

N° 239
Año LXXXIV
Enero-Junio 2016
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*LA NATURALEZA DE LAS CONCESIONES
ADMINISTRATIVAS EN SU CARÁCTER CONTRACTUAL.
DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO*

*THE NATURE OF THE ADMINISTRATIVE CONCESSIONS
IN THEIR CONTRACTUAL CHARACTER. PUBLIC AND
PRIVATE LAW*

PATRICIO-IGNACIO CARVAJAL RAMÍREZ*

Profesor de Derecho Privado

P. Universidad Católica de Chile

Santiago - Chile

RESUMEN

La concesión administrativa, en el derecho chileno, es un negocio complejo, compuesto por el encadenamiento de varios actos, que culmina en el acto de la respectiva contratación administrativa. Tal contratación final, junto con los actos previos de la Administración, que otorgan la concesión, están sin duda sujetos al derecho administrativo. Sin embargo, ello no quiere decir que el contrato resultante no se regule también por las normas del derecho privado. Aunque, por cierto, los actos administrativos iniciales, al servir de causa al contrato, y las propias potestades públicas de la Administración, modifican el funcionamiento que normalmente, según el derecho privado, le correspondería al contrato final.

*Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España); Profesor Asociado del Departamento de Derecho Privado, P. Universidad Católica de Chile. Correo electrónico carvajal@uc.cl. Artículo recibido el 3 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 12 de abril de 2016.

Palabras clave: Concesión administrativa, contratación, derecho público, derecho privado.

ABSTRACT

‘Administrative license or concession’ as authorizations for private commercial exploitation in some public field, as considered by Chilean law, is a whole constituted over a complex affair that enchains several issues between both themselves and the corresponding final ‘Administrative contract’. It is known beyond doubt that Public law rules this complex whole that shapes this ‘Administrative contract’. But it couldn’t be ruled out that final contract is subjected to provisions of Private law as well. Even though, naturally, the regular functioning of contracts in Private law is here modify by both, the starting decisions issued through the process by the Administration (as the cause for this final contract) and the powers of the Public Administration.

Keywords: Administrative licence or concession, contracting, Public law, Private law.

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza de la contratación en las concesiones administrativas es un asunto complejo en doctrina.¹ Pero, afortunadamente, si bien no todos los puntos se hallan zanjados, la última experiencia legislativa y jurisprudencial chilena permite simplificar en buena parte los problemas al haberse decantado claramente por la pertenencia de este acto al Derecho Administrativo.² Esto quiere decir, que el acto de concesión no es sin más un simple contrato de Derecho Privado,³ sino que es la unión entre un acto administrativo unilateral de la Administración concedente y el consiguiente contrato de concesión

¹ Vid. en este sentido, con la bibliografía allí citada, LARA, José Luis; GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio, “Sobre el régimen concesional chileno: ¿podemos hablar de un modelo de concesión?”, en Soto Kloss, Eduardo (Editor), *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Thomson Reuters - La Ley, Santiago, 2014, pp. 96-105.

² SOTO KLOSS, Eduardo, “La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno”, *Ius Publicum* [Universidad Santo Tomás] 2002, N° 9, p. 112.

³ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 225.

administrativa que vincula recíprocamente al ente administrativo y al particular, designado como concesionario por aquel primer acto causante.⁴ Vale decir, en la concesión administrativa se reconocen dos fases.

1. Una primera fase de la concesión

Corresponde al acto administrativo que sirve de causa eficiente para el contrato de concesión administrativa.⁵ Tal como ha señalado la Contraloría General de la República, “*es un acto de la Administración, en virtud del cual se crean derechos a favor del particular*”;⁶ con lo cual, la propia Contraloría ha hecho eco de que “*la doctrina mayoritaria tiende a uniformarse en torno al principio de que, cualquiera sea la naturaleza jurídica que a ella se le atribuye, la Concesión Administrativa siempre tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, la cual, mediante una manifestación de voluntad, exteriorizada a través de un acto de autoridad y, en ejercicio de su potestad administrativa, decide transferir a particulares la satisfacción de una necesidad colectiva*”.⁷

2. Una segunda fase de la concesión

Es consecuencial a la primera, se trata del contrato mismo de concesión, que tendrá lugar como efecto de aquel acto administrativo de adjudicación que hemos señalado en el anterior párrafo. Así, es respecto de esta segunda fase que, en doctrina, se ha estimado que “*La concesión tiene una naturaleza contractual... y, en lo esencial, es de carácter administrativo*”.⁸ Por la misma senda, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a esta relación vinculante, ha señalado que “*la concesión importa un acto esencialmente creador de derechos, de forma tal que se le ha reconocido siempre un carácter contractual*”.⁹ Esta segunda dimensión es innegable, por cuanto la propia ley la consagra. En efecto, a manera

⁴ LARA L., José L.; GARCÍA-HUIDOBRO, Luis, cit. (n. 1), pp. 100 y 101.

⁵ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*, LegalPublishing, Santiago, 2011, p. 114.

⁶ Contraloría General de la República [CGR.], Dictamen N° 13.575 de 2000.

⁷ VARGAS FRITZ, José Fernando, *La concesión de obras públicas*, Editorial La Ley, Santiago, 1997, p. 23.

⁸ MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 42.

