no tienen por qué preocuparse de la variación, adaptación o evolución de las necesidades públicas o de interés general que dicho servicio garantiza; cuestión que corresponde al Estado, quien estaría eventualmente impedido de terminar definitivamente con la concesión de la explotación o conservación de una obra pública si no es por los casos que establece el artículo 25 de la Ley de Concesiones. O bien, terminar con la relación particular con el concesionario adjudicado si se cumplen los supuestos del artículo 28 ter, en cuyo caso se volvería a licitar la obra, como a continuación veremos.

El capítulo tercero de esta memoria de prueba se enfocó en desarrollar el procedimiento para invocar e implementar la terminación de la concesión por interés público sobreviniente, analizando también los principales efectos que se producen luego de decretado el término unilateral de la concesión. Concluyendo al respecto:

1. El artículo 28 ter y el Decreto N°215 MOP del año 2010, regulan el procedimiento y formalidades que debe contener el acto administrativo que pone término a la concesión de obra pública.
2. Así también, dichos preceptos legales establecen el procedimiento y formalidades que deben observarse para determinar las bases de

cálculo que contienen los parámetros que se deben observar al momento de determinar el monto a indemnizar, como la fijación definitiva de este último.

3. En este orden de ideas, el artículo 28 ter establece primeramente dos tipos de actos administrativos que se dictarán, uno con el objeto de terminar con la concesión adjudicada o decreto de terminación, y otro que busca resarcir el menoscabo económico causado al concesionario con la terminación anticipada de la concesión, el decreto indemnizatorio.
4. Ambos decretos tienen la naturaleza jurídica de decretos supremos, por lo cual existirán diversos medios para impugnarlos. En efecto, podrá atacarse la validez de cualquiera de los decretos mediante el recurso de nulidad consagrado en el artículo 7 del CPR, como también la acción de nulidad contemplada en el artículo 53 de la LBPA.
5. Otros medios de impugnación que digan relación con el fondo de la pretensión, a saber el contenido indemnizatorio, se sustanciarán primeramente conforme señala el propio artículo 28 ter de la Ley de Concesiones, el cual busca arribar a un acuerdo entre el MOP y el Concesionario respecto de las bases de cálculo y el monto a indemnizar.

6. A falta de acuerdo, el Concesionario podrá recurrir a la Comisión Arbitral regulada por el artículo 36 bis, ello sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales Ordinarios de Justicia.
7. Con respecto a los requisitos necesarios para terminar un contrato de concesión de obra pública, son copulativos, que exista un interés público sobreviniente que resguardar mediante la dictación de la terminación de la concesión. Subsumiéndose dicho interés público a las hipótesis de actuación contenidas en las subcausales reguladas en el artículo 28 ter.
8. Que se solicite un informe al Consejo de Concesiones, el que no tiene el carácter de vinculante.
9. Que el MOP dicte un decreto supremo de terminación, que debe además estar firmado por el Ministro de Hacienda, y que contendrá el plazo y las condiciones en que el concesionario deberá entregar la obra al Ministerio de Obras Públicas.
10. En relación a la indemnización, esta siempre deberá comprender las inversiones efectivamente realizadas y de los beneficios netos esperados del negocio. Pudiendo seguirse la bases de cálculo que al respecto las bases de cálculo estipuladas en el artículo 28 ter o las bases de la licitación.
11. En cuanto al monto definitivo a pagar este será reajutable a la fecha de pago efectivo.

12. Por lo cual el contenido del decreto de indemnización deberá establecer tanto las bases de cálculos empleadas para fijar la indemnización, como el procedimiento empleado para llegar al monto de la indemnización, la forma y oportunidad de pago.
13. En cuanto a las instancias extrajudiciales y judiciales conferidas por el artículo 28 ter al concesionario con el objeto de regular o impugnar el contenido de las bases de cálculo y el monto a indemnizar, sostenemos que la ley se preocupa de que el Concesionario en distintas instancias, primeramente en negociaciones directas y reguladas en el artículo 28 ter inciso séptimo por el legislador, luego ante Panel Técnico y por último en instancia judicial ante la Comisión Arbitral, haga valer sus derechos, resguardando en todo momento su interés.
14. Por otra parte, y en relación a la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo, sostenemos que el concesionario no puede solicitar la nulidad de derecho público únicamente fundamentándola en base a una supuesta desviación de poder consistente en presiones políticas, toda vez que será siempre una decisión política privativa del Estado el terminar anticipadamente por interés público una determinada concesión de obra pública. Siendo evidentemente un ejercicio de política el delimitar el sentido y alcance de la afectación del interés público para cada caso en particular. Lo anterior

