Número 39 – agosto/setembro/outubro - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

LA REGULACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN EL DERECHO CHILENO: ANÁLISIS RETROSPECTIVO Y PROSPECTIVO

Juan Carlos Flores Rivas
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Andrés Bello (Chile)
Universidad de los Andes (Chile)

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país desde la década de 1990 ha crecido gracias a la infraestructura pública, por cuanto se puede decir, con propiedad, que ha sido con la dictación del DS Nº 900, de 1996 que contiene el texto refundido, coordinado y sistimatizado de la Ley de Concesiones que nuestro país sufrió un verdadero hito en materia de infraestructura pública, atendido que una vez dictado dicho cuerpo legal, este se extendió a diversas manifestaciones de la infraestructura pública mediante la participación privada en la gestión pública.

En el presente trabajo efectuaremos un análisis retrospectivo de los principales hitos que han ocurrido en nuestro país, relacionado con la infraestructura pública, dando cuenta de la actual regulación legal de las distintas manifestaciones contractuales en nuestro ordenamiento jurídico.

También, en el presente trabajo se efectuará un análisis prospectivo de la infraestructura pública, y los nuevos desafíos que experimenta el ordenamiento jurídico ante los nuevos acuerdos público-privados en áreas inexploradas, tales como cárceles, hospitales.

II. ANÁLISIS RETROSPECTIVO DE LA INFRAESTRUCTURA EN EL DERECHO CHILENO.

1. Fundamentos jurídicos de la regulación actual de la infraestructura pública en el Derecho Chileno.

Si hacemos un análisis histórico de la infraestructura pública en Chile, lo primero que debemos tener presente es que en 1887 se creó el Ministerio de Industria y Obras Públicas. El mismo cuerpo legal denominó a la autoridad superior del Ministerio como Subsecretario.

El 27 de enero de 1888, fue creada la Dirección General de Obras Públicas, con la misión de estudiar, ejecutar y vigilar todos los trabajos públicos que se emprendan en el país por parte del Gobierno o por particulares. En sus inicios estuvo integrada por las secciones de Ferrocarriles y Telégrafos, Puentes, Caminos y Construcciones Hidráulicas y Arquitectura.

Por su parte, la Ley de Riego de 1914 dio origen a la Oficina de Regadío, antecesora del Departamento de Riego, la Dirección de Riego y la actual Dirección de Obras Hidráulicas. El Cuerpo de Ingenieros, creado en 1842 y dependiente desde entonces del Ministerio del Interior, se incorporó a la Sección Puentes, Caminos y Construcciones. En 1925 se creó el Departamento de Caminos, que emprendió la modificación y pavimentación de rutas como Santiago-Valparaíso y Santiago-San Antonio. Desde agosto de 1953 pasó a ser la Dirección de Vialidad.

La Dirección de Obras Portuarias tuvo su origen en la Comisión de Puertos creada por ley en 1910, la cual en un plazo de dos años debió presentar un plan de mejoramiento de las obras portuarias del país. Esta Comisión derivó en el Departamento de Puertos en 1945 y en la Dirección de Obras Portuarias a partir de 1953.

Mientras, que la Dirección de Aeropuertos, nació en 1964, aunque desde el antiguo Departamento de Caminos se atendió siempre los requerimientos de construcción y mantención de campos aéreos.

Por último, el 3 de agosto de 1953 se creó el Departamento Jurídico que agrupó a los abogados del ministerio, hasta entonces repartidos en distintas secciones, bajo la dirección de un Abogado Jefe. La Ley Orgánica del Ministerio - en 1964 - le otorgó la calidad de Fiscalía.

Los nombres que ha tenido el actual Ministerio de Obras Públicas desde su creación refleja sólo los distintos enfoques que nuestro ordenamiento les ha dado a las manifestaciones de la infraestructura pública. En este sentido, el primer ministerio se denominó de "Industria y Obras Públicas", el cual se transformó en "Industria, Obras Públicas y Ferrocarriles", aglutinando las funciones propias del transporte ferroviario.

Más tarde, el 21 de marzo de 1925, adoptó el de "Obras Públicas, Comercio y Vías de Comunicación". El 3 de octubre de 1927 ante el auge de la actividad de fomento en nuestro ordenamiento jurídico, asumió el nombre de Ministerio de Fomento. En 1953 pasó a llamarse "Obras Públicas" y el 13 de diciembre de 1967, "Obras Públicas y Transportes", para quedar como "Obras Públicas" desde el 8 de julio de 1974 hasta el presente.

Actualmente, la infraestructura pública se encuentra regulada principalmente, aunque no exclusivamente, en el DFL Nº 850 Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que confiere a dicha secretaría de Estado el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales y ser el organismo coordinador de los planes de ejecución de las obras que realicen los Servicios

que lo constituyen y de las demás entidades nacionales con competencias constructivas.

2. órganos administrativos reguladores de la infraestructura pública.

a) Ministerio de Obras Públicas

De conformidad con el artículo 1° del DFL N° 850 Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, las potestades de planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales fueron radicadas por el legislador en manos del Ministerio de Obras Públicas. Adicionalmente, el mismo cuerpo legal entrega a dicha secretaría de Estado las funciones de coordinación de las obras públicas a nivel nacional, señalando que aquellos Ministerio que por ley tengan facultad para construir obras, y las municipalidades podrán encomendar al Ministerio de Obras Públicas su proyección, construcción, ampliación y reparación conviniendo las condiciones y modalidades.

b) Municipalidades.

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades establece que corresponde a las municipalidades aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo. (Art. 3°, letra e), Ley N° 18.695).

Asimismo, a las municipalidades corresponde –en forma concurrente con otros órganos de la Administración del Estado- la urbanización y vialidad urbana y rural, y la construcción de viviendas sociales e infraestructuras sanitarias dentro de la respectiva comuna.

Para dar cumplimiento a dichos cometidos, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades entrega a dicho entes locales, la administración de los bienes municipales y los bienes nacionales de uso público, incluido el subsuelo, salvo que dichos bienes en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.

En el mismo sentido, con el objeto de cumplir con la función de administrar los bienes nacionales, de obtener bienes inmuebles necesarios para la satisfacción de las necesidades públicas en forma regular y continua, y de dar cumplimiento a las normas de planificación urbana, el legislador permite que las municipalidades puedan ejercer la potestad expropiatoria para adquirir bienes raíces, los cuales se declaran de utilidad pública y quedan destinados a vías locales y de servicios y a plazas previamente definidas.

Sin perjuicio de lo anterior, las municipalidades mediante un ente desconcentrado denominado Dirección de Obras Municipales cumplen funciones de planificación, autorización, seguimiento e incluso de recepción de todas las obras de infraestructura existentes en la comuna, sea en una faceta inicial, sea en algunas de sus modificaciones.

De este modo, le corresponde a la Dirección de Obras Municipales, de conformidad con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Municipalidades velar por las disposiciones de la Ley de General de Urbanismo y Construcciones, de los planes
reguladores comunales y de sus respectivas ordenanzas en materias relacionadas con dar aprobación a los anteproyectos y proyectos de obras de urbanización y edificación y otorgar los permisos correspondientes, previa verificación de que éstos cumplen con los aspectos a revisar de acuerdo a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Adicionalmente, a las municipalidades les corresponde fiscalizar la ejecución de las obras hasta el momento de su recepción, así como recibir las obras, autorizar su uso. En este sentido, sus competencias alcanzan tanto las construcciones privadas como a la infraestructura pública, y de este modo, las municipalidades deben dirigir las construcciones que sean de responsabilidad municipal, sean ejecutadas directamente o a través de terceros.

c) Servicios de Vivienda y Urbanización.

Los Servicios de Vivienda y Urbanización que se constituyen de conformidad con el Decreto Supremo N° 355 de Vivienda y Urbanismo, como como instituciones autónomas del Estado, relacionadas con el Gobierno a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio distinto del Fisco, y de duración indefinida, y que tienen entre sus funciones ejecutar urbanizaciones, proyectar y llevar a cabo remodelaciones, construir viviendas individuales, poblaciones, conjuntos habitacionales y barrios, obras de equipamiento comunitario, formación de áreas verdes y parques industriales, vías y obras de infraestructura. De este modo, los Servicios de Vivienda y Urbanización podrán realizar en terrenos particulares los estudios y trabajos necesarios para la confección de los proyectos de construcción de obras a su cargo.