⁹ Tribunal Constitucional, 24 de julio de 2012, Rol N° 1991-2011, concurrencia primera.

de ejemplo, Lara y García-Huidobro¹⁰ citan varios artículos que se refieren al concepto de “contrato” en el Decreto Supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.¹¹ Asimismo, en el ámbito que ahora interesa también es posible añadir que la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, habla de “contrato” en sus artículos 8 y 66, además del expresivo caso del empleo de la expresión “contrato de concesión” que se hace en el artículo 37 inciso primero, el cual reza: “*Las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública y serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión... .*”. Y, a su turno, la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y prestación de servicios, además del significativo dato del propio título de la Ley (“*contratos administrativos*”), ofrece profusamente el concepto de “contrato” en los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° (en 7°, “*contratación*”), 8° (en 9°, “*contratante*”), 10°, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° (en 17°, “*contratistas*”), 18°, etc. En fin, el punto parece ya suficientemente acreditado en nuestra realidad legislativa. Por ello es que Rufián, *mutatis mutandis*, señala que “*Aunque la doctrina ha discutido mucho acerca de la naturaleza de la concesión, y en particular sobre si ésta constituye o no un contrato, la ley de Concesiones se refiere repetidamente a la existencia de un contrato entre el Estado y el concesionario cuya naturaleza será necesariamente la de una relación contractual administrativa*”.¹² Así, en este marco de causalidad por fases, puede entenderse la concesión administrativa en esta segunda fase como un acto de carácter eminentemente contractual que consiste en la “*declaración bilateral productora de efectos jurídicos entre dos personas, una de las cuales es un órgano de la Administración del Estado que actúa en ejercicio de la función administrativa*”.¹³

II. LA COMPLEJIDAD DEL NEGOCIO CONCESIONAL Y LAS FUENTES DE LAS NORMAS INTERVINIENTES

Aunque teóricamente acaso se pueda tener ciertas normas por más propias

¹⁰ LARA L., José; GARCÍA-HUIDOBRO, Luis, cit. (n. 1).

¹¹ Los artículos 3°, 8°, 9° letra a), 10° inciso primero, 19° inciso tercero, 20° inciso primero, 21° inciso primero, 28° inciso primero, 36° inciso primero.

¹² RUFÍAN LIZANA, Dolores María, *Manual de concesiones de obras públicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p. 24.

¹³ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Los contratos administrativos*, Editorial Conosur, Santiago, 2005, p. 5.

de una fase que de otra,¹⁴ en realidad ambas fases de la concesión administrativa no son una simple agregación de una junto a la otra, sino que se presentan integradas como un todo único, como un acto complejo constituido por ambas fases, de modo que la regulación jurídica más próxima a cada una de ellas también termina por entrecruzarse o trasvasarse, especialmente desde la primera a la segunda. Así, al llegar la fase de celebración y ejecución del contrato de concesión, se observa con nitidez palmaria que, a pesar de su naturaleza contractual, ello en nada obsta a que ésta se vea protagonizada también por normas de Derecho Público: en eso consiste que la concesión devenga en contrato *administrativo*. Este fenómeno de aplicación de normas de carácter público a un negocio contractual fluye por dos cauces. El primero consiste en que la personalidad de Derecho público del ente Administrativo se proyecta sobre el contrato de concesión, en el que es la parte concedente, en virtud de su absoluta sujeción al principio constitucional de juridicidad. El segundo proviene de que el contrato de concesión tenga por causa eficiente un acto administrativo unilateral, como en efecto lo es el acto de adjudicación, el cual infunde sus contenidos y características en la relación contractual de las partes concedente y concesionaria. A continuación se trata separadamente ambos aspectos anunciados.

III. PRINCIPIO DE JURIDICIDAD¹⁵

En primer lugar, el ente mismo de la Administración que será técnicamente *parte concedente* en el contrato, se rige por normas de Derecho Público en todas sus actuaciones, incluidas, por tanto, aquellas que se relacionan con la contratación de la concesión y su ejecución, y todas las consiguientes manifestaciones de

¹⁴ Por ejemplo, aparece más próxima a la primera fase, de dictación del acto unilateral administrativo de concesión, la aplicación de las normas sobre el proceso de licitación que corresponda: así, la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado, artículo 9 inciso segundo, que fija para el procedimiento concursal de las licitaciones “*los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato*”; o, cuando procedan, las propias normas procedimentales de la Ley 19.886, De Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, artículos 5 y siguientes; y, en general, las disposiciones del procedimiento administrativo contenidas en la Ley 19.880, De Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

¹⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II. El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 20 a 70; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot - LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 94 a 105.

voluntad a que ello da lugar. Muchos llaman a las prerrogativas que se siguen de este *status* del ente administrador “cláusulas exorbitantes” del contrato administrativo, por cuanto no hace falta que se pacten en él, y ciertamente lo exceden con largueza. Pero dicho nombre no es acertado. En primer lugar, una cláusula no puede exceder, en calidad técnica de tal, el contrato que la contiene, por razones tanto lógicas como jurídicas.¹⁶ Y, en segundo, el contenido de las llamadas “cláusulas exorbitantes” no se obtiene aplicando las herramientas hermenéuticas propias de la interpretación de los contratos (lo cual prueba que no son parte de éste y que, por tanto, no son tampoco sus cláusulas), sino que por el simple proceso de interpretación y aplicación directa de la legislación de carácter público. En consecuencia, no estamos en presencia de cláusulas contractuales sino de la proyección de la personalidad de Derecho público del ente administrador en la relación concesional,¹⁸ como se dijo.

En efecto, el órgano de la Administración debe obrar con total apego, entre otras cosas, a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba 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 hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

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

Y otro tanto de lo mismo dispone el artículo 2 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido

¹⁶ Artículo 1561 del Código Civil: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”. Vid. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, T. II, p. 454.

¹⁷ Esto también viene dicho por Soto Kloss, quien adiciona un fundamento teleológico al de la posición subjetiva de la Administración como causa de la aplicación de las normas de Derecho público: “Dada la naturaleza del fin que persigue la Administración (fin público/bien común) y dada su propia posición jurídica dentro del ordenamiento estatal (posición supraordenadora, atendida esa finalidad), el régimen jurídico de la contratación administrativa es un régimen de Derecho Público, pues que mira a la utilidad común”. Vid. SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2009, p. 470.

el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

Según estos preceptos, se suele decir correctamente que “*en Derecho Público puede hacerse únicamente aquello a que autoriza expresamente la ley*”.

Así, el principio de juridicidad, fundamental en el Estado de Derecho, debe ser respetado íntegra y exactamente en cualquier actuación relacionada directa o indirectamente con la contratación en que participe la Administración; lo cual, en el inciso segundo del artículo 7 de la Constitución Política, viene precisado por la prevención de que *no hay excepción posible*: ni siquiera en casos calificados como extraordinarios. En consecuencia, vulnerado que sea este principio por una extralimitación de un órgano administrativo, la actuación emanada en contravención adolece de *nulidad* y eventualmente se originan las responsabilidades y sanciones que la ley señale; o, como cristaliza en el artículo 2 de la Ley 18.575, todo abuso o exceso en el ejercicio de las potestades de los órganos de la Administración dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

La aplicación casuista de este principio capital resulta infinita. Sin embargo, se destaca ahora al menos tres de sus emanaciones que resultan ilustrativas.

