



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Flores Rivas, Juan Carlos

Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra
pública

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVII, 2011, pp. 329-367

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173622791008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA SUBVENCIÓN EN EL DERECHO CHILENO. EL CASO DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

[“The Subvention Concept and Nature in the Chilean Law. The Case of Public Works Concessions”]

JUAN CARLOS FLORES RIVAS*

RESUMEN

En este trabajo, el autor analiza el objeto de las subvenciones en el contrato de concesión de obra pública desde una óptica descriptiva, dogmática y regulatoria. En tal sentido, se pretende dar respuesta a la pregunta de si toda ayuda pública estatal califica como subvención o, en su caso, reviste el carácter de parte del precio del contrato, sin importar una actividad de fomento administrativo, a fin de pagar las modificaciones o prestaciones de servicios que ocurran durante la ejecución del contrato de concesión.

ABSTRACT

From a descriptive, dogmatic and regulatory perspective, in this work, the author analyzes the object of subventions in the contract of public work concession. In this sense, we intend to answer the question of whether all public state aid qualifies as subvention or, otherwise, if it entails part of the price of the contract, not including any activity of administrative development, in order to pay service modifications or service rendering that may occur during the concession contract.

PALABRAS CLAVE

Subvención – Contrato de concesión
– Obras públicas.

KEYWORDS

Subvention – Concession contract –
Public works.

[RECIBIDO el 3 de octubre y ACEPTADO el 1 de diciembre de 2011].

* Alumno del programa de doctorando en Derecho de la Universidad de los Andes. Dirección postal: San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: jcflores@miuandes.cl. Este trabajo es parte del proyecto de tesis doctoral sobre la actividad de subvenciones en el Derecho chileno.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo estructuraremos nuestro estudio de la siguiente forma: En primer lugar, analizaremos descriptiva y dogmáticamente la figura de la subvención como técnica propia de la actividad de fomento administrativo, tratando de elaborar un concepto general que sea aplicable al contrato de concesión de obra pública, diferenciando la subvención de las técnicas específicas de fomento utilizadas por la *Ley de concesiones de obras públicas*, específicamente, los ingresos mínimos garantizados y los subsidios convenidos. En segundo lugar, nos abocaremos al estudio de las fuentes legales y administrativas que regulan las subvenciones en el marco del contrato de concesión de obra pública. En tercer lugar, analizaremos el funcionamiento de las subvenciones en el contrato de concesión de obra pública, a la luz de las bases administrativas que regulan algunos proyectos concesionados, a fin de configurar una adecuada respuesta a nuestras interrogantes. En cuarto lugar, estudiaremos la naturaleza jurídica de las subvenciones en el contrato de concesión de obra pública, con el objeto de determinar si son verdaderas subvenciones o sólo son mecanismos alternativos que componen las remuneraciones que percibe el concesionario por la explotación del servicio concesionado. Finalmente, expondremos las conclusiones respectivas sobre nuestro trabajo.

II. LA SUBVENCIÓN COMO TÉCNICA PROPIA DEL FOMENTO ADMINISTRATIVO

La actividad de fomento ha experimentado en nuestro país un crecimiento sustancial en los últimos años, principalmente mediante la utilización de dos técnicas específicas, la subvención y los subsidios, expandiendo su influencia y efectos a diversas áreas del quehacer nacional, tales como las actividades económicas, sociales, culturales, educativas, de emprendimiento e innovación, entre otras. Ratifica lo antes expuesto, la numerosa cantidad de normas jurídicas dictadas recientemente que regulan total o parcialmente algunas de esas materias¹, confiriendo determinados mecanismos de ayuda estatal al

¹ A vía ilustrativa, se pueden ver las siguientes leyes dictadas recientemente: *i*) Ley N° 20.444 de 28 de mayo de 2010 que crea incentivos tributarios para las donaciones que se hagan al Fondo Nacional de la Reconstrucción; *ii*) Ley N° 20.378 de 5 de septiembre de 2009, que crea un Subsidio Nacional para el Transporte Público Remunerado de Pasajeros; *iii*) Ley N° 20.401, que modifica la Ley N° 18.450 sobre Fomento a la Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje aumentando las bonificaciones por hectárea; *iv*) Ley N° 20.412 de 9 de febrero de 2010, que establece un sistema de incentivos para la sustentabilidad agroambiental para los suelos agropecuarios; y *v*) Ley

sector privado, sea en forma unilateral, sea mediante contratos públicos o de manera concertada con particulares previamente cualificados.

Este fenómeno, responde a un aumento en la coincidencia entre los objetivos que debe cumplir el Estado moderno para la obtención del bien común con aquellas actividades propias de los particulares, que revisten el carácter de necesidades públicas o son consideradas por el legislador como de interés general. Ante tal escenario, el Estado² prescindiendo de una actuación directa, mediante sus órganos o servicios públicos dependientes para satisfacer la necesidad pública determinada o custodiar el interés general respectivo, acude a una técnica propia de la ciencia financiera –precisamente la subvención– a fin de incentivar, potenciar y asegurar el desarrollo de dichas actividades, de manera tal, que el particular beneficiario de la ayuda pública pueda iniciar, mantener o ejecutar la actividad fomentada, satisfaciendo por un lado, sus propios intereses, y a la vez, ayudando al Estado al cumplimiento del bien común.

Una de las áreas donde la actividad de fomento, y particularmente, la técnica subvencional ha tenido un desarrollo importante es el área de concesiones de obras públicas³, lo cual se remonta al nacimiento mismo de la subvención. En esta materia, el Estado, desde antaño ha recurrido a las subvenciones para financiar la construcción, mantención y conservación de la infraestructura pública explotada por medio de concesiones administrativas, en consideración a la rentabilidad social que dichas actividades generan en áreas imprescindibles para el desarrollo económico y social de cualquier país.