3. Acuerdos públicos-privados presente en la infraestructura pública.

a) Generalidades

Ahora bien, con independencia de las funciones que ostente cada órgano público respecto de los bienes fiscales o bienes nacionales de uso público dentro del marco en que se desarrolle la infraestructura pública, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la provisión de la infraestructura pública se puede efectuar mediante la acción directa de la Administración del Estado o a través de la celebración de acuerdos público-privados propios de la actividad contractual del Estado.

De este modo, nuestro ordenamiento jurídico permite que la provisión de la infraestructura pública se efectué por la vía de contratos administrativos suscritos con entes privados. En este sentido, el Ministerio de Obras Públicas en virtud de los artículos 86 y 87 de su ley orgánica puede acudir al contrato administrativo, sea contrato de construcción de obra pública en sus distintas

manifestaciones, sea contrato de concesión de obra pública. Asimismo, las municipalidades pueden acudir a construir obras públicas municipales mediante la suscripción de contratos administrativos con terceros, de conformidad con el artículo 26, letra f) de su Ley Orgánica Constitucional.

Por otro lado, la técnica contractual no sólo se limita a la provisión o construcción de la infraestructura pública, sino también a la reparación, mantención y mejoramiento, así como la explotación de la misma mediante contrato de contrato de concesión.

En este sentido, el Ministerio de Obras Públicas en virtud de artículo 87 del DFL N° 850 de 1998, puede ejecutar las obras públicas fiscales mediante contratos adjudicados en licitación nacional o internacional, teniendo presente siempre la seguridad nacional, mediante la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios. Del mismo modo, se puede otorgar en concesión para los efectos de la reparación o mantención de las obras públicas fiscales, así como se puede concesionar la explotación de obras que incluyan reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes con la finalidad de obtener fondos para la construcción de nuevas obras.

Cabe señalar, que la concesión de construcción, reparación, mantención o ampliación de las obras públicas fiscales se efectúa de conformidad con el DS N° 900, del 1996 del Ministerio de Obras Públicas que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones, debiendo cumplir el concesionario con la obligación, durante toda la vigencia de la concesión, de mantener los niveles de los servicios y los estándares técnicos, a fin de prestar el servicio concesionario en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que origen molestias o que afecten la debida continuidad del servicio.

Por otro lado, en materia municipal el legislador en el artículo 36 permite que las municipalidades puedan acudir a la concesión de los bienes nacionales de uso público o los bienes municipales, incluido el subsuelo, confiriéndole al concesionario el derecho al uso preferente del bien concedido en las condiciones que fije la municipalidad.

b) El contrato administrativo en la infraestructura pública.

La Administración del Estado para satisfacer las necesidades de la comunidad acude en forma permanente a distintos modos de actuación, entre los cuales destaca la actividad material y sobre todo, la actividad jurídica. Esta última forma de actuación se caracteriza por aglutinar declaraciones conjuntas o concertadas de voluntad, denominados generalmente como actividad contractual de la Administración, esto es, declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración, sino del concurso de la voluntad de ésta y de la voluntad propia de otro sujeto de derecho[1].

De este modo, se considera el contrato administrativo como una manifestación propia del Estado cooperador, que incentiva o entusiasma a los

[1] Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, 2ª edic., Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 193.

particulares para que colaboren en el cumplimiento de la función administrativa[2].

El pacto o el acuerdo hacen referencia a una *Administración concertada,* es decir, a aquella que *renuncia a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes, para convenir con los privados la forma e intensidad de su aplicación concreta*, de manera de ganar a cambio una mayor colaboración de los privados y, por lo mismo, más efectividad y eficiencia en el cumplimiento de las funciones administrativas.

De este modo, mediante el contrato administrativo se produce una especie de transferencia del ejercicio de funciones públicas hacia los privados, por cuanto la Administración prescinde de desarrollar determinada actividad –que le es propia- y la cede, transfiere o encarga a un privado, que ejecuta la obra, presta el servicio o realiza la actividad encomendada, por un tiempo y por un precio determinado, con cargo a entregar o restituir la obra, servicio o actividad al órgano mandante[3].

No obstante los problemas jurídicos que existen para configurar el contrato administrativo como una vía legítima que tiene el Estado para cumplir con la función administrativa, han sido los cambios tecnológicos, sociales y económicos, y la falta de modernización del Estado, que han gatillado la necesidad estatal de acudir al contrato administrativo, y específicamente, a la colaboración público-privada para satisfacer las necesidades colectivas en forma regular y continúa mediante obras y servicios públicos modernos, v. gr., autopistas concesionadas, túneles, hospitales.

Como se aprecia, la idea de la asociación público-privada trasciende el principio de subsidiariedad para abarcar, también, la necesidad de implementar instancias de colaboración entre los sectores públicos y privados, a todo nivel: en el gobierno nacional, regional y local, y en los sectores privados representados por asociaciones nacionales, regionales y locales.

En el caso de la provisión de la infraestructura pública, como hemos adelantado, ésta puede ser provista por el Estado directamente mediante sus servicios públicos dependientes o relacionados, o en forma indirecta, mediante la intervención del sector privado en la gestión del servicio manteniendo el Estado la titularidad del mismo[4].

Siguiendo este planteamiento podemos, señalar que en materia de infraestructura pública el Estado acude principalmente a la contratación privada, por cuanto, a pesar que el Estado busque la gestión directa de la infraestructura pública en la práctica se torna inviable que el Estado tenga organismos empresariales en este rubro, condicionado a los avatares del mercado. Por ende, necesariamente la Administración Pública debe acudir a empresas privadas de naturaleza constructoras para poder proveer

---

[2] Moraga Klenner, Claudio, *La actividad formal de la Administración del Estado*, en Pantoja Bauzá, Rolando (Coord.) Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, t. VII, p. 279.

[3] Aróstica Maldonado, Iván, "Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad", en *Revista de Derecho Público*, Nº 55-56 (1994), pp. 144-145.

[4] Rufián Lizana, Dolores, *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 11.

adecuadamente la infraestructura necesaria para el funcionamiento del país, en distintas materias, tales como vialidad, servicios penitenciarios u hospitalarios.

En este contexto, consideramos adecuado efectuar un breve análisis de los principales contratos administrativos mediante los cuales la Administración del Estado provee de infraestructura pública en nuestro ordenamiento jurídico, así como aquellos contratos mediante los cuales los privados participan de la explotación de las obras públicas bajo un régimen jurídico de orden público-privado.

3.1. Contrato de construcción de obra pública.

Una de las vías más tradicionales de explotación de la infraestructura pública en el Derecho chileno, se manifiesta en el contrato de construcción de obra pública, que es aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación o conservación de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen obras públicas por cuenta de la Administración a cambio de un precio.

Según el Reglamento para Contratos de Obras Públicas contenido en el DS N° 75 del 2004, del Ministerio de Obras Públicas, el contrato de obra pública constituye:

"*un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de los edificios patrimoniales*"[5].

Este contrato se caracteriza porque en su esencia se configura como una *locatio operis*, es decir, la construcción de una obra pública a cambio de un precio determinado, asimilándose al contrato de arrendamiento de obra regulado en el artículo 1.996 del Código Civil, quedado sujeto en razón de una finalidad pública determinada, a un régimen específico de prerrogativas exorbitantes en manos del Estado, y por otro lado, desde la óptica del contratante privado a un régimen de riesgo y ventura[6].

Nuestro Código se refiere a él integrándolo a la disciplina del arrendamiento para la confección de una obra material (párrafo 8°m Tit. XXVI, art. 1.915 del C. Civ.) Aunque escasamente sólo dos artículos (2003 y 2004) se refieren a la construcción de edificio.