1. Extensión de las facultades contractuales de la Administración

La Excelentísima Corte Suprema, haciendo suyos los desarrollos de la doctrina administrativista,¹⁸ desde hace casi cincuenta años señala que la concesión “*es el acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente*”.¹⁹ De aquí que la concesión administrativa sea considerada un “acto favorable”, por cuanto amplía la esfera jurídica de los particulares.²⁰ Pero, aunque la concesión

¹⁸ Se ha señalado que “*la concesión, lato sensu, es el acto de la autoridad que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo o que transfiere al particular un derecho que es propio de la administración y del que este carecía totalmente*”. Cfr. GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p. 26.

¹⁹ Corte Suprema, 22.7.1966, “Delucchi con Municipalidad de Iquique” (casación en el fondo), considerando 6º, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1966, T. LXIII, 2ª Parte, pp. 274 ss.

²⁰ MONTT OYARZÚN, Santiago, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Editorial Conosur, Santiago, 2002, pp. 321 ss.; MORAGA KLENNER, *Tratado de derecho administrativo*, 7. *La actividad formal de la Administración del Estado*, Editorial Abeledo Perrot,

pueda entrañar bien la creación o bien la transferencia o delegación de funciones o de derechos propios desde la Administración a los privados,²¹ ello no afecta en caso alguno la potestad o titularidad públicas de aquellas funciones o de aquellos derechos concesionados.²² Es decir, la Administración concedente mantiene sus poderes de control y supervigilancia en la materia que es objeto de la concesión;²³ y, por consiguiente, también tiene poderes para cursar multas o aplicar otras medidas correctivas²⁴ y, en fin, para ejercer el llamado *ius variandi* o poder para modificar los términos del contrato,²⁵ en cuanto la regla *rebus sic stantibus* es inherente a éste.²⁶

La causa eficiente y fundamento último para esta conservación de la titularidad pública de las materias objeto de la concesión es precisamente el principio de juridicidad cimentado sobre los artículos 7º de la Constitución Política y 2º de la Ley 18.575, ya transcritos. Ello, por un lado, en cuanto la concesión administrativa se puede producir sólo en aquellos ámbitos que por ley se encuentran previamente atribuidos de manera exclusiva a la Administración, lo cual se denomina *publicatio*.²⁷ Por cierto, la “*publicación*” (que se suele llamar “*publicación*”, cosa rara, pues el original ciertamente no es “*publicatio*”), resulta siempre una excepción a nuestro Orden Público económico y, por ello, se requiere que se realice por una norma legal o constitucional, según los artículos 19 N°

Santiago, 2010, p. 108.

²¹ Vid., sobre concesión constitutiva y traslativa, VARGAS FRITZ, cit. (n. 7), p. 22; MONTT OYARZÚN, *El dominio público*, cit. (n. 20), pp. 323 ss.

²² LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), p. 105.

²³ VARGAS FRITZ, cit. (n. 7), p. 53.

²⁴ SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), p. 471.

²⁵ El artículo 13 de la Ley 19.886, señala: “Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse... por las siguientes causas: a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes. b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante. c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato. d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes. / Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”.

²⁶ SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), p. 469; LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), pp. 100 y 105.

²⁷ BLANQUER CRIADO, David: *La concesión de servicio público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 41.

21²⁸ y 19 N° 23²⁹ de la Constitución Política.³⁰ Y, del otro lado, es a partir del supuesto de la “publicación” que la Administración dispensa, en consecuencia, “posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional”;³¹ pero esto sólo cuando, a su vez, también la ley la autorice para ello expresamente, según el artículo 63 N° 10³² de la Constitución Política. Por lo tanto, reluce en las actuaciones concesionales de la Administración, y no podría ser de otra manera, el aforismo de que “en Derecho Público puede hacerse únicamente aquello a que autoriza expresamente la ley”.

La Administración no podría nunca desprenderse de la titularidad del objeto de la concesión, pues la ley que se la atribuye no se lo permite expresamente; por lo que, en efecto, incluso después de perfeccionada la concesión, la Administración sigue siendo responsable frente a los particulares por los daños que éstos pudieren sufrir en torno a la materia concesional de que se trate.³³

Del mismo modo, la Administración está vinculada al texto expreso de la ley respecto de las facultades que tenga para determinar el contenido y las prerrogativas que se introduzcan en el contrato administrativo, ya sea a través de las bases, de otros documentos o de las cláusulas mismas del contrato. Es decir, no puede contratar nada a que no la autorice expresamente el Ordenamiento; como dice el artículo 7° de la Constitución Política, en relación especialmente con el artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Carta Fundamental y con el artículo 1° de la Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

²⁸ “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. / El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

²⁹ “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. / Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.

³⁰ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2010, T. 2, p. 65; LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), p. 113.

³¹ VERGARA BLANCO, Alejandro, “Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras”, *Revista Chilena de Derecho*, 1989, vol 16, n° 3, p. 781.

³² “Sólo son materias de ley: ...10) Las que fijen las normas sobre enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades y sobre su arrendamiento o concesión”.

³³ Vid., con la jurisprudencia allí citada, SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), p. 470, n. 6.

2. La necesaria motivación de los actos administrativos y de la adjudicación en particular

El artículo 10 inciso primero de la Ley 19.886, indica:

“El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente”.

Lo mismo se reitera en el Decreto N° 250, del Ministerio de Hacienda, del año 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, cuyo artículo 2 N° 1 señala:

“Adjudicación: Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios, regido por la Ley N° 19.886, en adelante, también, la “Ley de Compras”.”

Que la adjudicación de la concesión descansa en un acto administrativo, en el sentido de que consista en una declaración o determinación de la voluntad administrativa, la cual debe ser fundada, es un asunto que nadie discute y que es claro en la ley.³⁴ Y, por lo tanto, el órgano de la Administración queda especialmente vinculado a obrar a este respecto según el principio de juridicidad.