El Estado mediante la técnica concesional, sea de obra pública, sea de servicio público, invita, convida, motiva a los particulares, dentro del marco

Nº 20.452 de 26 de julio de 2010, que establece normas de excepción en materia de subvenciones a establecimientos educacionales, permitiendo percibir dichas ayudas en forma adelantada.

²Cfr., SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo* (3^a edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002), II, p. 344.

³NIEVES BORREGO, Julio, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, en *Revista de Administración Pública*, 42 (1963), p. 21, señala que: “A partir de 1840, aproximadamente, el Poder público utiliza la subvención como técnica de fomento de modo sistemático, con la finalidad primordial de atender y financiar obras públicas de gran envergadura y de ayudar a las Corporaciones Públicas de rango inferior a realizar las funciones propias de su competencia [...].” En nuestro medio, BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), p. 228, señala que a partir de 1887 con la *Ley de ministerios* y el Ministerio de Industria y Obras Públicas se da inicio a la construcción y mantención de obras públicas y al fomento en las áreas de agricultura, minería y fabril.

de un Estado subsidiario a asumir las obras públicas requeridas para el crecimiento económico del país, a través de una asociación equilibrada entre el Estado y el sector privado, estimulando sus mutuas potencialidades⁴.

En dicho contexto y para hacer posible la asociación público-privada que implica la concesión administrativa de obras públicas, el legislador utiliza la subvención como una herramienta de incentivo que permite al concesionario, considerando su calidad de colaborador directo del Estado, hacer inversiones cuantiosas de altas sumas de dinero por prolongados espacios de tiempo. De este modo, el concesionario recibe del Estado una ayuda financiera, denominada indistintamente, subvención o subsidio, con dos finalidades claramente establecidas, en primer lugar asegurar la recuperación de la inversión efectuada, y en segundo lugar, servir como complemento de las tarifas, precios o peajes que correspondan percibir al concesionario durante la explotación de la obra o servicio⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, las subvenciones en materia de concesiones de obras públicas, son reguladas por el legislador bajo diversas fórmulas. En primer lugar, el legislador regula la subvención como un ingreso mínimo garantizado a la inversión efectuada por el concesionario, que tiene por finalidad evitar el déficit en la explotación de una determinada concesión⁶. En segundo lugar, el legislador configura la subvención como un subsidio inmerso en la estructura tarifaria o en el régimen económico-financiero del contrato de concesión. En tercer lugar, la subvención es regulada por el legislador como un subsidio para compensar los perjuicios causados por las modificaciones, unilaterales, convenidas o imprevistas a las obras objeto del contrato.

Lo anterior queda de manifiesto en la *Ley de concesiones de obras públicas*, regulada en el DS. MOP N° 900 de 1996 que contiene el texto refundido,

⁴Cfr., ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno*, en *Ius Publicum*, 15 (2005), pp. 150-151.

⁵ En cuanto a la remuneración que recibe el concesionario, no sólo consiste en la suma que paguen los usuarios que utilizan el servicio, sino también en una subvención que le proporciona el concedente, el Estado: “[...] pues con razón se considera que el servicio funciona simultáneamente en interés de los usuarios y de la colectividad (.-) Dicha ‘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. En este último caso, si tal beneficio no lo hubiere logrado el concesionario, el Estado le integra la suma pertinente”. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo* (4^a edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998), III-B, p. 634.

⁶Véase: SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo* (edición actualizada por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1998), II, pp. 36-37.

coordinado y sistematizado del DFL. MOP N° 164 de 1991, recientemente modificada por la Ley N° 20.410 de 2010, que regula en forma indiferente las subvenciones, sea bajo la fórmula de subsidios convenidos, sea como ingresos mínimos garantizados, apartándose de lo establecido por la doctrina especializada y de lo dispuesto por la legislación comparada⁷, que distinguen entre subvenciones y subsidios considerando que son dos técnicas o categorías diferentes dentro de la actividad de fomento.

Ante tal panorama, es preciso preguntarnos si revisten la misma naturaleza una subvención que un subsidio, cuáles son sus semejanzas y diferencias y qué debemos entender cuando nos referimos a la subvención en el contrato de concesión de obra pública o cuando la doctrina habla de concesiones subvencionadas. Lo anterior, es importante porque dependiendo del concepto de subvención que utilicemos, amplio o restringido, será mayor o menor la delimitación conceptual entre la subvención y otras técnicas de fomento similares, como los subsidios, lo cual es esencial para determinar o condicionar las respuestas a diversas interrogantes que puedan plantearse respecto de aquéllas.

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

Para comenzar, cabe hacer presente que se identifica a la subvención como una técnica de fomento de naturaleza económica, en oposición a los medios de fomento de carácter jurídico u honorífico, es decir, la principal ventaja que produce la subvención en el patrimonio del beneficiario es de naturaleza económica, por cuanto aumenta, amplia o incrementa favorablemente el patrimonio del destinatario⁸. En el mismo sentido, la subvención ha sido concebida como una técnica de fomento de signo positivo, en oposición a aquellos medios de fomento de orden negativo que no incentivan directamente una determinada actividad, sino que todo lo contrario, la impiden, restringen o limitan con la finalidad de fomentar o incentivar otra actividad paralela. También, la subvención ha sido concebida como una ayuda estatal de carácter directo, es decir, que implica un desembolso o un trasvase patrimonial efectivo del Estado al beneficiario, en oposición a aquellas técnicas de fomento indirectas, como las exenciones fiscales o las

⁷ A vía ilustrativa se pueden ver el artículo 224 N° 3 y artículo 247, letra a) de la Ley N° 13/2003 de 23 de mayo, que regula el contrato de concesión de obra pública en España. En el mismo sentido, artículos 236 y siguientes de la Ley N° 30/2007 de 30 de octubre, sobre *Contratos del sector público* en España.

⁸ Véase: JORNADA DE POZAS, Luis, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 48 (1949), p. 53.

franquicias tributarias que no revisten una transferencia patrimonial, sino una disminución o dispensa de gastos⁹.