Tomando como idea inicial los elementos que aportan la definición del arrendamiento, se le ha definido como *"aquel en que las dos partes se obligan recíprocamente la una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado" o más recientemente como:*

"aquel en que una parte se obliga, mediante un precio convenido, a materializar en un terreno un proyecto determinado, de cualquier obra de arquitectura"[7]. Dentro de este último concepto de "obra de arquitectura",

[5] Artículo 4 N° 15 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N° 75-2004 del Ministerio de Obras Públicas. Publicado en el Diario Oficial el 1 de Diciembre de 2004.
[6] Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Actos, Contratos y Bienes. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 183.
[7] Jorge Prat Echaurren, Nociones sobre el Contrato de Construcción Privada, Memoria de Prueba (Santiago, 1940), pág. 5.- Vid. también Alberto Pulido Morgan, "Los créditos

quedan englobados tanto la construcción como las labores de refacción de la obra relativas a edificios, puentes y caminos.

Trasladando este criterio de delimitación a nuestro medio, el contrato privado de ejecución de obra se rige principalmente por las estipulaciones de las partes y en los preceptos que supletoriamente establece el Código Civil.

El contrato de obra pública, en cambio, entendiendo por tal aquel *"inmueble construido por el Estado, directamente o en virtud de un contrato, cuya finalidad es propender al bien público"*[8], está regido por normas administrativas que sectorialmente se han ocupado de regulación (Obra Públicas y Viviendas), siendo el principal cuerpo que regula la materia el Decreto Supremo reglamentario N°75 del Ministerio de Obras Públicas.

En síntesis, de modo general podemos señalar que el contrato de construcción será:

"aquel en que una de las partes, denominada comitente o dueño de la obra, encarga a la otra, denominada contratista o constructor, la construcción de una obra determinado con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto".

Estos contratos se suelen clasifican en:

A. Contrato para la construcción de obra material, por suma alzada.
B. Por precios unitarios o determinado por unidades.
C. Contrato arrendamiento de servicios o por administración delegada.

A. Contrato de construcción a suma alzada.

Bajo esta modalidad, el constructor, contratista o empresario, dirige, ejecuta y administra la obra hasta su total terminación por un precio cierto, global y único aportando el trabajo y los materiales. El precio convenido con el mandante o comitente o con el propietario del terreno que encomienda la ejecución de la obra, se mantendrá invariable[9] o inamovible (art. 4°, N° 27 del D.S. N°15 de M.O.P.) salvo que se establezca una cláusula de revisión de precios o que se introduzca obras extraordinarias o bien reformas o modificaciones introducidas por el propietario en el proyecto que impliquen un aumento o disminución de la obra, en cuyo caso el precio será renegociable.

---

refaccionarios en la ley de quiebras", Revista de Derecho y Jurisprudencia T. LIX Primera Parte, pp. 80-109.

[8] Vid. Ramón Huidobro Salas "El Contrato de Construcción de Obra Pública", Revista Gaceta Jurídica, N° 170, año 1994, pp. 20-30.

[9] Con respecto al estudio de la cláusula "rebus sic stantibus" en relación a la revisión del precio, parece interesante colacionar la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de España de 15 de Febrero de 1978, citada, citado por Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, *Derecho de la Construcción*, Comares, 2010, p. 57 "*Considerando: Que en cuanto a la aplicación de las citadas cláusulas de revisión de los contratos fundadas en circunstancias posteriores al contrato que influyen de modo sensible en el equilibrio de las prestaciones, se han elaborado por la doctrina científica diversas teorías para justificar que el principio de irrevocabilidad o inmodificación del contrato no es absoluto, teorías que basadas, bien en la presuposición de la base del negocio, en la equivalencia de las prestaciones en la propia causa del mismo, en el riesgo imprevisible, en la buena fe y equidad, en el abuso del Derecho o en el enriquecimiento injusto, no han sido ajenas a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo".*

Por lo general, la revisión del precio dependerá, del tiempo transcurrido desde el inicio de la obra y de la incidencia que pueda revestir en el monto total.

La ventaja para el comitente es manifiesta ya que conoce en forma anticipada el precio final de la obra, por este motivo, el contratista o constructor debe prever inicialmente y en forma realista sus precios en función del riesgo que acepta asumir, y de la realidad del mercado, particularmente en períodos de inflación.

Presenta interés esta modalidad por cuanto en ella se advierte con nitidez que el contratista se obliga respecto del comitente o propietario a la obtención del resultado proyectado al que se debe encaminar toda su actividad[10] .

Se trata de un arrendamiento de obra que podría aproximarse por sus caracteres a la compraventa de cosas futuras. Lo esencial para ser fieles a la distinción entre la obligación de medio y de resultados- radica en la obra ejecutada por el contratista a cambio de un precio cierto y en principio irrevocable, la cual debe ser aprobada y recibida conforme por el comitente al momento de su terminación.

B. Contrato de construcción pactado a una serie por precios unitarios o determinado por unidades.

Bajo esta modalidad, los precios se descomponen[11] y no existe un precio global si no una suma de precios en función que las unidades de obras o trabajos efectuados.

Se trata de un contrato en que el comitente o mandante convienen con el constructor precios unitarios por volúmenes de obras, cuando no se conoce con exactitud o no se puede calcular en forma anticipada, salvo que existan largos estudios previos, la cantidad probable de todas ellas.

Presenta como ventaja para el mandante o comitente que puede contratar la realización de una obra sin tener la necesidad de contar y proporcionarle al contratista todos los antecedentes por ejemplo, de estudios de mecánica de suelo y de subsuelo. Esta mayor flexibilidad permite tomar decisiones en el camino sobre la base de precios unitarios que ya son conocidos.

El constructor sabe que recibirá en abono de su trabajo un precio en armonía con el presupuesto y tipo de trabajo ejecutado cuya naturaleza es conocida más no su cantidad.

C. Contrato de arrendamiento de servicios.

---

[10] Miguel del Arco Torres- Manuel Pons González, *Derecho de la Construcción*, Comares, 2010, p. 23. "*La doctrina es casi unánime en puntualizar que, la distinción entre estos dos contratos, la diferencia esencial entre el arrendamiento de servicios y el de obra (llamado también contrato de empresa), radica en que, la prestación está constituida por el servicio en sí, mientras que en éste la prestación está representada por el "resultado", sin que importen para nada las horas de trabajo, es decir, el servicio".*

[11] El Código Civil en su art. 1.821 y el Código de Comercio en su art. 143 N°3 se refieren a la hipótesis de venta de cosas con precio ajustado por "peso, cuenta o medida".

Son muchas las ocasiones en que en materia de construcción esta presente el arrendamiento de servicios. En la confección del proyecto arquitectónico, en la ingeniería de cálculos, en la dirección e inspección técnica de la construcción y en los subcontratos a que da lugar, en todos ellos que requieren conocimientos especializados que suponen largos estudios que conforme a las normas del art. 2.118 quedan sujetos a las reglas del mandato y a las normas que regulan el arrendamiento de servicios materiales[12].

En este esquema el propietario encarga a la empresa constructora, quien acepta, la dirección, administración y ejecución de la construcción de una obra, de modo que el costo total y efectivo de la construcción es de cargo exclusivo del propietario y la empresa constructora solo recibe un honorario por la dirección, administración de la obra que normalmente se concreta en un porcentaje sobre el costo efectivo de la obra o en un monto fijo determinado.

Algunos autores han afirmado que, en rigor, aquí no existe contrato de construcción desde el momento en que el mandante o comitente o propietario del terreno actúa también como empresario aceptando los riesgos del financiamiento del proyecto, los costos de construcción de la obra y los materiales contratados ya sea en forma directa o bien actuando el contratista por cuenta y a nombre suyo, como sucede, por ejemplo con los contratos celebrados con los distintos proveedores de materiales.

La gestión del contratista se endereza hacia un arrendamiento de servicios- obligación de medio- y recae específicamente sobre su trabajo de dirección, coordinación y fiscalización de la construcción, actividad o servicio que aparece como medio de consecución de resultado útil final.

Se trata, como dijimos de una obligación de medio en la que cobra relieve la calidad, cantidad y duración de los mismos a diferencia del contrato de arrendamiento de obra en que el resultado es decir la obra ejecutada y convenida está siempre presente y en función del cual se concierta el precio.

Los plazos de ejecución de la obra están afectos a un sistema de premio, incentivos y multas.