Pero interesa ahora destacar que el fundamento sistemático y orgánico dentro de la legislación para que se haya determinado en este caso que el acto de adjudicación deba ser fundado, ya venía dado por el marco general que ofrece la Ley 19.880, de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.³⁵ En efecto, la manifestación de voluntad concesional respecto de la adjudicación corresponde a la definición de “acto administrativo”, señalado en el artículo 3 inciso segundo,³⁶ el cual concluye una licitación que, a su vez, también corresponde a la definición de “procedimiento administrativo” establecida por el artículo 18 inciso primero.³⁷

³⁴ VARGAS FRITZ, cit. (n. 7), p. 23; RUIÁN LIZANA, cit. (n. 12), pp. 12 y 24; SILVA CIMMA, cit. (n. 3), p. 83; MORAGA KLENNER, cit. (n. 8), p. 42; SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), pp. 226 y 227; BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*, cit. (n. 5), p. 114; LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), pp. 110 y 111.

³⁵ LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), pp. 102 y 103.

³⁶ “Concepto de Acto administrativo... 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”.

³⁷ “...una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

Así es, en efecto, en el caso de las concesiones municipales, según lo dispuesto tanto por la Ley 18.695, Orgánica constitucional de municipalidades,³⁸ como por la Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.³⁹

De este modo, la resolución final, es decir, el acto terminal de adjudicación, debe ser fundado, no sólo por las disposiciones específicas que así lo ordenan claramente, sino también por lo dispuesto en la primera parte del inciso cuarto del artículo 41 de la Ley 19.880:

³⁸ Ley 18.695, Orgánica constitucional de Municipalidades, artículo 8 incisos cuarto a séptimo: “La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales. / Si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados o los derechos o prestaciones a pagarse por las concesiones son inferiores a los montos señalados en el inciso precedente, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados en dicho inciso, concurran imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio. / Si no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa. / El alcalde informará al concejo sobre la adjudicación de las concesiones, de las licitaciones públicas, de las propuestas privadas, de las contrataciones directas de servicios para el municipio y de las contrataciones de personal, en la primera sesión ordinaria que celebre el concejo con posterioridad a dichas adjudicaciones o contrataciones, informando por escrito sobre las diferentes ofertas recibidas y su evaluación”. Artículo 66 incisos primero y segundo: “La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos. / Asimismo, el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades se ajustará a las normas de la citada ley y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la presente ley, disposiciones que serán aplicables en todo caso”.

³⁹ Baste con observar el artículo 7 letra a) de la Ley 19.886: “Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. / En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento”. Y el Decreto N° 250, del Ministerio de Hacienda, del año 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, artículo 2, N°: “21. Licitación o Propuesta Pública: Procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”.

Artículo 41: *“Contenido de la resolución final...[...]*

Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

Es de gran importancia situar el asunto dentro del ámbito del procedimiento administrativo, puesto que en virtud del principio de juridicidad, se encontrará otras declaraciones de la administración en relación al contrato de concesión (especialmente la declaración de terminación anticipada), que también quedarán sujetas, como consecuencia, a estos preceptos, muy especialmente respecto del deber de contar con una adecuada fundamentación.

3. Las actuaciones de la Administración se realizan en el interés público y con pleno respeto al interés del particular

Es también una derivación del principio de juridicidad que el órgano administrativo deba orientar su actuar siempre hacia la consecución del bien común,⁴⁰ en los términos del artículo 1° inciso cuarto de la Constitución Política:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A su vez, el texto constitucional queda referido directamente a los órganos administrativos⁴¹ por el artículo 3 inciso primero de la Ley 18.575, Orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado:

“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”.

Como ya ha sido visto, a pesar de celebrarse un contrato de concesión, la Administración conserva *“ciertas potestades y derechos que exorbitan cualquier vínculo contractual entre privados, de modo que cuando se vea menoscabado o afectado el bien común, la Administración utilice estas prerrogativas para*

⁴⁰ SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 15), T. II, pp. 12 a 36.

⁴¹ SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), p. 470, n. 1.

modificar el régimen y organización de la concesión en bien de la colectividad, imponiendo así su voluntad a la del particular".⁴² Asimismo, *"la ley autoriza, o la autoridad se reserva para sí el derecho de rescatarla [sc. la concesión] por razones de conveniencia u oportunidad o de darle término unilateral aduciendo razones de interés público o de seguridad nacional"*.⁴³ Y se añade que *"El fundamento de todos estos poderes que se reserva a la Administración se encuentra en la necesidad que tiene el Estado de velar por el interés general, el cual prima en todo momento sobre el interés particular del concesionario"*.⁴⁴

En efecto, las posiciones diversas de la *parte concedente* (encargada de velar por el interés general), y la *parte concesionaria* (que no tiene tal carga y, por tanto, puede velar sólo por su interés particular), explican en gran medida las peculiaridades de la contratación administrativa en lo que se refiere a las potestades excepcionales de la Administración.⁴⁵ Pero el alcance de tales potestades debe ser matizado en su contexto jurídico ineludible: el deber constitucional de propender al bien común para todos y cada uno, el cual incluye la exigencia de respetar, también, las garantías y derechos del propio concesionario; de manera que no se degrade el Estado de Derecho en virtud de la admisión de actos despóticos de la Administración.

Al respecto, no se puede descuidar que el bien común, consagrado en la Carta Fundamental, implica el bien no sólo del *todo* sino, a la vez, *de cada uno* de los particulares. De hecho, observando la historia fidedigna se constata que el constituyente señaló de manera explícita que el *"sentido fundamental es el de la creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de los miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal [...]* En el fondo, si se clarifica el concepto de bien común en los términos señalados, se desvirtúa la concepción que ve en el bien común una simple suma de bienes individuales o el bien de un todo colectivo, en el cual la persona humana queda disuelta o absorbida enteramente como parte del todo, sin que tenga ningún ser independiente de

⁴² MORAGA KLENNER, *Contratación administrativa*, cit. (n. 8), p. 44.

⁴³ Ídem, (n. 8), p. 46.