Por otro lado, la subvención ha sido configurada como una técnica de fomento de carácter dinerario, en oposición a las ayudas públicas en especie o *in natura*¹⁰. De este modo, se asocia la subvención con sumas de dinero que la autoridad pública transfiere a los particulares para incentivar una determinada actividad de interés público, y excepcionalmente, el legislador permite que el contenido de la subvención se manifieste en la entrega de bienes, muebles o inmuebles, o incluso, determinados servicios a los particulares.

Cabe hacer presente que, la subvención es una técnica de fomento administrativo que tiene un carácter ambivalente, por cuanto es una técnica de incentivo propia del derecho financiero, utilizada por el derecho administrativo para llevar a cabo una de las tres actividades propias de la Administración del Estado, el fomento. En este sentido, es importante determinar la óptica desde la cual se analiza la técnica subvencional, si se estudia desde del campo de la hacienda pública, la subvención se concibe como una simple transferencia de dinero desde los impuestos que recauda el Estado, en el ejercicio de la potestad tributaria, hacia los particulares, es decir, la subvención es una simple transferencia o intervención financiera hacia una actividad privada¹¹, o en su caso, hacia otros organismos de la Administración del Estado¹².

⁹Véase: ALTAMIRANO CATALÁN, Marco - MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, *Derecho tributario. Parte general* (Santiago, LexisNexis, 2006), p. 89.

¹⁰STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico* (1ª edición española, Madrid, MAP, 1992), p. 210, señala que por medio de las subvenciones reales o *in natura*, “[...] el subvencionador se obliga a poner a disposición cosas, cuya forma de adquisición supone una ventaja frente a las formas propias del mercado. Aquí se encuadra especialmente la venta más barata de terrenos para edificar una industria y el alquiler en mejores condiciones que las normales del mercado para el uso de patios industriales, de parques industriales o tecnológicos, [...]”.

¹¹ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público económico* (3ª edición, Granada, Comares, 2004), p. 355, considera la subvención como una simple transferencia o un ejercicio presupuestario desde los impuestos pagados por el contribuyente destinada a financiar una determinada actividad de interés general. Cfr., Asimismo, Seeldrayers, considera la subvención, como una intervención financiera de personas de derecho público en ayuda de otras personas públicas subordinadas —y eventualmente de personas físicas— para el financiamiento de ciertas actividades consideradas necesarias para el interés público. Cfr., SEELDRAYERS, Pierre, *Considérations sur la subvention budgétaire comme mode de gestion administrative*, en *Revue Internationale des Sciences administratives*, 2 (1952), pp. 341-348.

¹²BOULOUIS, Jean, *Essai sur la Politique des subventions administratives* (Paris, Librairie Armand Colín, 1951), p. 5, considera que las ayudas públicas desde el Estado hacia otros organismos del Estado se enmarcan dentro de las denominadas subvenciones administrativas definidas como, “[...] una cantidad de dinero otorgada por una co-

Por el contrario, si la subvención es analizada desde el campo del derecho administrativo, se considera como una técnica de fomento administrativo que cumple diversos cometidos. En este sentido, el legislador utiliza la subvención para incentivar, desincentivar, ordenar el comportamiento de los particulares generando un enriquecimiento en el patrimonio del beneficiario y un empobrecimiento en las arcas fiscales o en el patrimonio del ente personificado que confiera dicha ayuda pública. También, la subvención es utilizada por el legislador como un mecanismo de gestión de determinados servicios públicos explotados directamente por el Estado o en forma indirecta mediante concesiones administrativas por los particulares¹³.

En este sentido, mediante el uso de las subvenciones la autoridad administrativa impone a los beneficiarios un determinado régimen jurídico público, ordenando la actividad incentivada, generando derechos, deberes y obligaciones mutuas. Mediante la técnica subvencional, el Estado interviene actividades exclusivas de los particulares, generando en su favor determinadas prerrogativas de fiscalización y control de la actividad fomentada, a fin de orientar la actividad beneficiada en un determinado sentido. En consecuencia, se concibe a la actividad de fomento, y en especial a la subvención, como un título de intervención administrativa en las actividades propias y exclusivas de los particulares, lo cual puede condicionar, limitar o restringir el normal desarrollo de la actividad privada que recibe la ayuda estatal¹⁴.

Como se puede apreciar, son los amplios objetivos que el Estado pretende cumplir por medio de la técnica de la subvención y las diversas materias donde dicha técnica es aplicable, los factores que han causado una enorme dispersión normativa –legal y reglamentaria– en el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior ha generado, una serie de inconvenientes al momento de dar un concepto unívoco de subvención, dando pie para confundir fácilmente la subvención con otras técnicas de fomento similares, como los subsidios, las transferencias presupuestarias o las exenciones fiscales.

Para dar respuesta a las interrogantes enunciadas al inicio de este tra-

lectividad pública superior, generalmente el Estado, a una colectividad pública inferior o secundaria para permitirle proveer o sobrellevar las cargas o gastos de los servicios públicos que ella asume en gestión”

¹³ ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales* (Madrid, Aguilar, 1960), p. 452, considera la subvención como un mecanismo de gestión de servicios públicos atendido el interés general al cual se encuentra destinada. El Estado al conferir una subvención desarrolla una función similar al servicio público, produciéndose una relación de colaboración entre la Administración Pública y los particulares, una relación de financiamiento por un lado y de gestión por la otra.

¹⁴ Véase: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho: educación y sindicatos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47 (1985), pp. 397-412.

jo, considerando la ausencia de un estudio dogmático de parte de nuestra doctrina sobre la subvención, teniendo presente la falta de una definición legislativa sustancial sobre la materia, estimamos preciso acudir a la doctrina comparada, particularmente la doctrina española por la cercanía con nuestro ordenamiento jurídico, a fin de extraer reglas y principios que resulten aplicables a nuestro ordenamiento jurídico y que nos ilustren sobre el funcionamiento y naturaleza de la subvención en el contrato de concesión de obra pública.