Naturalmente, este tipo de contrato es el que menos riegos tiene para el empresario de la construcción pero es el que menos estimula su productividad e inventiva. Se ocupa normalmente, cuando no se conoce siquiera la naturaleza de las obras a ejecutar por no tener los proyectos terminados o solos se pueden terminar después de un tiempo.

3.2. Contrato de concesión de obra pública.

El DFL N° 850 de 25 de febrero de 1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964 y del DFL N° 206 de 1960, establece como una actividad de monopolio estatal el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales, correspondiéndole al Ministerio de

[12] Según Miguel de Arco Torres- Manuel Pons González, Derecho de la Construcción, Comares, 2010, p. 112: "*Por algunos tratadistas se califica de contrato mixto: de mandato y de obra. De mandato, en cuanto el contratista adquiere los materiales y contrata la mano de obra por cuenta del comitente; ya lo haga en nombre propio o en nombre de su mandante. Y de obra, en lo que se refiere a la ejecución por el constructor de los trabajos que le son propios*".

Obras Públicas dictar las normas técnicas y administrativas generales que rijan los trabajos de obras públicas, otorgar las concesiones de uso o goce sobre los bienes nacionales de uso público o fiscales cuya administración corresponda a dicha secretaría de Estado[13], de conformidad con el Decreto con Fuerza de Ley respectivo que dicte el Presidente de la República. (Arts. 1°, 5°, letras c) e i).

Generalmente, el legislador acude a la técnica concesional para que la Administración llame, convoque o invite a participar a un particular como colaborador en las labores de provisión de obras públicas, con el objeto de satisfacer necesidades de bien común[14], produciéndose, una asociación equilibrada entre el Estado y el sector privado[15], a través de la figura de la concesión administrativa.

Es sabido que, la concesión de obra pública es de aquellos contratos administrativos[16] que amplían el espectro patrimonial de los particulares

---

[13] En cuanto a la titularidad de los bienes públicos por parte de la Administración del Estado, Montt señala que, es una condición *sine qua non* para poder hablar de dominio público, en consecuencia, los privados no pueden ser titulares de bienes públicos, cuestión que si es aceptada en otros ordenamientos. En efecto, señala Montt que, *"(…) olvidan la esencia propia del dominio público en tanto institución original, que exige como requisito sine qua non y no como un accidente positivo, que la titularidad corresponda a una Administración Pública"*. MONTT OYARZÚN, Santiago, *El Dominio Público* (Santiago, LexisNexis, 2002), p. 138.

[14] En este sentido, se señala que, *"(…) no se trata aquí de una concesión entendida con los criterios de la decisión unilateral administrativa, en que hay un beneficio directo y exclusivo únicamente para quien recibe la concesión, a raíz de lo cual surge la obligación de satisfacer el pago de los derechos que esa posición preferente sobre un bien o establecimiento público irroga a su titular, sino de un genuino acuerdo de voluntades en que la Administración obtiene de la otra parte la prestación o ejecución de un servicio de interés general, obligándose, a cambio de ello, a remunerar tal servicio con la concesión de la explotación del bien construido"*. VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *El Contrato de Concesión de Obra Pública. Una Ratificación Legislativa de la Vigencia en Chile de las Categorías Conceptuales del Contrato Administrativo*, ahora, en CASSAGNE, Juan Carlos – RIVERO YSERN, Enrique (dirección), *La Contratación Pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 390-391. En el mismo sentido, Vargas Fritz señala que, *"(…) no debe perderse de vista el hecho que el particular concesionario está desarrollando una actividad de interés público, con lo que aún cuando ésta tenga un contenido patrimonial no se le puede equiparar absolutamente, por ello, a un negocio de carácter privado, a una mera empresa industrial, aún cuando sea el ánimo de lucro y la perspectiva de una ganancia la causa de su actuación".* VARGAS FRITZ, José Fernando, *La Concesión de Obras Públicas* (Santiago, Editorial La Ley, 1997), p. 24.

[15] La doctrina ha sido enfática en señalar que, la oferta de bienes de infraestructura de uso público se apoya hoy más en las mejores capacidades del sector privado para su administración e inversión que en los antiguos e ineficientes servicios estatales que proporcionaban estos bienes. Nada justifica que el Estado sea el proveedor de la infraestructura del uso público cuando el sector privado puede hacerlo mejor. Cfr., GARCÍA MORALES, Pedro, *Marco Legal de las Concesiones de Infraestructura de Uso Público*, en *Revista Chilena de Derecho* 25 (1998) 1, p. 114. En el mismo sentido, Aróstica funda el régimen concesional en las perniciosas consecuencias de la falta de comunicación expedita a raíz de la insuficiente inversión fiscal, en desmedro del bien común, y los no pocos accidentes ocurridos en las deterioradas vías estatales, que fueron los detonantes que condujeron a implementar esta nueva fórmula concesional. Aróstica Maldonado, Iván, *Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno*, en *Ius Publicum*, 15 (2005). p. 149.

[16] Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (6ª edición, Madrid, Civitas, 1993), I, pp. 696-697.

contratantes creando originariamente derechos que antes no tenían, ya que se encontraban monopolizados en el Estado, a raíz de una declaración constitucional o legal de publificación o "*publicatio*" de un sector o una actividad determinada[17]. En consecuencia, el concesionario adquiere, "*ex novo*" o por primera vez, un derecho que antes no tenía ni formaba parte de su patrimonio, por ende, la concesión crea a favor de un particular una capacidad o derecho nuevo o transfiere al particular un derecho que es propio del Estado y del que el particular carecía totalmente[18].

Cabe señalar que el sustento normativo directo de la concesión de obra pública, se encuentra en el Título VII, del DFL N° 850, bajo el epígrafe, *"De la ejecución de las obras"*, específicamente en el artículo 87, el cual regula la ejecución o construcción de las obras públicas fiscales, la reparación o mantención de las mismas, así como, la respectiva explotación, mediante un contrato adjudicado en licitación a cambio de la concesión temporal de la obra para su explotación. A su vez, el artículo 88 del mismo cuerpo legal consigna que la ejecución, reparación o conservación de las obras públicas fiscales desarrolladas por medio del sistema de concesiones, sea que se trate de la explotación de las obras o servicios propiamente tales, sea respecto del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios que se convengan, se regirán por el DS N° 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, su reglamento y las bases de licitación de cada contrato en particular que se elaboren al efecto. Cabe hacer presente que, el DS N° 900, fue recientemente modificado por la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010, en diversos aspectos, entre ellos, se creó una nueva institucionalidad de resolución de controversias en materia de concesiones de obras públicas.

En cuanto al contenido del DS N° 900 de 1996, es importante tener presente las siguientes materias:

3.2.1. Financiamiento estatal de la concesión.

Las concesiones administrativas de bienes o servicios públicos a nivel nacional se financian por dos vías, subvenciones (subsidios) y peaje. Respecto de las subvenciones, en la etapa de licitación, el artículo 7° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece que la licitación de la obra materia del contrato se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, tomando como referencia uno o más de los factores de licitación previstos en las bases respectivas. Entre los factores de licitación destacan la estructura tarifaria (art. 7°, a.), los subsidios del Estado al oferente (art. 7°, c.), y el ingreso mínimo garantizado (art. 7°, e.).

En la etapa de ejecución del contrato, la subvención se encuentra regulada en al menos tres aspectos. En primer lugar, en el artículo 11 del DS

[17] Soto Kloss, estima que el término concesión lleva consigo cierta carga semántica de gracia, merced o don, esto es, algo que se da graciosamente y por liberalidad de quien lo otorga. Adicionalmente, señala dicho autor que cuando, este término –concesión-, se traslada al derecho, y cuyo estudio, y ciencia que comporta, posee una terminología propia, técnica y especializada, adopta una significación específica con caracteres muy típicos. Cfr., SOTO KLOSS, Eduardo, *La Concesión de Servicio Público. Notas para una Precisión Conceptual en el Derecho Chileno*, en *Ius Publicum* 9 (2002), p. 111.

[18] Cfr., CEA EGAÑA, José Luis, *Variación del Estatuto del Dominio sobre Concesiones de Radiodifusión Televisiva*, en *Revista Chilena de Derecho* 18 (1991) 3, p. 485.