sin perjuicio de las hipótesis de actuación contempladas en las subcausales contempladas en el artículo 28 ter, ampliamente tratadas durante el desarrollo de esta Memoria de Prueba.

15. Tampoco será procedente que el concesionario solicite en vía ordinari indemnización de perjuicio para el caso de la terminación unilateral y anticipada de una concesión de obra pública, esto debido a que el propio artículo 28 ter de la Ley de Concesiones contempla el resarcimiento de los perjuicios provocados por la utilización de esta prerrogativa exorbitante por parte de la Administración, estipulando para ello expresamente en el texto legal un justo y racional procedimiento para su determinación, preceptos que además se entienden parte integrante del Contrato suscrito voluntariamente por el Concesionario. No siendo entonces procedente que la indemnización de perjuicios que tenga como acción principal la nulidad del decreto de terminación de la concesión, salvo que dicha nulidad provenga de ilegalidades contenidas en el propio decreto indemnizatorio y que causen perjuicio, de lo contrario existiría un enriquecimiento sin causa, ampliamente repudiado por nuestro ordenamiento jurídico

16. Una vez decretada la terminación de la concesión de obra pública, serán principalmente dos los efectos, primeramente la terminación de la concesión de obra pública, su significado, efectos y alcances, y en

segundo lugar, la naturaleza jurídica de la indemnización proveniente del decreto supremo indemnizatorio ampliamente tratado.

17. En cuanto a los efectos derivados de la subcausal que indica que procederá la terminación del contrato de concesión de obra pública si existe un cambio de circunstancias que haga innecesaria la obra o servicio concesionado para la satisfacción de las necesidades públicas. Volvemos a señalar que dicho supuesto abarca tanto los casos de inidoneidad como de innecesariedad por desuso tanto de la obra como de los servicios públicos que ella se prestan. Lo anterior, se ve reforzado debido a que el propio artículo 28 ter en su inciso décimo primero faculta al MOP para que, una vez decretada la terminación de la concesión, decida si continúa la construcción, conservación, reparación de la obra, o explotación de los servicios asociados a esta, de manera directa (con recursos sectoriales) o de manera indirecta (mediante la relicitación de la concesión). Opción que sería del todo ilógica e inaplicable si interpretásemos restrictivamente la subcausal referida circunscribiéndola simplemente a la hipótesis de desuso, como lo da a entender la Historia de Ley al motivarse en la construcción de la Estación Intermodal Quinta Normal¹⁰².

¹⁰² Ver infra. pp. 92 y siguientes.

18. En cuanto a la causal que prescribe la terminación de la concesión de obra pública en todos aquellos casos es necesario un rediseño o complementación de la obra cuyas inversiones sean superiores al 25% del Presupuesto Oficial de la Obras, es preciso indicar que el artículo 28 ter inciso décimo primero consagra un efecto diverso que para la hipótesis de innecesariedad antes tratada, estableciendo que deberá relicitarse siempre si se quiere continuar con el proyecto dentro de los tres años siguientes contados del decreto de terminación. Lo anterior estimamos, perjudica los intereses públicos toda vez que si el motivo de esta subcausal de terminación es precisamente evitar negociaciones excesivamente onerosas para el Estado, la obligación de relicación podría presentarse como una opción igualmente onerosa según las características del rediseño o complementación, al cerrarse la opción de efectuar directamente con recursos públicos o sectoriales estas últimas. Alternativa que podría presentarse más conveniente para el interés público que garantiza el Estado.