1. La teoría de la subvención en la doctrina española.

La teoría del fomento administrativo en el derecho español fue elaborada por Jordana de Pozas, quien la configuró como una actividad intermedia entre la actividad de policía y la actividad de servicio público. Dicho autor, concibe el fomento como: “[...] la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”¹⁵.

Jordana de Pozas, concibe el fomento en términos económicos, como una vía intermedia de acción del Estado entre el liberalismo y el Estado intervencionista. Mientras que, en términos jurídicos, dicho autor conceptualiza el fomento en un sentido negativo o excluyente, es decir, la actividad de fomento es toda actuación del Estado en la cual la autoridad pública no recurre a la actividad de policía ni al servicio público para satisfacer una necesidad pública o un interés público.

De este modo, la subvención ha sido concebida, en la dogmática española, de diversas formas. En primer lugar, como una técnica de apoyo de la Administración a los precios políticos cobrados a los particulares por los servicios públicos con un carácter eminentemente condicional¹⁶. En segundo lugar, la subvención se concibe como una donación de derecho administrativo de carácter modal¹⁷. En tercer lugar, como un mecanismo de gestión de los servicios públicos utilizado por la Administración del Estado¹⁸. En cuarto

¹⁵ JORNADA DE POZAS, Luis, cit. (n. 8), p. 46.

¹⁶ VILLAR PALASÍ, José Luis, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en *Revista de Administración Pública*, 14 (1954), pp. 63-79.

¹⁷ NIEVES BORREGO, Julio, cit. (n. 3), p. 28, señala que la subvención es una “donación modal ob causam futuram, de Derecho administrativo, por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de rango inferior o de un particular –que tengan jurídicamente la consideración de terceros– con una finalidad de interés general, pero específica y determinada”.

¹⁸ ALBI, Fernando, cit. (n. 13), p. 455, establece que, “[...] se entiende por subvención un modo gestor mediante el cual una entidad local o un particular se encarga de la realización de una actividad concreta de interés general, en su exclusivo beneficio in-

lugar, como una simple transferencia financiera o traspase de fondos públicos de una autoridad pública a un beneficiario particular¹⁹.

Cabe señalar que, en el último tiempo la doctrina española ha discursado sobre la adopción de un concepto amplio o restringido de subvención, producto de dos trabajos de enorme influencia en la materia. Por un lado, Fernández Farreres aborda la subvención desde un punto de vista restringido, tratando de elaborar un concepto propio de subvención en oposición con algunas figuras similares, tales como las exenciones fiscales o los créditos públicos. Por otro lado, Díaz Lema analiza la subvención en términos amplios, como cualquier beneficio económico, monetario o jurídico que produzca los efectos de promoción y dirección de la economía privada, excluyendo las subvenciones culturales y sociales, que supongan el favorecimiento a determinadas empresas bajo condiciones y criterios vigentes en el mercado con independencia de la forma jurídica pública o privada, resolutiva o contractual²⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, ha sido la definición propuesta por Fernández Farreres la que más interés doctrinal ha suscitado, y en cierta medida, ha sido seguida por la mayoría de la doctrina y adoptada por la legislación específica. Dicho autor concibe la subvención como: “[...] una atribución patrimonial dineraria o en especie a fondo perdido afectada a la realización de la finalidad específica de interés general para la cual se concede”²¹.

De la definición de Fernández Farreres destacan, en primer término, concebir la subvención como una atribución patrimonial, lo cual supone un desplazamiento patrimonial, sea dinerario, sea *in natura* desde la Administración del Estado al particular beneficiario, manifestándose en un enriquecimiento del patrimonio del beneficiario y en una merma en las arcas fiscales. En segundo lugar, que la subvención sea a fondo perdido implica que reviste un carácter gratuito, que no hace nacer para el beneficiario la obligación de devolver lo percibido ni de efectuar por el mismo determinadas contraprestaciones, salvo cumplir con los requisitos asociados a la percepción de la subvención. Por último, el carácter afectado de la subvención supone que el beneficiario debe dar cumplimiento a la finalidad para la cual se confiere

mediato, utilizando capitales propios junto con otros aportados o garantizados por un organismo administrativo superior, y con arreglo a las normas generales previamente establecidas por dicho organismo”.

¹⁹ Véase: DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración* (Madrid, Tecnos, 1983), p. 311.

²⁰ Véase: DÍAZ LEMA, José Manuel, *Subvenciones y crédito oficial en España* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1985), pp. 22-25.

²¹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983), p. 234.

la subvención, es decir, se deben cumplir determinados resultados buscados por el órgano concedente, lo cual constituye una carga jurídica asociada a la subvención.

La visión tradicional del fomento administrativo sustentada por Jornada de Pozas, en el último tiempo ha comenzado a ser desplazada por la doctrina moderna de la denominada actividad dispensadora de ayudas y recompensas públicas, propuesta por Martínez López-Muñiz, y seguida de cerca por De la Riva²² y Laguna de Paz²³. En este sentido, Martínez López-Muñiz conceptualiza la actividad dispensadora de ayudas y recompensas como: “[...] aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados –privados o públicos– con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por realizar, quedando en este último caso afectados a su realización”²⁴.

2. La subvención en la Ley General de Subvenciones española.

En el plano normativo, la subvención ha sido regulada en términos generales en la *Ley General de Subvenciones* N° 38/2007, de 17 de noviembre, la cual en el artículo 2 establece un concepto de subvención, señalando que se entiende por subvención toda disposición dineraria realizada por la Administración General del Estado, la Administración Local y las Comunidades Autónomas, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: *i*) que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; *ii*) que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizado o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; y *iii*) que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

²² Véase: DE LA RIVA, Ignacio, *Ayudas públicas. Incidencias de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado* (Buenos Aires, Hammurabi, 2004), pp. 122-123.