N° 900 de 1996 como parte del régimen de remuneraciones del contrato de concesión, señalando que el concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidios convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados[19].

En segundo lugar, el artículo 19 del mismo Decreto Supremo, modificado expresamente por el artículo 1 N° 7 de la Ley N° 20.410 de 2010, regula la subvención como uno de los mecanismos de compensación de carácter económico del Estado hacia el concesionario frente a actos sobrevinientes de la autoridad dotada con potestades públicas que así lo justifiquen, exigiendo el cumplimiento copulativo de los siguientes requisitos:

(i) que el acto se produzca con posterioridad a la adjudicación del contrato;

(ii) que el acto no haya podido ser previsto al tiempo de su adjudicación por las partes;

(iii) que el acto no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales que exceda el ámbito de la industria de la concesión; y

(iv) que el acto altere significativamente el régimen económico del contrato.

En tercer lugar, el mismo precepto legal en conjunto con el artículo 20 del DS N° 900, también modificado por la Ley N° 20.410 de 2010, regulan la subvención como uno de los mecanismos de compensación a que acude el Ministerio de Obras Públicas para cubrir las inversiones adicionales o extraordinarias en que incurra el concesionario por las modificaciones, unilaterales o convencionales a las características de las obras y de los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles del servicio y los estándares técnicos establecidos en las bases de licitación.

Como se puede apreciar, el legislador para regular detalladamente la subvención se remite, casi en forma íntegra a los contratos, y más específicamente, a las bases de licitación elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas, advirtiéndose cierta flexibilidad legal, en el sistema de otorgamiento, de fiscalización y de reintegro de dichos recursos fiscales.

Tanto la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su reglamento, así como, las bases de licitación se refieren, generalmente, a dos tipos de técnicas de financiamiento estatal; los ingresos mínimos garantizados y los subsidios convenidos. Sólo, en casos excepcionales, dichos cuerpos normativos hacen referencia a la subvención como técnica de fomento administrativo.

a. Los ingresos mínimos en el contrato de concesión de obra pública.

[19] Los conceptos de “precio” y “tarifa” son definidos por el artículo 3 N° 20 y N° 30, respectivamente, del reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas contenido en el DS MOP N° 956 de 6 de octubre de 1997, modificado por el DS MOP N° 215 de 26 de abril de 2010 que entiende por “precio” la contraprestación, que paga el usuario de los servicios complementarios o de otros servicios de similar naturaleza que preste el concesionario en virtud del contrato de concesión, es decir, por servicios adicionales, útiles y necesarios, v. gr., puesto de venta en ruta. Mientras que, la “tarifa” se define como la contraprestación del servicio básico prestado por el concesionario, regulado en el contrato de concesión, es decir, el pago por aquellos servicios que comprenden el objeto específico de la concesión y que sean calificados como imprescindibles. Cabe hacer presente que, el término subsidio no es definido por dicho reglamento.

Los ingresos mínimos garantizados tienen un origen bastante remoto, son precisamente uno de los mecanismos a que han acudido distintos ordenamientos jurídicos con el objetivo de incentivar la construcción y provisión de obras públicas, en forma directa o a través del sistema de concesiones administrativas.

Nieves Borrego señala, que el poder público ha utilizado históricamente la subvención en el contrato de concesión como una técnica de fomento, de manera sistemática, con la finalidad primordial de atender y financiar obras públicas de gran envergadura, denominándose a dicho fenómeno como concesiones subvencionadas[20]. Marienhoff divide las ayudas del Estado hacia el concesionario, en subvenciones propiamente tales y en garantías mínimas, sin perjuicio de las remuneraciones que perciba en el contrato de concesión a través de las tarifas cobradas a los usuarios[21].

Sayagués Laso habla de las subvenciones al analizar el tema de la concesión de servicio público, específicamente las cláusulas mediante las cuales el Estado incentiva a los particulares a participar en el sistema de concesiones, pro cuanto, la ejecución de servicios públicos implica el desembolso de capitales generalmente cuantiosos, para lo cual, es necesario asegurarle al concesionario cierta estabilidad en el resultado financiero de la explotación, y esta finalidad se logra de diversas maneras. Por un lado, con la fijación de un plazo razonable para la concesión. Por otro lado, suelen estipularse cláusulas de contenido económico acordadas con el concesionario, tales como exenciones impositivas, subvenciones pecuniarias, garantías de interés.

En cuanto a las subvenciones, dicho autor señala que en ciertas ocasiones la explotación de los servicios públicos exige que la Administración subvencione al concesionario, porque la concesión, normalmente produce déficit o no permite obtener utilidades, máxime si el servicio se considera indispensable para el interés público, no existiendo otra opción más que otorgar las subvenciones[22].

En el plano normativo, los ingresos mínimos garantizados se configuran como un mecanismo de distribución de riesgos, de carácter opcional previsto en las bases de licitación de los contratos de concesión de obra pública que tienen por objeto caucionar la inversión realizada por el concesionario previniendo la falta de rentabilidad o de retorno en la explotación de una determinada obra pública. Su finalidad específica consiste en permitir una

---

[20] Cfr., Nieves Borrego, Julio, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, en Revista de Administración Pública, 42 (1963), pp. 21 y 80.

[21] Marienhoff señala que, la subvención puede consistir en una suma fija, periódica o no, o en una garantía del Estado al concesionario acerca de un beneficio mínimo respecto del resultado de la explotación del servicio. Si tal beneficio no lo hubiere logrado el concesionario, el Estado le integra la suma pertinente. Vid., Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo,* 4ª Edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. III-B, p. 634.

[22] Cfr., Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo* (edición actualizada por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1998, t. II, pp. 34-37.

adecuada distribución de los riesgos entre el concesionario y el Estado. La aceptación de dicho mecanismo obliga al concesionario a permitir la participación del Estado en los ingresos obtenidos en exceso del régimen tarifario[23].

Los ingresos mínimos garantizados, generalmente se establecen en aquellos proyectos que llevan ínsita una contingencia en el flujo efectivo de usuarios, que no depende del concesionario estimar o controlar, el concesionario sólo se limita a proyectar el flujo esperado de usuarios tomando en consideración la información proporcionada por la autoridad concedente del proyecto. De este modo, los ingresos mínimos garantizados se contemplan en los proyectos que suponen un flujo constante y permanente de usuarios pero cuya cantidad y regularidad de uso son *–a priori-* inciertas, tales como los proyectos de autopistas urbanas e interurbanas, los aeropuertos.

Ratifica lo antes expuesto, la Contraloría General de la República que señala que los ingresos mínimos garantizados constituyen un mecanismo que permite distribuir los riesgos originados por la incertidumbre en el flujo de pasajeros embarcados en la concesión durante la etapa de explotación, de modo que si son inferiores el Estado paga la diferencia[24].

En suma, cabe señalar que los ingresos mínimos garantizados constituyen uno de los factores que permiten a la autoridad administrativa una mejor gestión económica y financiera del contrato de concesión de obra pública evitando eventuales déficit financieros del contrato[25], y por ende, la paralización de los servicios públicos.

b. Los subsidios convenidos en el contrato de concesión de obra pública.

Los subsidios se identifican con una actividad asistencial del Estado hacia las personas de escasos recursos, más que con actividades públicas de naturaleza económica ejecutadas por particulares mediante concesiones administrativas. En este sentido, los subsidios revisten las características de un tipo de ayuda pública de naturaleza social[26], que tiene por objeto mejorar

[23] En la mayoría de los proyectos, se contemplan los ingresos mínimos garantizados, como un mecanismo para evitar o reducir el riesgo originado por la incertidumbre en el tráfico de usuarios que pagan la tarifa o el peaje por el servicio prestado por el concesionario. La aceptación de dicho mecanismo, implica que el Estado pagará una cantidad de dinero, generalmente durante la etapa de explotación de la concesión, en cuotas periódicas fijadas en referencia a alguna unidad de valor, y a su vez, obliga al concesionario a participar con el Estado los ingresos obtenidos en exceso del régimen tarifario previsto en las bases de licitación. Los ingresos mínimos garantizados, generalmente, tienen por objeto cubrir la diferencia entre los ingresos efectivamente percibidos por el concesionario con los ingresos potenciales previstos o esperados consignados en la oferta económica del proyecto.