⁴⁴ GONZÁLEZ VERGARA, cit. (n. 18), p. 26.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, 4.7.2013, "Banco de Chile con Consejo de Defensa del Estado" (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 19.886), Rol N° 2133-2011, cons. 8°, LegalPublishing Cita Online: CL/JUR/1544/2013.

ese todo".⁴⁶ Por lo tanto, puede decirse que *"el bien común es el bien de todos los individuos que componen el cuerpo social, y que son sujetos de derechos... [y no sólo] el bien público... [que] es el bien del cuerpo social considerado en su... organización... El principio del bien público, sustituyendo aquél del bien común, es la utilidad sustituyendo la justicia; es la Política que, tomando entre sus manos prepotentes al Derecho, permite hacer a aquel gobierno lo que más le plazca"*.⁴⁷

Por esto es que está en la esencia del bien común evitar que las decisiones de la Administración sean caprichosas, arbitrarias o dejen, sin más, dañados a los particulares. De hecho, ese es el sentido primordial de que el Estado esté al servicio de las personas *"con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*, según el artículo 1º inciso 4º.⁴⁸ La Constitución evita avasallar los bienes individuales en nombre de la consecución del bien del conjunto social, por ejemplo, en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública. Como se sabe, ésta debe contemplar una justa indemnización al expropiado. Y, al respecto, nótese que el expropiado, por ejemplo de una parte significativa de un terreno suyo, podría incluso beneficiarse económicamente de una obra realizada en virtud de una causa de utilidad pública: *v. gr.*, si la parte restante del predio, que queda en sus manos, obtiene plusvalía por las obras públicas en la parte colindante expropiada. Dicha ventaja individual, sin embargo, no es ni debe ser tomada en cuenta para efectos de calcular su indemnización de perjuicios como particular afectado a causa de la expropiación. Esto, precisamente, porque el bien común es el bien de *todos* y también el de *cada uno*, de modo que se cuida no dañar a aquel individuo que debió ceder en sus derechos a favor del interés social.⁴⁹

Lo anterior adquiere mucho relieve frente a las decisiones que la Administración deba tomar respecto del contrato de concesión. Iván Aróstica⁵⁰

⁴⁶ Cfr. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, T. I, p. 181.

⁴⁷ ROSMINI SERBATI, Antonio, "Filosofía del Diritto", vol. II, de "Filosofía della Morale e del Diritto", vol. VI, en Rosmini Serbati, Antonio, *Opere Edite ed Inedite dell'Abate Antonio Rosmini-Serbati prete roveretano*, vol. XX, Intra Tipografia di Paolo Bertolotti, Milán, 1846, p. 547.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 4.7.2013, "Banco de Chile con Consejo de Defensa del Estado" cit. (n. 45), Disidencias y Prevenciones, 1º.

⁴⁹ CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, "Bien común y ciudadanía en la República", *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, N° 1, p. 376.

⁵⁰ ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad", *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, 1994, N° 55-56, p. 144.

ha mostrado, evidenciando la cuestión en la jurisprudencia,⁵¹ el reconocimiento de que todo contrato administrativo es una ley para las partes y que, por lo tanto, éste no puede ser dejado sin efecto sino, estrictamente, por mutuo consentimiento o por causas legales; y que los derechos que se derivan de los contratos de concesión quedan amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad, que se establece en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Esto ha permitido decir a Vargas Fritz⁵² y, con él, a Lara y García-Huidobro:

*“...siempre que exista una causal legal habilitante, puede ocurrir que la autoridad decida revocar o rescatar la concesión, lo que es ‘...sin perjuicio que, en un sistema como el nuestro, el particular... tiene un derecho de propiedad –sobre los derechos que emanan de la concesión, con las limitaciones que en el ordenamiento y en el mismo acto se señalen–, para cuya protección operan a su favor la aplicación íntegra de las garantías constitucionales’, de manera que sus derechos ‘...no pueden ser modificados, sin una indemnización adecuada, por cuanto en el régimen Constitucional chileno el derecho de propiedad se encuentra extremadamente bien resguardado’”.*⁵³

Así, por consiguiente, la Ley 18.695, Orgánica constitucional de municipalidades, en su artículo 36, incisos tercero y cuarto, dispone:

“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.

El concesionario tendrá derecho a indemnización en caso de término anticipado de la concesión, salvo que éste se haya producido por incumplimiento de las obligaciones de aquél”.

Del artículo se desprende la muy importante consideración de que, si bien la Administración puede excepcionalmente incluso dar por terminado unilateralmente un contrato, ello emana de su deber general de actuar a favor del “interés público” (que en último término está anclado en el artículo 1°

⁵¹ V. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1986, T. LXXXIII, 2ª Parte, sección 5ª, p. 84; *Gaceta Jurídica* 1987, N° 81, p. 23; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1989, T. LXXXVI, 2ª Parte, sección 5ª, p. 92.

⁵² VARGAS FRITZ, cit. (n. 7), p. 53.

⁵³ LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), p. 115.

inciso cuarto de la Constitución Política); y que por tanto, de ocurrir aquello, al concesionario, es decir, al particular perjudicado por la decisión, se le debe indemnizar (salvo el caso, a su vez también excepcional, que la terminación tenga por causa el incumplimiento de las obligaciones que recaigan sobre el mismo concesionario).⁵⁴ Es decir, este artículo 36, incisos tercero y cuarto, no es sino una precisión de que la Municipalidad concedente también debe orientar sus actuaciones relativas al contrato de concesión, siempre, hacia la obtención del bien común y que, en todo caso, se debe respetar el derecho de propiedad que el concesionario tiene sobre sus derechos contractuales emanados de la concesión, tal como lo dispone en general el texto de la Constitución.