²³ Véase: LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas* (Madrid, Montecorvo, 1991), pp. 88-98.

²⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas. Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la administración pública*, ahora, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coordinador), *Libro homenaje a José Luis Villar Palasi* (Madrid, Civitas, 1989), pp. 757-758.

Explícitamente, el artículo 2.4 de la *Ley general de subvenciones* N° 38/2007, determina que hay técnicas de fomento que no revisten el carácter de subvención, y quedan excluidas de la órbita de su aplicación, por cuanto implican el cumplimiento de una labor asistencial del Estado más que una actividad de fomento o de incentivo, y adicionalmente, no revisten el carácter afectado del beneficio que si se exige a la subvención²⁵, v. gr., ayudas de carácter social o prestacionales.

Por otra parte, la *Ley general de subvenciones* excluye del ámbito de su competencia, por no revestir naturaleza de subvención, todos aquellas transferencias entre organismos de la Administración del Estado, es decir, subvenciones impropias, v. gr., las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, las subvenciones destinadas a financiar partidos políticos.

Como corolario, cabe señalar que la doctrina especializada ha entendido que la Ley General de Subvenciones es partidaria de un concepto estricto o restringido de subvención, considerada como una disposición dineraria, excluyendo las ayudas o donaciones en especie, así como aquellas subvenciones de ahorro de gastos, tales como las exenciones y una serie de beneficios tributarios, como bonificaciones, descuentos, desgravaciones y adicionalmente, se ha estimado que dicha ley no es aplicable a los avales y préstamos públicos²⁶.

IV. LA SUBVENCIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1. Aportes doctrinales al estudio de la subvención.

Nuestro ordenamiento jurídico ha prestado poca atención al estudio de la figura de la subvención, no obstante el uso frecuente de la misma por parte del

²⁵ Véase: FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de la aplicación de la Ley*, ahora, en FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (director), *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (Navarra, Thomson Civitas, 2005), p. 40. En el mismo sentido, Pascual García señala que a los supuestos del artículo 2.4 de la Ley General de Subvenciones no se le aplica dicha ley por no existir disposición dineraria en algunos casos, v. gr., bonificaciones fiscales; por constituir prestaciones del sistema de Seguridad Social el cual cuenta con su estatuto constitucional particular; o bien porque algunos supuestos no tienen carácter no devolutivo o a fondo perdido. Cfr., PASCUAL GARCÍA, José, *Las subvenciones públicas: legislación comentada, formularios y procedimientos* (2^a edición, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009), p. 52.

²⁶ Véase: LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones*, ahora en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coordinador), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), p. 33. Asimismo, PASCUAL GARCÍA, José, cit. (n. 25), pp. 48-49.

legislador y por los organismos de la Administración del Estado. De hecho, son pocos los autores que han destinado sus esfuerzos a tratar de configurar un concepto de subvención, siendo principalmente la jurisprudencia de la Contraloría General de la República la que ha determinado en cierta medida la naturaleza, los principios y efectos jurídicos de la subvención en nuestro ordenamiento jurídico.

Entre los escasos aportes doctrinales sobre la técnica de la subvención, Soto Kloss considera que la subvención es un conjunto de bienes destinados a un fin determinado, la satisfacción de la necesidad pública o de un interés general señalando que constituye un verdadero patrimonio de afectación²⁷. Un concepto más amplio y descriptivo, es sustentado por Gallo y Miranda, para ellos la subvención es toda cantidad de dinero, bienes muebles e inmuebles y exenciones, otorgadas discrecionalmente por el Estado y las corporaciones públicas a título gratuito, temporal y precario, por tiempo determinado o no, simples o condicionadas, que tengan por objeto la satisfacción de necesidades de carácter social o público y cuyo uso esté sujeto a control²⁸.

Gladys Camacho, concibe la subvención en términos amplios, como “Todos aquellos incentivos económicos que conceden ayudas materiales, financieras, crediticias o tributarias, con cargo a traspasos gratuitos de fondos públicos que de modo directo determinan la percepción de una cantidad, la dispensa de un pago obligatorio o un beneficio específico de carácter patrimonial con lo cual inciden favorablemente en la situación patrimonial de las personas beneficiarias”²⁹.

²⁷ Véase: SOTO KLOSS, Eduardo, *De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada* (memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1963), p. 48.

²⁸ Véase: GALLO, Pedro - MIRANDA, Jorge, *Las subvenciones estatales. Doctrina, legislación y jurisprudencia* (memoria de prueba, Santiago, Editorial Universitaria Chile, Universidad de Chile, 1963), pp. 29-30.

²⁹ CAMACHO, Gladys, *La actividad sustancial de la Administración del Estado*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (director), *Derecho administrativo chileno* (México DF, Porrúa, 2007), p. 555. En un trabajo posterior, la misma autora estructura el concepto de subvención desde la óptica de la Ley N° 19.862, de 8 de febrero de 2003, que regula un registro de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos y de su respectivo reglamento aprobado por el DS. N° 375, del Ministerio de Hacienda, de 19 de mayo de 2003. Camacho identifica las siguientes características de la subvención, a saber: (i) la subvención pública consiste en la transferencia de fondos públicos sin prestación de bienes o servicios, es decir, a fondo perdido, pues no contempla su retribución; (ii) se incluyen dentro de este concepto las prestaciones avalables en dinero de tipo tributario o que se realizan mediante un régimen impositivo favorable (denominadas también subvenciones dispensa); (iii) cuando se trata de subvenciones a personas jurídicas, principalmente constituyen ayudas materiales para financiar actividades específicas o programas especiales y gastos asociados a la realización de éstos; (iv) son recursos que

Por último, en forma reciente William García Machmar concibe la subvención como “[...] toda transferencia patrimonial no devolutiva, realizada por la Administración en favor de un particular, vinculada a la realización por éste de una conducta calificada de interés público”³⁰.