[24] D. 17.799/2003. Ver en el mismo sentido, D. 35.511/2003 y D. 23.701/999.

[25] Bielsa señala que, *"Hay garantía cuando el concedente asegura al concesionario un mínimum de interés en la explotación. Adviértase que es garantía y no responsabilidad. La garantía puede ser legal, pero comúnmente es contractual (.-) En compensación, el concedente limita el beneficio neto de la explotación con el régimen de la revisión de las tarifas regulando el aumento hasta el límite. A eso obedece el sistema de la tarifa legal"*. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo* (6ª edición, Buenos Aires, La ley, 1964), II, p. 303.

[26] Garrido Falla señala que los subsidios constituyen un derecho subjetivo del beneficiario de carácter periódico y cita como ejemplo el subsidio familiar. Cfr., Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo,* 10ª edición, Madrid, Tecnos, 1992, t. II. p. 309.

ciertas condiciones básicas asistenciales de las personas beneficiarias[27], con la finalidad de contribuir a una participación pública con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El legislador establece un régimen de subsidios en el contrato de concesión de obras públicas, con diversas finalidades. En primer lugar, los subsidios son regulados como uno de los factores que permiten al Estado evaluar las ofertas presentadas por los licitantes y determinar la adjudicación del contrato de concesión. En consecuencia, la cuantía del aporte financiero del Estado al concesionario para costear la obra pública es uno de los factores que establece la ley para evaluar una oferta como conveniente para los intereses fiscales.

En segundo lugar, los subsidios constituyen uno de los elementos que componen las remuneraciones que percibe el concesionario como compensación por los servicios prestados, es decir, los subsidios se configuran como parte del precio del contrato de concesión. En efecto, el artículo 11 del DS MOP N° 900 de 1996, señala expresamente que el concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste, el precio, tarifa o subsidios convenidos y otros beneficios adicionales.

Por último, los subsidios se regulan como parte del régimen económico-financiero del contrato de concesión de obra pública, consignado en los artículos 19 y 20 del DS MOP N° 900 de 1996, modificados expresamente por la Ley N° 20.410 de 2010. En primer lugar, el artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, regula los subsidios como un mecanismo de compensación de carácter económico que el Estado confiere al concesionario, frente a actos sobrevinientes de la autoridad pública investida con potestades públicas que alteren significativamente el régimen económico del contrato de concesión, cumpliendo con los mismos requisitos que enunciamos respecto de los ingresos mínimos garantizados.

En segundo lugar, el artículo 20 del mismo cuerpo legal, regula los subsidios como un mecanismo de compensación que el Estado -Ministerio de Obras Públicas- confiere para cubrir las mayores inversiones realizadas por el concesionario producto de la aplicación de medidas -unilaterales o convencionales- que modifiquen las características de la obra o los servicios contratados para elevar los niveles o estándares técnicos de las exigencias del contrato.

En términos generales, podemos señalar que los subsidios convenidos, normativamente, se configuran como un mecanismo de pago del precio del contrato de concesión de obra pública, destinados por la autoridad pública para financiar, generalmente, la construcción de las obras del contrato. Dichos subsidios, pueden ser cobrados directamente por el concesionario contra el Ministerio de Obras Públicas, o excepcionalmente, respecto de terceros[28].

---

[27] La doctrina italiana concibe el subsidio como ayuda de tipo asistencial dirigida a personas en estado de necesidad. Vid., D´ AGOSTINO, Filoreto, *Manuale di Diritto Amministrativo* (Milano, Giuffré Editore, 2000), p. 386. Vid., SEVERO GIANNINI, Máximo, *Diritto Amministrativo* (3ª edición, Milano, Giuffré Editore, 1993), II, pp. 688-690.

[28] Excepcionalmente, nuestro ordenamiento jurídico regula casos donde el sujeto activo del subsidio, es una sociedad de carácter privado. En este sentido, el proyecto *"Acceso Nor Oriente a Santiago"*, adjudicado por el DS MOP N° 1253 30 de octubre de 2003, prevé que los subsidios serán pagados por las sociedades *"El Chamisero Inmobiliaria S.A."* y *"Chicureo*

Adicionalmente, el monto de los subsidios convenidos se expresa en alguna unidad de medida reajustable (unidad de fomento), y su pago se efectúa en forma periódica contra el avance de la ejecución de las obras del contrato aprobadas por el Inspector Fiscal.

3.2.2. Resolución de controversia.

Mediante la dictación del DFL N° 164, de 1991, el legislador dictó distintos cuerpos legales con la finalidad de perfeccionar el sistema de concesiones, entre ellas, destacan las leyes N°s 19.252, de 1993, 19.460, de 1996 y 19.415, de 1995. Finalmente, se dictó el DS N° 900, de 1996 que estableció el texto refundido coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991, denominado como Ley de Concesiones de Obras Públicas, que se mantiene vigente para la gran mayoría de los contratos de concesión en explotación actualmente.

El artículo 36 del DS N° 900, regula la Comisión Conciliadora y la Comisión Arbitral, señalando:

Comisión Conciliadora:

"Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá".

Comisión Arbitral:

"Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primer caso, la Comisión actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendrá el plazo de 30 días para fallar, plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no será susceptible de recurso alguno".

La Comisión conciliadora, tiene por objeto aunar los criterios de las partes, es decir, actuar como mediador entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario con la finalidad de lograr un acuerdo en cuanto a la interpretación o aplicación del contrato. Por lo tanto, en principio, no se encuentra investida de potestades jurisdiccionales, sino sólo facultades de mediar conflictos pero no de fallarlos. No obstante, el legislador reconoce a la Comisión Conciliadora facultades jurisdiccionales, pero de orden cautelar, como por ejemplo decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio de Obras Públicas. Esta clase de resolución debe ser fundada.

La Comisión Conciliadora, interviene en el caso de aplicación de multas superiores a 500 UTM. Ante la declaración de suspensión temporal de la

---

Desarrollo Inmobiliario S.A.", según el avance de las obras verificado por el Inspector Fiscal. También, en este proyecto se contempla como un subsidio, el derecho del concesionario a ser titular de las acciones o derechos para cobrar a las inmobiliarias los aportes que éstas se comprometieron, de conformidad con las bases de licitación.

concesión. Ante una declaración de incumplimiento grave por parte del concesionario del contrato de concesión. Asimismo, la Comisión Concialiadora interviene debido a modificaciones de las características y servicios contratados. Y también ante circunstancias sobrevinientes al contrato que permiten la solicitud de revisión del sistema tarifario por parte del concesionario.

Si se produce conciliación total o parcial entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, las partes deberán suscribir los Convenios Complementarios respectivos que materialicen el o los acuerdos alcanzados. De esta forma, se pone fin a la controversia suscitada entre las partes.

Los Convenios Complementarios se materializan en acuerdos notariales aprobados por actos administrativos del Ministerio de Obras Públicas, visados por el Ministerio de Hacienda y sujetos al trámite de toma de razón, dependiendo del monto del acuerdo.

Por su parte, la Comisión Arbitral se configura como un derecho de opción, pero de carácter de presupuesto procesal. Por lo tanto, en caso que, el concesionario o el Ministerio de Obras Públicas planteen una controversia directamente ante la Comisión Arbitral sin acudir a la Comisión Conciliadora se debería desechar el reclamo (salvo las excepciones antes enunciadas)[29].

En efecto, una vez que la Comisión Conciliadora emita su pronunciamiento (bases de arreglo) y no se logré una conciliación entre las partes o sólo se concilie parcialmente en algún tema, el concesionario puede optar dentro del plazo de 5 días para solicitar a la Comisión Conciliadora que se constituya en Comisión Arbitral o para acudir ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que conozca de la controversia. Si el concesionario no ejerce este derecho dentro del plazo fatal de 5 días quedan firmes las resoluciones o decisiones del Ministerio de Obras Públicas, terminando la controversia.