19. En relación a los efectos de la terminación de la concesión de obra pública respecto de terceros, es preciso hacer distinción entre contratistas, acreedores prendarios y el resto de acreedores de la sociedad concesionaria. Respecto de los contratistas, estos se regirán por el contrato suscrito con el Concesionario, el que debe

siempre subsumirse a lo dispuesto en las Bases de la Licitación, acuerdos complementarios y a la Ley de Concesiones. En cuanto a los diversos acreedores, estos se registrarán por el estatuto privado según se estipula expresamente por el artículo 21 de la Ley de Concesiones. Por último, los acreedores prendarios tendrán un crédito privilegiado sobre la indemnización que pagará el MOP al concesionario.

20. Otro efecto es la indemnización que confiere y regula el artículo 28 ter, la que evidentemente tiene el carácter de compensatoria, toda vez que se lo que se busca con ella lisa y llanamente comprar la obra pública licitada, estableciéndose para ello legalmente los criterios que deben seguirse para determinar el precio.

21. Los rubros que cubre la indemnización o entidad de la misma, abarca los menoscabos o detrimentos emergentes como el lucro cesante, de ello se deja expresa constancia en la historia de la ley.¹⁰³ Esta indemnización es de carácter legal y se entiende parte de lo convenido en el contrato por lo que no corresponde solicitar se incluyan en ella otros rubros, como por ejemplo daño moral.

22. Con la terminación del anticipada de la concesión de obra pública, sin duda se ven mermadas algunos derechos incorporales que adquirió el contratante al suscribir el contrato de concesión, sobre los cuales

¹⁰³ Ver infra. pp. 164 y siguientes.

tiene un propiedad. Derecho fundamental que es protegido mediante la indemnización de carácter compensatorio que establece el artículo 28 ter una vez terminado anticipada y unilateralmente la concesión. Esta última disposición legal además se preocupa de respetar el equilibrio respecto de las ganancias y riesgos pactados en el contrato de concesión de obra pública entre los contratantes. Armonizando al mismo tiempo la calidad de Administrador del MOP, y su función de garante del interés público, con los derechos del contratante particular.

Palabras finales.

En suma, el artículo 28 ter de la Ley de Concesiones presenta los siguientes avances:

1. Constituye un avance evidente en cuanto a regulación económica de los contratos de concesión de obra pública.
2. Establece legal e inequívocamente una potestad exorbitante del Estado, reconociendo su superioridad en los contratos administrativos, debido a su rol de garante del interés público.
3. Así también, deja expresamente estipulado que será el MOP en representación del Estado quien determinará finalmente si existe o no

una afectación al interés público. Atribución de carácter privativo del órgano administrador contratante.

4. Otra ventaja es el avance en la regulación del estatuto público, el que, como pudimos notar, se aleja bastante de los fines y lógicas de ejecución del derecho de contratación privado.
5. Por otra parte, es un gran aporte a la seguridad jurídica necesaria en este tipo de negocios de interés público, que exista la posibilidad para el Estado de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de administrativo por razones de interés público sobreviniente, sin que ello le signifique desproporcionados costos de “indemnización” y paralizaciones de las actividades que dicha obra pública garantiza por parte de los Tribunales Ordinarios de Justicia, estableciéndose por ello mecanismos y tribunales especiales con competencia para resguardar los derechos de ambas partes y el interés social.

Por otro lado, estimamos que el artículo 28 ter presenta las siguientes desventajas:

1. Limita innecesariamente a dos hipótesis de actuación la afectación sobreviniente al interés público, lo que se contradice con la necesidad de resguardarlo por parte del Estado.

2. La disposición legal es oscura en cuanto a los efectos de la terminación del contrato, a saber la posibilidad de extraer del ámbito de las concesiones una determinada construcción o explotación de una infraestructura pública.
3. Para el caso de la causal de terminación por rediseño o complementación que requiera inversiones superiores a un 25% del Presupuesto Oficial de la Obra, restringe innecesaria e infructuosamente sus efectos al prohibir el financiamiento del objeto del contrato con fondos fiscales. Que dicho esto, el contrato de concesión de obra pública es principalmente una herramienta de financiamiento, por lo cual es ilógico que se establezca esta prohibición sin que se afecte al interés público.
4. Así también, parece ser contradictorio que el legislador no haya determinado claramente que cuestiones abarca y cuales se entienden ya discutidas en sede judicial especial, en la reserva de conocimiento en caso de controversias en los Tribunales Ordinarios de Justicia.
5. Es también una gran desventaja que la Ley de Concesiones tanto en sus preceptos que regulan la modificación o la terminación por cambios en la obras, ya sea por rediseño o complementación, se preocupe de regular sólo aquellos efectos relacionados con la ampliación u obras adicionales a un proyecto, no contemplándose los casos en que se pueda requerir un rediseño que no signifique