IV. El carácter causante del acto administrativo de adjudicación en el contrato de concesión

Siguiendo a la Excelentísima Corte Suprema, el procedimiento y la emisión del acto de adjudicación de la concesión administrativa municipal podría describirse, en sus elementos centrales, de la siguiente manera:

*“...asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas, lo que también es comprendido dentro de la norma general de llamar a licitación pública... Es así cuando las municipalidades llaman a licitación para otorgar concesiones que excedan ciertos montos, ya sea en relación al valor de los bienes involucrados o de sus prestaciones y pago de derechos, llaman a licitaciones públicas, y éstas se realizan mediante la preparación previa de bases, a las cuales deben ajustarse los oferentes, cuyas proposiciones son abiertas en un mismo acto público y evaluadas posteriormente, para ser escogida la más conveniente a los intereses municipales y, como es obvio, lo que se traduce finalmente en el otorgamiento de la concesión por el alcalde con el acuerdo del concejo municipal”.*⁵⁵

⁵⁴ Corte Suprema, 30.6.2008, “Finger Access S.A. con Ilustre Municipalidad de Antofagasta” (casación en el fondo), Rol N° 1370-2007, cons. 2°, LegalPublishing Cita Online: CL/JUR/2785/2008.

⁵⁵ Corte Suprema, 6.5.1997 (recurso de protección), Rol N° 818-1997, cit. por FERNÁNDEZ RICHARD, José, *Derecho municipal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 200 y 201.

Si miramos la adjudicación desde el punto de vista del procedimiento de licitación que concluye con ella, es muy claro que dicho acto administrativo de adjudicación tiene un carácter “causado”. Pero interesa ahora apreciar su carácter “causante”, es decir, los efectos que la adjudicación ulteriormente infunde en el contrato administrativo mismo a que da lugar (como segunda fase de la concesión administrativa).

Por una parte, la adjudicación permite la participación del ente administrativo en el contrato; con lo cual, penetran en este último todas las normas que corresponden a aquella persona de Derecho público, bajo el imperio del principio de juridicidad, dando el dinamismo peculiar del Derecho administrativo al contrato de concesión, como ya se ha visto.

Pero, además, por otra parte la adjudicación introduce en el contrato los contenidos de sus cláusulas. Es el momento de unión de la sustancia de los elementos centrales del procedimiento de licitación, dados fundamentalmente por “...la preparación previa de bases, a las cuales deben ajustarse los oferentes... [y la propuesta] más conveniente a los intereses municipales...”, como dice la Excelentísima Corte Suprema.

Las bases administrativas, las bases técnicas y los demás antecedentes de la licitación que se establezca,⁵⁶ son instrumentos de Derecho público y, como tales, deben ser elaborados por la Administración con sujeción a la ley. Todos ellos conforman la espina dorsal del futuro clausulado del contrato, pues debe haber un estricto apego a sus términos desde ambas partes, tal como señala el artículo 10 inciso tercero de la Ley 19.886:

“Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.”

⁵⁶ Decreto N° 250 - 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Artículo 2, N°: “3. Bases: Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo. Incluyen las Bases Administrativas y Bases Técnicas. / 4. Bases Administrativas: Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo, y demás aspectos administrativos del Proceso de Compras. / 5. Bases Técnicas: Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar”.

Por su parte, la oferta del particular es un acto jurídico eminentemente privado, en virtud del cual también se da contenido al futuro contrato de concesión; por cuanto, aunque la oferta deba adherir estrictamente a los términos de las bases, éstas últimas le dejan, a su vez, un espacio abierto a la pormenorización, el cual debe ser colmado libremente por el oferente, y que es precisamente lo que permite la diversidad de ofertas y la posibilidad de discernir de entre todas ellas cuál sea la más conveniente para los intereses de la Administración. Así también se dice en el artículo 10 inciso segundo del mismo cuerpo legal antes citado:

“El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”.

La adjudicación, entonces, sienta las bases para el “momento contractual”, en cuanto se permite la convergencia entre la voluntad de la Administración, expresada fundamentalmente en las bases, y la del particular, expresada en la oferta; tal como se desprende de la propia definición de “adjudicatario” que se entrega en el Decreto N° 250, del Ministerio de Hacienda, del año 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886, artículo 2 N° 2:

“Adjudicatario: Oferente al cual le ha sido aceptada una oferta o una cotización en un Proceso de Compras, para la suscripción del contrato definitivo”.

Ahora bien, aunque este Reglamento indique que el contrato definitivo debe reducirse a escritura, “suscripción del contrato definitivo”, la Ley 19.886 no fija tal solemnidad (cualquiera sea el valor que el Reglamento le atribuya), sino que el artículo 1° inciso primero de aquel cuerpo legal simplemente dice “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada...”. Por lo tanto, en principio debería haber lugar a la escrituración de los contratos de concesión sólo en los casos dispuestos por las respectivas leyes especiales que los rijan, de modo que, en los restantes, habría entonces que adoptar la regla general de la consensualidad (ex artículo 1° de la Ley 19.886). Y, en efecto, existen disposiciones que exigen que ciertos contratos administrativos se celebren a través de “escritura pública”.⁵⁷ De manera que respecto de aquellos contratos

⁵⁷ En cuanto al uso de bienes nacionales, el Decreto Ley N° 1939, artículo 59 inciso tercero: “...el adjudicatario, dentro del plazo de treinta días contados desde la publicación en el Diario Oficial, deberá suscribir con el Ministerio el correspondiente contrato de concesión, el cual deberá constar por escritura pública”. En materia de turismo, el Decreto Supremo N° 50, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, reitera en el artículo 28: “...el adjudicatario, dentro del plazo de treinta días contados desde

administrativos calificables como consensuales, por no fijar la ley respectiva solemnidad alguna, el propio acto administrativo de adjudicación constituiría la manifestación de voluntad suficiente, como aceptación, para la formación del consentimiento. Sin embargo, en materia de concesiones municipales, al menos, esto no es así en la práctica. Aunque la Ley 18.695, Orgánica constitucional de municipalidades, no fije solemnidad alguna para la celebración del contrato de concesión municipal, éste no se considera consensual sino que igualmente se celebra a través de escritura pública,⁵⁸ lo cual opera a la manera de un uso o, acaso, costumbre de la contratación.⁵⁹