Si el concesionario ejerce la opción de activar la Comisión Arbitral, la comisión actuará conforme a las normas establecidas para los árbitros arbitradores y debe emitir un pronunciamiento dentro del plazo de 30 días, dentro de los cuales se mantiene la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio de Obras Públicas, decretada, en su caso, por la Comisión Conciliadora. El fallo que emita la Comisión Arbitral no es susceptible de recurso alguno, salvo el Recurso de Queja interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme a lo establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales[30].

---

[29] Rufián Lizama, Dolores *Manual de Concesiones de Obras Públicas*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 219.

[30] Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Santiago, se ha pronunciado en varias oportunidades, conociendo de sendos Recursos de Queja interpuestos por los concesionarios en contra de las resoluciones de las Comisiones Conciliadoras. Sobre el particular, es preciso traer a colación el caso *"Concesión Internacional Ruta 5, tramo Río Bueno-Puerto Montt"*, de 23 de junio de 2008, mediante el cual la Corte de Apelaciones de Santiago, anuló el fallo arbitral *"Camino El Alerce"*, que había condenado al Estado a indemnizar a la concesionaria por las pérdidas de flujo en el camino concesionado producto del mejoramiento por el Estado de un camino alternativo y gratuito. La Corte señaló, *"Que, corolario de todo lo expuesto, es que el recurso de queja debe ser acogido, porque efectivamente los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave, al acoger una infundada demanda, ordenando un pago desmesurado, en verdad no constituyen jurídicamente perjuicio"*. Posteriormente, la concesionaria dedujo un recurso de queja en contra del fallo de los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago

Producto de diversos eventos ocurridos durante la vigencia del DS N° 900, de 1996, que afectaron la imparcialidad del sistema de resolución de controversia, y en forma sustancial las prerrogativas del Estado en el contrato de concesión, el 20 de enero de 2010 se publicó la Ley N° 20.410, que modificó la Ley de Concesiones. Entre los aspectos que dieron lugar a la modificación del DS N° 900, se encuentran la imparcialidad de los árbitros de partes que podían nombrar tanto el concesionario como el Ministerio de Obras Públicas, la ausencia de claridad en la vigencia de la suspensión de los efectos de las multas, y finalmente, la renegociación frecuente de los contratos administrativos que nos permite ilustrar un fenómeno particular consistente en participar en licitaciones de contratos de concesión con propuestas bajas, con el objeto de aumentar el monto del contrato por la vía de negociaciones directas o por reclamaciones arbitrales o jurisdiccionales[31].

Este sistema ha sido reformado por la ley Nº 20.410, pero manteniendo en general la vigencia de las normas anteriores para las contratos ya celebrados. Dentro de las reformas sustanciales, el legislador siguiendo la tendencia de otras áreas del derecho administrativo de enorme complejidad técnica, v.gr., sector eléctrico, sector sanitario, optó por la creación de un organismo permanente, especializado e independiente. Se trata de un organismo consultor permanente, desprovisto de facultades jurisprudenciales, llamado a resolver las discrepancias de carácter técnico o económico que las partes estimen conveniente someter a su conocimiento durante la ejecución del contrato de concesión.

El Panel Técnico está integrado por 5 expertos nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública creado por la Ley N° 19.882. Los miembros son 2 abogados, 2 ingenieros y un experto en ciencias económicas. Lo que se busca es que el Panel pueda otorgar recomendaciones a la autoridad para resolver los conflictos entre las partes y servir de aporte o base a las decisiones de la Comisión Conciliadora o la Corte de Apelaciones de Santiago.

En cuanto a la competencia general del Panel Técnico consiste en conocer las discrepancias técnicas y económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato. Para estos efectos, la ley señala que las partes se deben encontrarse de común acuerdo para someter la discrepancia al conocimiento del Panel Técnico, en aspectos tales como el aumento de precio o de plazo por alteraciones ocurridas en el marco del contrato de concesión.

La consulta al Panel es, en general, facultativa, pero es obligatoria respecto de los aspectos técnicos o económicos de una controversia. De este modo, los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico.

---

ante la Corte Suprema, “Queja sobre Queja”, la cual fue rechazada por la sentencia Rol N° 3.463, de 2009.

[31] Engel, Eduardo, Fischer, Ronald y Galetovic, Alexander, “La Renegociación de Concesiones y la Nueva Ley”, *Punto de Referencia* N° 297, Centro de Estudios Públicos, 2008.

A fin de evitar que el Panel Técnico sea un organismo jurisdiccional, el legislador estableció que las recomendaciones del Panel Técnico no son vinculantes para las partes. Podrán ser acogidas por éstas dando término al conflicto. Y el pronunciamiento del Panel Técnico no impide el derecho de las partes a recurrir a la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago. En aquellos casos, la recomendación del Panel Técnico podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o por la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia. En efecto, la ley entrega a los pronunciamientos del Panel Técnico en valor de informe de perito.

Una segunda reforma sustancial del sistema de resolución de controversias, dice relación con el perfeccionamiento del mecanismo de designación de la Comisión Arbitral, el nombramiento e imparcialidad de sus miembros, así como la forma de apreciar la prueba y la forma de resolver el conflicto.

En este sentido, los integrantes de la Comisión Arbitral son elegidos de común acuerdo por las partes de nóminas elaboradas por la Corte Suprema para los abogados (2 abogados) y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (profesional de otro disciplina), previo concurso público de antecedentes. Este nombramiento se realiza al inicio de la concesión y se mantiene durante el período del contrato de concesión a fin de favorecer la previsibilidad de las decisiones e independencia de presiones de las partes.

En cuanto al funcionamiento de la Comisión Arbitral, tiene las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento, pero debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Debe dictar sentencia con arreglo a derecho (nuevo art. 36 bis de la Ley de Concesiones). En consecuencia, es una especie de arbitraje mixto. Y en los aspectos recursivos, la reforma instalada por la Ley N° 20.410, de 2010, mantiene la ausencia de recursos en contra de la sentencia de la Comisión Arbitral, salvo el recurso extraordinario de queja.

Una tercera modificación sustancial se refiere a la regulación de los plazos de prescripción para efectuar reclamaciones en materia de concesiones. La actual legislación contempla al menos tres situaciones, que se aplican a ambas partes del contrato:

(i) Reclamaciones fundadas en un hecho o ejecución de un acto que ocurre durante la etapa de construcción. En este supuesto, se dispone que las reclamaciones a la Comisión Arbitral deben formularse en el plazo fatal de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra.

(ii) Reclamaciones fundadas en un hecho o ejecución de un acto que ocurre en la etapa de explotación de la concesión. En este supuesto, el plazo para reclamar ante la Comisión es de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que las partes hubieren tenido noticia del mismo, si así se acredita fehacientemente.

(iii) Reclamaciones en contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas. Se relaciona con las reclamaciones deducidas por el concesionario ante las resoluciones dictadas por el MOP. El plazo para reclamar es de 1 año en general. Si se trata de la imposición de multas el plazo se reduce a 120 días, pero el plazo se suspende si se interponen los recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución.

La duda se presenta frente al primer supuesto, esto es, reclamaciones que se motivan en un hecho o ejecución de un acto que se produce durante la construcción de la obra. Aquí el plazo de dos años no se cuenta desde que ocurre el hecho o se tiene noticia de él, sino, cualquiera sea la época de esos acontecimientos, el plazo se cuenta, desde la Puesta en Servicio Definitiva de la obra. Surge, entonces, la inquietud de si aquí el legislador quiso establecer un plazo de garantía y no de prescripción. La diferencia sería que esta garantía viene a superponerse al funcionamiento ordinario de la prescripción, que al no haber normas especiales se regulará por las reglas generales del Código Civil.

III. ANÁLISIS PROSPECTIVO DE LA INFRAESTRUCTURA EN EL DERECHO CHILENO.

1. Concesiones Hospitalarias.

La Ley de Concesiones faculta al Ministerio de Obras Públicas (MOP) para otorgar en concesión toda obra pública, salvo el caso que tales obras estén entregadas a la competencia de otro ministerio, servicio público u otro organismo integrante de la administración del Estado; en cuyo caso, dichos entes públicos podrán delegar en el MOP, mediante convenio de mandato, la entrega en concesión de tales obras bajo su competencia, para que éste entregue su concesión, regida por la Ley de Concesiones.