mayores costos sino por el contrario, implique una modificación al contrato de concesión que los abarate. Siempre y cuando con ello se vean satisfechas igualmente o de mejor manera las necesidades públicas.

6. Por último, que la disposición en comento no define, ni su historia de la ley entrega mayor análisis de las palabras o frases que componen, lo que aumenta la posibilidad de litigios en sede ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1984. La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de Justicia. *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, Chile. [Vol. 11], Nº 2-3, mayo-diciembre. pp. 433-448.
2. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1989. Impugnabilidad de los actos administrativos. *Revista Chilena del Derecho*. Santiago, Chile. [Vol. 16], Nº 2, junio-agosto. pp. 455-464.
3. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 1999. *La Constitución en riesgo (sobre la "inconstitucionalidad directa de los Actos de la Administración)*. *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás. Santiago, Chile. Nº 3. pp. 57-72.
4. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 2002. La estabilidad de los contratos administrativos. *Revista Actualidad Jurídica*. Santiago Chile. Nº 6. pp. 191-201.
5. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 2005. Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno. *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás. Santiago, Chile. Nº 15. pp. 149-154.
6. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 2006. De la adjudicación en los contratos administrativos. *Revista Actualidad Jurídica*. Santiago Chile. Nº 15. pp. 171-180.
7. ARÓSTICA MALDONADO, Iván. 2006. Licitación pública: concepto, principios y tramitación. *Revista Actualidad Jurídica*. Santiago Chile. Nº 13. pp. 291-313.
8. ÁVALOS EDUARDO – BUTELER ALFONSO – MASSIMINO LEONARDO. *Contratos Administrativos*. Argentina. [s.a]

9. ÁVALOS, M.G. Manual de Derecho Administrativo. (Dir. Ismael Farrando y Patricia Martínez). Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. [s.a.]
10. AYLWIN AZÓCAR, Arturo. 2000. Notas ilustrativas para el estudio de la función fiscalizadora de la Contraloría General de la República y el Poder Judicial. Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. Santiago, Chile. N° 2. pp. 13-44.
11. BARBE PÉREZ, Héctor.1963. El poder de revocar los actos administrativos. Revista de Derecho Público. Santiago, Chile. N°1. pp. 5-14
12. BARRA, Rodolfo C. 1976. La teoría de la imprevisión y el régimen de los mayores costos en la obra pública. Revista de Derecho Público. Santiago, Chile. N° 19/20. pp. 323-335.
13. BARRA GALLARDO, Nancy. 2003. Consideraciones en torno a la contratación administrativa. Gaceta Jurídica. Santiago, Chile. N° 273. pp. 14-28.
14. BÉCAR LABRAÑA, Emilio. 2012. Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato. Revista Derecho y Humanidades. Santiago, Chile. N°19.
15. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 1996. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile. [Vol. XVII] pp. 275-284.
16. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2005. El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria, Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. [vol. XVIII N° 2] Julio. pp. 83-105.
17. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2010. Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público? Revista de Derecho. [Vol. XXIII] N° 1, julio. Valdivia, Chile. pp. 103-123.