Por otra parte, en cuanto al valor causante del acto de adjudicación y su incidencia en las normas que serán aplicables a la relación contractual, ha quedado dicho que, por sus características, la concesión ya perfeccionada se asienta en un contrato administrativo y no en uno civil. En verdad, tratándose este contrato administrativo de un acto que hunde sus raíces en un consentimiento formado a partir de la voluntad de un ente público y de la voluntad de un sujeto particular, el todo resultante e indivisible llamado concesión viene a ser el conjunto de la proyección de la personalidad de Derecho público del órgano administrativo, canalizada a través del acto de adjudicación, y además el acuerdo bilateral de éste con el particular, que ha manifestado previamente su oferta en un contrato. La concesión corresponde, por tanto, a un *“conjunto relacional complejo en el que hay incluidas potestades (de la Administración), deberes (de la Administración y del concesionario) y derechos”*.⁶⁰ Y, por ello, no es extraño que a partir de la doctrina francesa se haya desarrollado *“una concepción más moderna para explicar la naturaleza jurídica de la concesión: la teoría del acto mixto.... La concesión es.... una mixtura: mitad reglamentario, mitad contractual”*.⁶¹ Por ello es que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ha fallado que la concesión *“no es un contrato regido exclusivamente por las normas del Código*

la publicación en el Diario Oficial, deberá suscribir con el Ministerio el correspondiente contrato de concesión, el cual deberá constar por escritura pública”. En cuanto a los recintos deportivos, la Ley 19.712, artículo 59, señala: “El contrato de concesión se celebrará por escritura pública, la que deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar en que se encuentre ubicado el inmueble...”.

⁵⁸ LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), p. 129.

⁵⁹ Este uso se puede justificar, además de, a través del artículo 1546 del Código Civil, en virtud del artículo 1563 inciso segundo del mismo: “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

⁶⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 275.

⁶¹ VERGARA BLANCO, *Concesiones de dominio público*, cit. (n. 31), p. 783.

*Civil, sino un acto mixto o de doble configuración jurídica, pues constituye un acto de poder público y es un contrato administrativo, en lo que dice relación con los derechos y deberes que recíprocamente se fijan concedente y concesionario”.*⁶²

La jurisprudencia ha llegado a esta conclusión debido a que nuestra legislación no es dudosa al atribuirle este carácter mixto a la concesión, si se tiene en consideración lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley 19.886, De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios:

“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

Tratándose el contrato de concesión municipal de un acto complejo y mixto, no es extraño que su estatuto jurídico esté compuesto de normas del Derecho público y normas del Derecho privado. Se establece en el artículo 1°, apenas transcrito, una prelación basada en la supletoriedad de unas normas a otras, según la cual se aplica la Ley 19.886 y, después, el resto del Derecho público. Ya se ha visto aquí, dispersas, diferentes disposiciones que no hace falta repetir, tanto de la Constitución Política (que obviamente debe primar en cualquier caso) como de las Leyes 18.695, 18.575, 19.880, etc. Además, ante el defecto de las normas de Derecho público opera, en un segundo subsidio, la aplicación de las normas del Derecho privado; esto es, principalmente, el Código Civil (pero, no únicamente).

Respecto de la articulación entre las normas de Derecho público y Derecho privado en la contratación del Estado, se debe tener también en consideración como principio de primera relevancia el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política:

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

⁶² Corte de Apelaciones de Concepción, s/d (1985), “Ferrocarril Eléctrico Santiago Oeste con Fisco”, cons. 4°, citada por LARA L.; GARCÍA-HUIDOBRO, cit. (n. 1), p. 101, n. 49.

En actividades como la contratación (que es el acto negocial por excelencia), cuando en ella participen los entes públicos, como es el caso de las concesiones administrativas, *“estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”*; es decir, al Derecho privado. Por lo tanto, teniendo a la vista la disposición constitucional, se debe concluir respecto de la supletoriedad del Derecho privado y la consiguiente anterioridad de las normas de Derecho público que establece el artículo 1° de la Ley 19.886, que dicho orden de prelación obliga a aplicar las normas preferentes del Derecho público (según la Carta Fundamental, al menos de quórum calificado para poder operar), pero con el carácter de excepcionales que les atribuye el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la Constitución. Esto tiene un alcance muy claro en materia de interpretación. Las normas de Derecho público, que deben aplicarse en primer lugar, son entonces de aplicación restrictiva; de manera que, si bien se podrán interpretar por extensión, no podrían interpretarse por analogía.⁶³ Lo cual es lógico, por lo demás, ya que en su campo de aplicación no puede nunca descuidarse el principio de que *“en Derecho Público puede hacerse únicamente aquello a que autoriza expresamente la ley”*.

En cualquier caso, es muy clara la procedencia de múltiples disposiciones, instituciones y construcciones dogmáticas del Derecho privado en los contratos de concesión administrativa, habida cuenta de que las normas del Derecho público resultan insuficientes para dar un tratamiento completo al asunto. Así, por ejemplo, materias como “obligación”, “indemnización”, “mora”, “plazo”, “cumplimiento”, “cumplimiento imperfecto”, “incumplimiento”, “renuncia”, “pago”, “resolución”, “terminación”, “interpretación de los contratos”, etc., no pueden sino reconducirse a las disposiciones del Código Civil. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 1462 del Código Civil: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno...”*, cuyo potencial amplio alcance en materia de nulidad en la contratación administrativa es palmario.⁶⁴

⁶³ CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, “Interpretación extensiva y analógica de la ley”, en Domínguez H., C.; González C., J.; Barrientos Z., M.; Goldenberg, J. L. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 257-266.

⁶⁴ BERMÚDEZ SOTO, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*, cit. (n. 15), pp. 68 y 69; CONCHA MACHUCA, Ricardo, “La nulidad del contrato de la administración por vicio de objeto contrario al derecho público. Artículo 1462 del Código Civil”, en Ferrada B., Juan C. (Coord.), *La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno*, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 417-436.

De hecho, la Corte de Apelaciones de Coihaique ha sostenido que:

*“No obstante el carácter especial de estos contratos, tanto en doctrina como en la jurisprudencia se ha asentado que le resulta plenamente aplicable la norma del artículo 1545 del Código Civil respecto a sus elementos esenciales y sus condiciones de validez y que es un contrato bilateral del cual nacen derechos y obligaciones recíprocas y cuya fuente es el acuerdo de voluntades que se expresa en una resolución de la autoridad administrativa”.*⁶⁵

Con ello se confirma la tendencia jurisprudencial que ya había tratado Aróstica,⁶⁶ en cuanto a que los principales efectos de los contratos previstos por el Código Civil están presentes en la contratación administrativa.