De lo antes expuesto, se puede señalar que la subvención, en términos estrictos, tiene como sujeto pasivo o beneficiario siempre un particular y no una entidad pública. En este sentido, por nuestra parte concebimos la subvención como una suma de dinero, consignada presupuestariamente, que el Estado transfiere en forma gratuita a un particular a título no devolutivo, es decir, sin cargo a devolución, sometida a la afectación jurídica de utilizar dicha cantidad de dinero para la satisfacción de una necesidad pública o la realización de la conducta calificada de interés público.

2. Concepto de subvención en la jurisprudencia administrativa y judicial.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha configurado el concepto de subvención, sus límites, alcances, principios y requisitos necesarios para su percepción por los particulares. En este sentido, el ente contralor ha señalado que la subvención configura una ayuda de carácter financiero que sale del patrimonio del Estado, con cargo a la Ley de Presupuestos y se incorpora al del ente receptor, sin cargo a devolución, esto es, a fondo perdido, quedando desafectada de su calidad de recurso público³¹.

En el mismo sentido, la Contraloría ha sostenido que las transferencias de fondos públicos al sector privado, bajo la forma de aportes, subsidios, sub-

se pueden asignar a través de fondos concursables o en virtud de las leyes permanentes o subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales; y (v) se otorgan por un órgano de la Administración Pública incluido en la *Ley de presupuestos* y también por los municipios, como sujetos activos otorgantes de la ayuda material a favor de un particular. Véase: CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *La actividad sustancial de la Administración del Estado*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Tratado de Derecho administrativo* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010), IV, pp. 385-386.

³⁰ GARCÍA MACHMAR, William, *Ayudas públicas. La subvención en el Derecho administrativo* (Tesis de magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011), p. 70.

³¹ D. N° 12.583/2007. El concepto sustentado por este dictamen es similar al dispuesto por el “Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado” durante la tramitación de la Ley N° 19.862 de 2003, sobre el registro de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos. Dicho informe, concibe la subvención como transferencias de “[...] dineros entregados por el Estado, con cargo a la Ley de Presupuestos, a fondo perdido, o sea, sin la obligación de devolución”. Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado de 13 de enero de 2003, p. 4. Boletín N° 3.176-05.

venciones o bonificaciones, se hacen para el cumplimiento de determinados objetivos³², como fomentar el funcionamiento de organismos privados³³.

Por otro lado, respecto de las subvenciones municipales, la Contraloría ha señalado que constituyen un acto discrecional del municipio y consisten en la entrega de una determinada cantidad de dinero, a título gratuito, temporal o precario, simple o condicionado, que tienen por objeto la satisfacción de necesidades de carácter social o público y cuyo uso está sujeto a control³⁴.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, la Corte Suprema al estudiar la naturaleza de los fondos públicos que involucra la subvención, ha señalado que la subvención, una vez percibida por el sostenedor de un establecimiento educacional, deja de ser un fondo fiscal y entra al patrimonio de aquél, adquiriendo la naturaleza de fondo privado³⁵.

En el mismo sentido, se señala que los recursos destinados presupuestariamente a subvencionar la educación gratuita mientras se encuentran en arcas fiscales, pertenecen en pleno dominio al Estado, sin que el sostenedor tenga derecho a ellos hasta el momento de su percepción³⁶, por cuanto la subvención no es un derecho adquirido, sino una expectativa a percibirla mientras se den las condiciones reglamentarias exigidas, pudiendo la subvención ser suspendida si fallan esas condiciones en cualquier época³⁷.

En suma, en nuestro ordenamiento jurídico, desde la óptica administrativa se puede afirmar que la subvención se encuadra dentro de la actividad de fomento que realiza el Estado, y es concebida como una transferencia de carácter patrimonial, de naturaleza dineraria, en la mayoría de los casos a fondo perdido que se atribuye por distintos procedimientos administrativos y que tiene por finalidad la satisfacción de una necesidad pública o el incentivo de una actividad privada de interés general, generando una relación especial de derecho público entre el Estado concedente y el particular.

Ratifica nuestro planteamiento, el artículo 23 del DS. N° 841 de 5 de octubre de 2005, del Ministerio de Justicia, que aprueba el reglamento de la Ley N° 20.032, que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Menores y su régimen de subvención. Dicho precepto concibe la subvención como: “[...] *el auxilio económico que se traduce en una transferencia de fondos*

³² D. 35.236/1998.

³³ D. 19.751/1986.

³⁴ D. 44.447/2010. En el mismo sentido, D. 11.504/2003 y D. 66.995/2009.

³⁵ Corte Suprema, 2 de septiembre de 1997, en *RDJ.*, 94, sec. 3^a, pp. 128-130.

³⁶ Corte de Apelaciones. de San Miguel, 7 de marzo de 1994, en *GJ.*, 165 (1994), pp 113 ss.

³⁷ Corte Suprema, 6 de enero de 1987, rol N° 79-87. En contra, Corte Suprema, 10 de septiembre de 2003, rol N° 3125-03, en *GJ.*, 279 (2003), pp. 57 ss.

que salen del patrimonio fiscal incorporándose al del ente receptor, sin cargo de la restitución, para ser utilizados en los objetivos prefijados por la ley”³⁸.

Sin embargo, considerando la abundante legislación de fomento en nuestro ordenamiento jurídico, y el tratamiento conjunto que realiza el legislador de la subvención con otras figuras similares pertenecientes a la actividad incentivadora del Estado, se puede generar cierta confusión conceptual entre la subvención y otras técnicas de fomento, particularmente, con los subsidios. Lo anterior, es patente en materia de concesiones de obras públicas donde la ley habla de subsidios, mientras que la doctrina, la legislación comparada y en menor medida, algunas bases de licitación se refieren a la subvención, como técnica de fomento propia de esta clase de contratos administrativos. Para evitar dicha confusión, a continuación analizaremos la relación jurídica que existe entre la subvención y los subsidios.

V. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA SUBVENCIÓN Y LOS SUBSIDIOS

En un sentido natural y obvio, el subsidio se concibe como “una prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada”³⁹. Generalmente, dicha prestación se encuentra destinada frecuentemente a labores de asistencia social. En este sentido, el subsidio se otorga en base a consideraciones de carácter social y personales⁴⁰ del beneficiario, aunque se manifieste en una prestación de naturaleza económica, monetaria o dineraria, atribuyéndose al beneficiario un verdadero derecho subjetivo⁴¹ con la finalidad de superar una determinada situación de necesidad o precariedad.

En el plano constitucional, los subsidios son regulados conjuntamente con las subvenciones en el artículo 19 N° 22, inciso 2º C.Pol, como beneficios de carácter directo que el Estado puede conferir a favor de determinados sectores, actividades o zonas geográficas, sin incurrir en una discriminación arbitraria. Constitucionalmente, los subsidios y las subvenciones se consideran pagos que el Estado hace directamente, mediante aportaciones o egresos de dinero u otras especies avaluables en dinero a determinados sujetos beneficiarios.

³⁸ En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley N° 19.862, de 2003.

³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española* (22^a edición, Madrid, Espasa-Calpe, 2001), II, p. 2101.

⁴⁰ Véase: NIEVES BORREGO, Julio, cit. (n. 3), p. 85. En el mismo sentido, ALBI, Fernando, cit. (n. 12), pp. 464-465, clasifica los subsidios sociales en becas, bolsas y protección económica indirecta, señalando que en esta clase de ayudas el servicio público resulta desdibujado.

⁴¹ Véase: GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo* (10^a edición, Madrid, Tecnos, 1992), II, p. 309.

Cea Egaña considera que el subsidio es una ayuda o auxilio pecuniario, de carácter extraordinario, que el Estado otorga a una persona o grupo de la población que los precisan para gozar de una vida digna⁴².

En el plano meramente legal, ambos conceptos son utilizados indistintamente por el legislador sin una mínima precisión que permita al intérprete determinar en qué casos hay un auténtico subsidio y en cuáles existe sólo una subvención. Ante tal panorama, se debe analizar el contexto de la actividad en la cual se confiere o se inserta la ayuda pública, por ende si se confiere una ayuda estatal para satisfacer una necesidad pública de carácter asistencial, como el financiamiento de la vivienda o para superar un determinado estado de necesidad, como la pobreza, se suele hablar técnicamente de subsidios y no de subvenciones, aunque el legislador utilice impropriamente ambas técnicas de fomento administrativo, v. gr., subsidios habitacionales⁴³, subsidios laborales⁴⁴, subsidios al transporte público de pasajeros⁴⁵. En este orden de ideas, el legislador, en algunos casos ha concebido el subsidio como: “*Un aporte estatal directo que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución, y que constituye un complemento del ahorro previo que necesariamente deberá tener el beneficiario, para financiar alguna de las acciones señaladas*”⁴⁶.

⁴² Véase: CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), II, p. 512.

⁴³ El DS. N° 44, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo del 14 de marzo de 1988, *Reglamenta el Sistema General Unificado de Subsidios Habitacionales*. Este subsidio fue creado en virtud de la habilitación legal general contenida en el DL. N° 539, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1974. Cabe hacer presente que, en materia de vivienda existe una verdadera densidad reglamentaria para regular las distintas clases de subsidios y beneficios para los deudores habitacionales, llegando en ciertos casos a convertirse en verdaderos actos de asistencialismo por parte del Estado, v. gr., DS. 174, (V. y U.), de 2005, que reglamenta el Programa Fondo Solidario de Vivienda.

⁴⁴ El DFL. N° 44 de 24 de julio de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. En el mismo sentido, el DFL. N° 150 de 25 de marzo de 1982, regula el sistema único de prestaciones familiares y el sistema de subsidio de cesantía para los trabajadores dependientes del sector privado y los trabajadores del sector público.

⁴⁵ La Ley N° 20.378 de 5 de septiembre de 2009, creó un “Subsidio nacional para el transporte público remunerado de pasajeros”. Dicho subsidio se diversifica en distintos tipos de ayudas, tales como subsidio a la oferta, subsidio a la demanda y subsidio para la renovación de la flota.

⁴⁶ La Ley N° 19.712 de 9 de febrero de 2001, denominada *Ley del Deporte*, en los artículos 51 a 54 regula el subsidio al deporte. Dicha norma se debe complementar con el DS. N° 43, de 30 de septiembre de 2003 del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que contiene el *Reglamento del Subsidio para el Deporte y las condiciones y requisitos para su percepción*. Cabe hacer presente que, según la historia fidedigna de la Ley N° 19.712, el subsidio para el deporte se estructura en términos similares al subsidio para

Sin embargo, existen zonas grises donde el legislador confiere subsidios sin que exista asistencialismo o necesidad de superar una situación precaria, sino más bien el imperativo de incentivar el desarrollo de una actividad económica o la ejecución de una actividad que se relaciona directamente con el bienestar físico de las personas, v. gr., subsidios en materia de telecomunicaciones, subsidios en contratos de concesión de obras públicas, subsidios en materia de deporte.

Cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional ha esclarecido, en parte, el panorama antes expuesto al concebir el subsidio como “[...] *una transferencia en dinero sin obligación de reembolso para ayudar a personas o grupos de escasos recursos*”⁴⁷, o en términos más específicos como “[...] *una ayuda o auxilio pecuniario, de carácter extraordinario, que el Estado otorga a personas o grupos de personas en razón de un estado de necesidad, entregándoles una suma de dinero que no se reembolsa*”⁴⁸.