18. BIELSA, Rafael. 1947. Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. Argentina. pp. 152 y siguientes.
19. BON, Pierre. 2005. El régimen de las concesiones administrativas. Revista de Derecho y Administración del Estado. N° 15. pp. 1-16.
20. CALDERA DELGADO, Hugo. Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa. Revista Chilena del Derecho. Santiago, Chile. [Vol. 16] N° 2, junio-agosto. pp. 423-428.
21. CAMACHO CEPEDA, Gladys. 1998. La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión. Gaceta Jurídica. Santiago, Chile. N° 214. pp. 7-16.
22. CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2005. Las directrices constitucionales para la administración pública. Revista de Derecho Público. Santiago, Chile. N° 67. pp. 369-395.
23. CARMONA SANTANDER, Carlos. 2010. Autorestricción en el Tribunal Constitucional Chileno. Revista Derecho y Humanidades. Santiago, Chile. N°16 [v. 2] pp. 75-128.
24. CONCHA MACHUCA, Ricardo. 2013. La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la administración (art. 1545 del Código Civil). Revista Ius et Praxis. Talca, Chile. N°19. pp. 467-476.
25. CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO. 1938. Naturaleza jurídica de las concesiones fiscales. Revista Derecho y Jurisprudencia. tomo XXXV, N° 7/8, septiembre-octubre. Santiago, Chile. pp. 127-140.
26. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. 2010. Las Normas Administrativas Y El Sistema De Fuentes. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Coquimbo, Chile. N° 17-1.
27. CORDERO VEGA, Luis. 2002. Los Particulares como sujetos de derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización. Revista de Derecho Público. N°64. Santiago, Chile. pp. 213-236.

28. CORDERO VEGA, Luis. 2006. Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. Revista de Derecho y Administración del Estado. N° 17. Santiago, Chile. pp. 31-46.
29. CORDERO VEGA, Luis. 2007. La contraloría General de la República y la toma de razón: fundamento de cuatro falacias. Revista de Derecho Público. N°69. [V. 2] pp. 153-166.
30. CORNEJO AGUILERA, Pablo. 2010. Una nueva mirada a las prestaciones mutuas. Revista Derecho y Humanidades. N°16 [v.2] Santiago, Chile. pp.153-170.
31. DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. 2008. Público/Privado en la contratación administrativa. Revista de Derecho Administrativo. N° 2. Santiago, Chile. pp. 57-76.
32. DIEZ SASTRE, Silvia. La tutela de los licitadores en la adjudicación de Contratos Públicos. Editorial Marcial Pons [s.a].
33. ENTEICHE ROSALES, Nicolás. 2012. Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Revista Ius et Praxis. N°18. Santiago, Chile. pp. Página 427-438.
34. FERNÁNDEZ RICHARD, José. 2010. Facultad de los municipios para poner término anticipado a las concesiones que otorga. Revista Derecho Público. N°72. Santiago, Chile. pp. 237-242.
35. FIGUEROA, Juan Eduardo. 2003. Resolución de controversias en la ley de concesiones de obras públicas.
36. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. 2011. Curso de Derecho Civil. Tomo III. Santiago. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
37. GARCÍA MACHMAR, William. 2012. La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. Universidad de Chile. Santiago, Chile. N° 2. pp.61-92.

38. GARCÍA MORALES, Pedro. 1998. Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público. *Revista Chilena de Derecho*. [Vol. 25], N° 1, enero-marzo. Santiago, Chile. pp. 113-138.
39. HUIDOBRO SALAS, Ramón. 1991. El contrato de construcción de obra pública al tenor de la Constitución. *Revista de Derecho Público*. N° 49. Santiago, Chile. pp. 169-175.
40. HUGO MARTINS, Daniel. 2000. Objeto, Contenido y Método del Derecho Administrativo en la Concepción Integral del Mundo del Derecho. Fundación de Cultura Universitaria. Primera Edición. Montevideo, Uruguay.
41. HUDOBRO SALAS, Ramón. 1994. El contrato de obra pública. *Gaceta Jurídica* N°170. Santiago, Chile.
42. JARA SCHNETTLER, Jaime. 2004. La nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia. Editorial Libro Mar. Santiago, Chile.
43. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. 2013. Terminación unilateral de contrato de concesión municipal y reclamo de ilegalidad (Ley N° 18.695, orgánica constitucional de municipalidades) Análisis de Jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica del Norte, Año 20 N° 1. Coquimbo, Chile. pp. 293-307.
44. LAMA ZAROR, Elizabet. 1975. El contrato de obra pública adjudicado por propuesta pública en la legislación chilena. *Revista de Derecho Público*. Santiago, Chile. N° 18. pp. 231-252.
45. LEPE C., Paula. 2007. El sistema de concesión de obras públicas. *Gaceta Jurídica*. N° 323. Santiago, Chile. pp. 7-13.
46. MARÍN VALLEJO, Urbano. 2000. Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos. *Revista de Derecho*. Consejo de Defensa del Estado. N° 2, diciembre. Santiago, Chile. pp. 45-60.