Así ocurre por tanto con el ya referido artículo 1545 del Código Civil: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*⁶⁷

Y así, además, como indica Soto Kloss,⁶⁸ el peculiar carácter dinámico de los contratos administrativos (*ius variandi*), por el cual las prestaciones pueden ir acomodándose funcionalmente durante el desenvolvimiento del contrato según el mejor interés público en relación a la vicisitudes fácticas, corresponde en último término a una aplicación de la equidad⁶⁹ en los efectos de la contratación pública, lo cual se contiene en el tratamiento de la buena fe que da el artículo 1546 del Código Civil: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.*

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Coyhaique, 4.12.2007, “Urzúa Millán, Santiago Ramón con Fisco de Chile” (recurso de casación y apelación en subsidio), Rol Nº 113-2007, cons. 9º, LegalPublishing Cita Online: CL/JUR/2823/2007.

⁶⁶ ARÓSTICA MALDONADO, cit. (n. 50), p. 144.

⁶⁷ Cfr., en este sentido, “Urzúa Millán, Santiago Ramón con Fisco de Chile”, Corte de Apelaciones de Coihaique, cit. (n. 65).

⁶⁸ SOTO KLOSS, *Derecho administrativo*, cit. (n. 17), p. 470, n. 5.

⁶⁹ Vid., sobre el contenido de este concepto en nuestro ordenamiento, GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el Derecho chileno”, en Guzmán B., Alejandro, *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, pp. 11-32.

BIBLIOGRAFÍA

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Transferencia de funciones estatales al sector privado en tres contratos administrativos: concesión de servicio público, externalización y sociedad”, *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, 1994, Nºs 55-56.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho administrativo general*, LegalPublishing, Santiago, 2011.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*, Abeledo Perrot - LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

BLANQUER CRIADO, David, *La concesión de servicio público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, “Bien común y ciudadanía en la República”, *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, Nº 1.

CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, “Interpretación extensiva y analógica de la ley”, en C. Domínguez; J. González; M. Barrientos; J. L. Goldenberg (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013. pp. 257-266.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, Tomo I.

CONCHA MACHUCA, Ricardo, “La nulidad del contrato de la administración por vicio de objeto contrario al derecho público. Artículo 1462 del Código Civil”, en Ferrada B., Juan C. (coord.), *La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno*, LegalPublishing - Thomson Reuters, Santiago, 2013. pp. 417-436.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2010, Vol. 2.

FERNÁNDEZ RICHARD, José, *Derecho municipal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

GONZÁLEZ VERGARA, Ariel, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el Derecho chileno”, en Guzmán B., Alejandro, *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005. pp. 11-32.

LARA LARA, José Luis; GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio, “Sobre el régimen concesional chileno: ¿podemos hablar de un modelo de concesión?”, en Soto Kloss, Eduardo (Editor), *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de*

la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Thomson Reuters - La Ley, Santiago, 2014, pp. 96-105.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo II.

MONTT OYARZÚN, Santiago, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Editorial Conosur, Santiago, 2002.

MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de derecho administrativo*, 7. *La actividad formal de la Administración del Estado*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Los contratos administrativos*, Editorial Conosur, Santiago, 2005.

ROSMINI SERBATI, Antonio, "Filosofía del Diritto", vol. II, de "Filosofía della Morale e del Diritto", vol. VI, en *Opere Edite ed Inedite dell'Abate Antonio Rosmini-Serbati prete roveretano*, vol. XX, Intra Tipografia di Paolo Bertolotti, Milán, 1846.

RUFÍAN LIZANA, Dolores María, *Manual de concesiones de obras públicas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999.

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II. El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

SOTO KLOSS, Eduardo, "La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el derecho chileno", *Ius Publicum* [Universidad Santo Tomás], 2002, N° 9.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, LegalPublishing, Santiago, 2009.

VARGAS FRITZ, José Fernando, *La concesión de obras públicas*, Editorial La Ley, Santiago, 1997.

VERGARA BLANCO, Alejandro, "Concesiones de dominio público y caracterización de las concesiones mineras", *Revista Chilena de Derecho*, 1989, vol. 16, N° 3.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 13.575 de 2000.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 24 de julio de 2012, Rol N° 1991-2011.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 4.7.2013, “Banco de Chile con Consejo de Defensa del Estado” (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley 19.886), Rol N° 2133-2011; LegalPublishing. Cita Online: CL/JUR/1544/2013.
- CORTE SUPREMA, 22.7.1966, “Delucchi con Municipalidad de Iquique” (casación en el fondo), considerando 6°, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1966, T. LXIII, 2ª Parte, pp. 274 ss.
- CORTE SUPREMA, 30.6.2008, “Finger Access S.A. con Ilustre Municipalidad de Antofagasta” (casación en el fondo), Rol N° 1370-2007; LegalPublishing. Cita Online: CL/JUR/2785/2008.
- *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1986, T. LXXXIII, 2ª Parte, sección 5ª, p. 84.
- *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1989, T. LXXXVI, 2ª Parte, sección 5ª, p. 92.
- *Gaceta Jurídica*, 1987, N° 81, p. 23.
- *Corte Suprema*, 6.5.1997 (recurso de protección), Rol N° 818-1997.
- *Corte de Apelaciones*, s/d (1985), “Ferrocaril Eléctrico Santiago Oeste con Fisco”, s/rol, citada por LARA L., José Luis; GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio, “Sobre el régimen concesional chileno: ¿podemos hablar de un modelo de concesión?”, en Soto Kloss, E. (Editor), *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Thomson Reuters - La Ley, Santiago, 2014, p. 101, n. 49.
- *Corte de Apelaciones de Coyhaique*, 4.12.2007, “Urzúa Millán, Santiago Ramón con Fisco de Chile” (recurso de casación y apelación en subsidio), Rol N° 113-2007; LegalPublishing. Cita Online: CL/JUR/2823/2007.