En el caso de Hospitales Públicos, al estar éstos bajo la administración del Ministerio de Salud, fue necesario la celebración de un Convenio de Mandato entre dicho Ministerio y el MOP, con el objeto que el primero delegue en el segundo la entrega en concesión de tales obras.

Las concesiones hospitalarias, al igual que otras concesiones, implican que el Estado licite el diseño, construcción y operación de un determinado bien público a empresas privadas, para lo cual el Estado asegura subsidios y dividendos al "concesionario" que se adjudique la obra.

En términos generales, se plantea un contrato de concesión DBOT[32], en el cual el concesionario es responsable, para cada uno de los dos hospitales que conforman el "Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria", del diseño, la construcción de la infraestructura y su mantenimiento, la provisión del equipamiento industrial y su mantenimiento, la provisión del mobiliario no clínico y su correspondiente mantención, y la prestación de servicios no clínicos de apoyo durante el periodo de concesión. El plazo estimado de explotación de la concesión será de 15 años.

a. Servicios Básicos Obligatorios.

Dentro del servicio de mantenimiento se contempla satisfacer las condiciones, físicas y técnicas, de algunas instalaciones y equipamiento, entre las cuales se indican las siguientes:

- Infraestructura general

[32] Por la iniciales en ingles de Diseño, Construcción, Operación y Transferencia (Design, Build, Operate and Transfer.)

- Sistema de aguas
- Sistema de energía e iluminación artificial
- Sistema de corrientes débiles
- Sistema de distribución de gases clínicos medicinales
- Servicio de aseo y limpieza general, gestión integral de residuos hospitalarios y control de vectores sanitarios
- Servicio de gestión de ropería y vestidores
- Servicio de alimentación de pacientes y funcionarios

b. Servicios Complementarios No Obligatorios.

Además el Concesionario podrá operar y explotar algunos servicios complementarios no obligatorios asociados al funcionamiento y atención al público y profesionales que concurran al Hospital, entre los cuales se indican los siguientes:

- Alimentación a visitas y público en general
- Estacionamientos adicionales para visitas de pacientes
- Servicios de publicidad
- Máquinas Dispensadoras

c. Precio del contrato de concesión.

Los ingresos que percibirá el Concesionario se subdividen en tres tipos de pagos, según se detallará en las Bases de Licitación para este proceso:

- Subsidios Fijos a la Construcción. Estos pagos comienzan una vez terminada la construcción y aprobada la Puesta en Servicio Definitiva (PSD) de las obras.

- Subsidios Fijos a la Operación. Estos subsidios serán pagados por el Ministerio de Salud, a semestre anticipado, durante todo el plazo de operación de la concesión y podrán ser reajustados según lo establecido en las Bases de Licitación. Su pago comienza una vez obtenida la Puesta en Servicio Definitiva (PSD) de las obras de la concesión y se encuentra supeditado al cumplimiento del nivel de servicios establecido en las Bases de Licitación.

- Pago variable asociado a la variabilidad de la demanda y que compense los aumentos de costos no previstos por el concesionario en la prestación de los servicios objeto de la concesión. Se activará si la demanda sobrepasa los niveles que serán establecidos en las Bases de Licitación.

d. Costos del contrato de concesión.

Los principales costos asociados al contrato de concesión y que serán de exclusiva responsabilidad del Concesionario son los siguientes:

- Costos de inversión en infraestructura y equipamiento industrial
- Costos de mantención de la infraestructura y equipamiento industrial

- Costos de provisión y mantenimiento del mobiliario no clínico
- Costos de provisión de los servicios que se decida incorporar al contrato
- Costos de administración y operación de la Sociedad Concesionaria

El primer modelo de concesiones es diseñado en el gobierno de Ricardo Lagos e implementado en el de Michelle Bachelet. Las concesiones en salud se concretan con la licitación y adjudicación al grupo San José Tecno-control (españoles) de los hospitales de La Florida y Maipú en 2009 por 15 años. Estos proyectos se licitan como uno solo y están avaluados en US$ 313 millones por el MOP.

2. Concesiones Carcelarias.

En el año 2000 el Ministerio de Justicia facultó al Ministerio de Obras Públicas para iniciar el proceso de licitación de las obras comprendidas en el primer "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria". El programa contempló que el diseño, construcción, equipamiento y operación de distintas cárceles, clasificadas por grupos según etapas de desarrollo, se adjudicaran a una sociedad concesionaria, permaneciendo la dirección y seguridad del establecimiento a cargo de Gendarmería de Chile[33].

De acuerdo con la estructura contractual implementada, la empresa concesionaria adjudicataria (generalmente un consorcio empresarial integrado por empresas de rubros como construcción, alimentación y aseo) encarga la explotación de la concesión a una empresa operadora, la cual incorpora dentro de sus actividades el mantenimiento de la infraestructura y del equipamiento estándar, labores de seguridad y la prestación de servicios de alimentación, salud, lavandería, reinserción y economato.

El denominado "Grupo 1" incluyó la construcción, ejecución, conservación y explotación de establecimientos penitenciarios en Iquique, La Serena y Rancagua. El año 2002 se adjudicó el contrato a las sociedades Besalco, Astaldi S.A.y Sodexho, asociadas bajo el consorcio BAS S.A. y operadores mediante la empresa SIGES, tras sucesivos conflictos referidos a los sobrecostos de las obras no contempladas inicialmente y luego de haberse condenado al MOP a efectuar pagos adicionales a la concesionaria, el "Grupo 1" inició sus operaciones de manera definitiva. El "Grupo 2" contempló las tareas de construcción, equipamiento y operación de dos instalaciones, ubicadas en las ciudades de Antofagasta y Concepción. La concesión fue adjudicada el año 2002 a las empresas Besalco S.A., Torno Internazionale S.p.A. y Sodexho Chile S.A., constituida como sociedad concesionaria BAS DOS S.A. Luego de sucesivas controversias por sobrecostos entre el MOP y la concesionaria, el contrato de concesión fue extinguido de mutuo acuerdo por las partes.

[33] La competencia de dichos ámbitos se encuentra radicada en Gendarmería en virtud del artículo tercero de su Ley Orgánica Constitucional, DL Nº 2859 de 15 de septiembre de 1979, el cual le otorga la función de dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos, así como custodiar y atender a las personas privadas de libertad.

Ya en el año 2010 y luego de un tortuoso proceso de relicitación, ahora bajo la modalidad OT (*operate and transfer)*, se adjudicó la operación de las cárceles a la empresa Sodexho Chile S.A.

Finalmente, la operación del "Grupo 3", integrado por los complejos penitenciarios Santiago Uno, Valdivia y Puerto Montt, fue adjudicada a la sociedad Vinci Construction Grand Proyects, operando mediante la empresa COMPASS, y el presupuesto oficial contempló un monto de 2.750.000 UF, posteriormente modificado mediante el recurso a los denominados convenios complementarios. La puesta en marcha definitiva de las obras tuvo lugar el año 2004.

IV. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, la regulación de la infraestructura pública en Chile ha sido tenue, Sin embargo, en base a ella se ha estructurado y construido la mayor parte de la edificicación pública, lo cual se manifiesta en distintas áreas, tales como las autopistas, las cárceles, los hopistales y toda la edificación pública nacional.

Por otro lado, es importante destacar que la provisión de la infraestructura pública en nuestro ordenamiento jurídico se ha configurado sobre las bases de la contratación administrativas o acuerdos públicos-privados, sea para la ejecución de las obras públicas, sea para ejecución y posterior explotación de las obras públicas.

Por último, la infraestructura pública ha experimentado, en el último tiempo un fenómeno de privatizaciones, es decir, el Estado ha entregado la ejecución y explotación de áreas o actividad tradicionalmente reservadas a su gestión tales como la actividad penitenciaria y hospitalaria, mediante la suscripción previa de acuerdos públicos-privados.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

RIVAS, Juan Carlos Flores. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, agosto/setembro/outubro, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-39-AGOSTO-2014-JUAN-CARLOS-FLORES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.