47. MELICH ORSINI, José. 2001. El contrato administrativo en el marco general de la doctrina del contrato. Revista Gobierno y Administración del Estado. Santiago, Chile. Nº 96. pp. 144-153.
48. MORAGA KLENNER, Claudio. 2009. Los contratos administrativos en la doctrina chilena (1895-2009). Derecho Administrativo, cincuenta años de doctrina. Editorial Jurídica de Chile.
49. MORALES ESPINOZA, Baltazar. 1998. Teoría de la imprevisión. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Nº 203. Concepción, Chile. pp. 421-427.
50. MORALES NÚÑEZ, José y VILLAGRA MARTÍNEZ, Marco. 2001. El Contrato de Concesión de Obra Pública. Fundamento de Derecho Administrativo. Gobierno y Administración del Estado. Nº 96. Santiago, Chile. pp. 11-225.
51. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. 2013. Bases constitucionales de la toma de razón y de la Potestad Dictaminante de la Contraloría General de la 97-115.
52. OELCKERS CAMUS, Osvaldo. 1980. Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. [Vol. IV]. Valparaíso, Chile. pp. 179-210.
53. OELCKERS CAMUS, Osvaldo. 1983. Los principios informadores de la contratación administrativa. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. [Vol. VII]. Valparaíso, Chile. pp. 151-164.
54. OELCKERS CAMUS, Osvaldo. 1985. La extinción del contrato administrativo de obra pública. Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. [Vol. IX] Valparaíso, Chile. pp. 209-242.
55. OELCKERS CAMUS, Osvaldo. 1988. La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos. Revista de

- Derecho. Universidad Católica de Valparaíso. [Vol. XII] Valparaíso, Chile. pp. 69-90.
56. OYARZO VERA, Oscar. 2010. El reajuste y el enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. N° 227-228. Concepción, Chile. pp. 71-104.
 57. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 1996. La Administración en participación. El caso del contrato de concesión de obra pública. G.R.M. N° 956. Santiago, Chile. pp. 51-72.
 58. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2002. El concepto de Derecho Administrativo en el Derecho Chileno. Revista de Derecho Público. N°64. Santiago, Chile. pp.189-210.
 59. PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio. 2010. Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República. Revista de Derecho Público. N° 72. Santiago, Chile. pp. 108 – 132.
 60. PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra. 2013. El contrato de concesión de obra pública en la legislación chilena. Análisis constitucional de algunos de sus elementos. Revista de Derecho Público. N° 79. pp. 115-144.
 61. PREUS LAZO, Alejandro. El procedimiento de resolución de controversias en el decreto MOP N°900 en relación al debido proceso. Revista chilena de derecho y ciencia política. [Vol.3] N° 1. Temuco, Chile. pp. 207-226.
 62. RAMIREZ ARRAYAS, José Antonio. 2010. Concesiones de Obras Públicas. Análisis de la institucionalidad chilena. Editorial Abeledo Perrot. Santiago, Chile.
 63. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. 2008. Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. Revista de Derecho Público [Vol. 70] Santiago, Chile. pp.197-213.

64. RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. 2008. Una contraloría General de la República que sirva a todos los chilenos. *Revista de Derecho Público*. N°70. Santiago, Chile. pp. 241-250.
65. RUFIAN LIZANA, Dolores. 1999. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Santiago, Chile.
66. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. 2009. Sobre el concepto de servicio público. *Revista de Derecho Administrativo* N°3. Santiago, Chile. pp. 29-44.
67. SAIGG de PICCIONE, Betty. 1992. *SAIGG de PICCIONE, Betty. Concepto jurídico de servicio público*. Editorial Caiber. Montevideo. Uruguay.
68. SILVA CIMMA, Enrique. 1995. *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
69. SILVA CIMMA, Enrique. 1995. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. Chile.
70. SOTO BERMUDEZ, Jorge. 2011. *Derecho Administrativo General*. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Santiago, Chile.
71. SOTO KLOSS, Eduardo. 1984. Los derechos adquiridos en el derecho público chileno. Réquiem para una inepticia doctrinaria. *Revista Derecho y Jurisprudencia*. tomo LXXI, N° 1, enero-abril. Santiago, Chile. pp.13-23.
72. SOTO KLOSS, Eduardo. 1996. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales. El principio de juridicidad*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
73. VAIXA POBLETE, Juan. 2005. *Actos y contratos administrativos*. Santiago, Chile.
74. VALLE FIGUEIREDO, Lucía. 1979. Licitación y administración indirecta. *Revista de Derecho Público*. N°25. Santiago, Chile. pp. 133-144.

75. VARGAS FRITZ, José Fernando. 1997. La concesión de obras públicas.
76. VERDUGO Marinkovic, Mario y GARCÍA, Barzelatto, Ana María. 2011. Manual de Derecho Político. Sección Cuarta. Las fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos. Tomo II. Eitorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
77. VERGARA BLANCO, Alejandro. 2009. Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo. N° 3. Santiago, Chile.
78. VIÑUELA HOJAS, Mauricio. 2007. El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo. Revista de Derecho Administrativo. N° 1. Santiago, Chile. pp. 39-70.
79. VODANOVIC HURTADO, Antonio. 1997. Manual de Derecho Civil. Parte General y Especial. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile.
80. WEIL, Prosper. 1986. *La crisis del criterio de contrato administrativo*. Revista de Derecho Público N° 39. Santiago, Chile. pp. 163-184.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

1. CÁMARA DE DIPUTADOS. Acta Comisión especial investigadora de las eventuales irregularidades en los proceso de inversión pública en infraestructura hospitalaria. Sección 6°. Celebrada el día 7 de julio de 2014. De 11:00 a 13:00 horas. [en línea] <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=17629&prmTIPO=ACTACOMISIO> N (visitado el día 15 de febrero de 2015).
2. COLOMBIA. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993). Última modificación 12/10/2012. [en línea].

<<http://vlex.com/vid/58472389>> (visitado el 14 de noviembre de 2014)

3. CHILE. Ministerio del Interior. Subsecretaria de Desarrollo Regional y Administrativo. D.F.L N° 1 de 2006. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695. 26 de julio de 2006. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251693>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
4. CHILE. Ministerio del Interior. Subsecretaria del Interior. Ley N° 18.575. Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado. 05 de diciembre de 1986. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
5. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. DS N°900 de 1996. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. 18 de diciembre de 1996. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16121>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
6. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. D.F.L. N° 850 de 1998. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del D.F.L. N°206, de 1960. 25 de febrero de 1998. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=97993>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
7. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Decreto N° 956 de 1999. Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991. 20 de marzo de 1999 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=133948>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).

8. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. Decreto N° 75 de 2004. Reglamento para contratos de obras públicas. 01 de diciembre de 2004. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=233103> > (visitado el día 25 de febrero de 2015).
9. CHILE. Ministerio de Hacienda. Decreto N° 2421 de 1994. Fija texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18995>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
10. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N°19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 23 de mayo de 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
11. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 1992. Ley 19.252. Modifica Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30619&idParte=7190188&idVersion=1993-10-20>> (visitada el 24 de febrero de 2015)
12. DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] < <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=dise%C3%B1o>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
13. DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. [en línea] < <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=AWr5ed9dGDXX2INuZY1h>> (visitado el día 25 de febrero de 2015).
14. HISTORIA DE LA LEY 20.410. [en línea] <catalogo.bcn.cl/ipa20/ipac.jsp?profile=bcn&index=BIB&term=232916> [Consulta 23 de febrero de 2015].
15. PÉREZ ALEGRE, Virginia y SERRANO GARCÍA, Javier. El contrato de concesión de obras públicas. Ley de contratos del sector público (febrero

de 2014). España. [en línea] <<http://vlex.com/vid/519883938>>
(visitado el 12 de noviembre de 2014)

16. URUGUAY. Ley 15.637. Se dictan normas para otorgar concesiones para la Construcción de Obras Públicas. [en línea] <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15637&Anchor=>> (visitado el 14 de noviembre de 2014)