Podemos decir que, en nuestro ordenamiento jurídico existen algunas similitudes y diferencias entre la subvención y el subsidio, bien difíciles de conceptualizar, por cierto, pero que podemos intentar extraer de lo expuesto previamente.

En primer lugar, en el subsidio el beneficiario directo es el propio destinatario de dicha ayuda, atendidas las consideraciones de carácter personal y las condiciones socioeconómicas del beneficiario. Solamente, en forma remota e indirecta es beneficiaria del subsidio la comunidad en general, en cuanto permite una mejor distribución de los recursos y garantiza una adecuada igualdad de oportunidades. En la subvención, es la propia actividad incentivada la destinataria final de dicha clase de ayuda.

Como segunda diferencia entre el subsidio y la subvención, podemos señalar la periodicidad de cada una de dichas técnicas de fomento. En este sentido, el subsidio se devenga, por lo general, una sola vez y sin cargo a devolución, debido a que se configura como una ayuda de carácter extraordinario para superar un estado de necesidad específico, v. gr., los subsidios habitacionales se confieren por una sola vez y exigen colaboración del beneficiario en su financiamiento mediante la obligación de ahorro previo. Por su parte, la subvención, generalmente se devenga en forma periódica, por cuanto es destinada a financiar actividades de trato sucesivo, dependiendo de su objeto y finalidad, v. gr., subvención general educacional se devenga en forma mensual, subvención educacional de excelencia se devenga en forma

la vivienda, en cuanto, por ejemplo, exige ahorro previo del beneficiario y tiene límites máximos de cobertura. Véase el Boletín N° 1787-02.

⁴⁷ Trib. Constit., rol N° 1295-2009- INA, de 6 de octubre de 2009.

⁴⁸ Trib. Constit., rol N° 1035-2008-INC, de 30 de enero de 2008.

anual, lo mismo que la subvención a los colaboradores del Servicio Nacional de Menores⁴⁹.

En tercer lugar, otra nota de distinción entre la subvención y el subsidio se manifiesta en el rol de colaboración financiera que cumple el beneficiario de la ayuda pública, respecto del Estado concedente. De este modo, en materia de subsidios, nuestro ordenamiento jurídico exige al particular beneficiario que contribuya parcialmente al financiamiento de la actividad subsidiada, v. gr., subsidios habitacionales con ahorro previo⁵⁰, subsidio para la adquisición de tierras indígenas, subsidio para el deporte. Por su parte, en materia de subvenciones, generalmente, no se exige una contribución económica por parte del particular beneficiario, atendido que el Estado cumple una obligación específica y esencial impuesta por el ordenamiento jurídico, v. gr., el pago de la subvención a los establecimientos educacionales que cumplen con los requisitos legales no queda entregado a la magnanimidad del Estado⁵¹.

Por último, siguiendo a Fernández Farreres se puede decir que la diferencia sustancial entre la subvención y el subsidio radica en la falta de afectación de los subsidios a una determinada finalidad, es decir, en la ausencia de una carga jurídica sobre el particular beneficiario, mediante el subsidio no se busca que el beneficiario alcance un interés general, sino que salga de una situación de necesidad o carencia⁵².

⁴⁹ Ratifica lo expuesto, la doctrina especializada, al respecto ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto amministrativo* (Milano, Giuffré, 1958), V, p. 441, concibe la subvención como “una prestación periódica”. Igualmente, JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo* (Buenos Aires, Depalma, 1949), III, p. 53, conceptualiza la subvención como “una suma de dinero que se entrega periódicamente o en su totalidad”.

⁵⁰ La propia definición de subsidio que establece el artículo 1 letra e), del DS. N° 40 de 19 de marzo de 2004, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, entiende por subsidio una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución por parte de éste, y que constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario y, si lo necesita, del crédito hipotecario que obtenga, para financiar la adquisición o construcción en sitio propio de una vivienda económica. En este sentido, la Contraloría General de la República ha señalado que el “*Subsidio habitacional es una ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario sin cargo de restitución por parte de éste y que tiene una estricta reglamentación fijada por su ordenamiento jurídico, al cual es menester sujetarse si se desea acceder a él*” (Dict. 33.786/1987).

⁵¹ Trib. Constit., rol N° 410-04-INC, de 14 de junio de 2004, considerando 19°.

⁵² Véase: FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, cit. (n. 21), pp. 234-236.

VI. FUENTES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS QUE REGULAN LA SUBVENCIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Las principales fuentes normativas que regulan la subvención en el marco del contrato de concesión de obra pública, parten desde las normas constitucionales, pasando por las normas legales y finalmente se concretan en las bases administrativas de los contratos de concesión en las distintas áreas de la infraestructura pública. Del análisis de estas normas, se pueden extraer las reglas jurídicas y los principios que regulan la subvención en esta clase de contratos administrativos.

En primer lugar, cabe hacer presente que la Carta Fundamental no hace referencia alguna a la subvención dentro del marco del contrato de concesión de obra pública, sólo establece los objetivos que el Estado debe cumplir en su labor de promoción del bien común, y adicionalmente, regula el estatuto constitucional de los beneficios que el legislador puede conferir a determinados sectores, actividades o zonas geográficas. La regulación constitucional de la subvención en el contrato de concesión de obra pública viene dada en forma indirecta, mediante las exigencias constitucionales sobre el gasto público y la tramitación y aprobación de la *Ley de presupuestos del sector público*.

1. Fuentes legales de la subvención en el contrato de concesión de obra pública.

La subvención es una de las más importantes técnicas de fomento utilizada en materia de infraestructura pública y se configura de diversas formas en el contrato de concesión de obra pública. En primer lugar, el legislador establece la subvención como un ingreso mínimo garantizado, esto es, una cantidad de dinero que entrega el Estado para garantizar la inversión del concesionario frente a eventuales falencias en la rentabilidad del proyecto, durante su ejecución. En segundo lugar, el legislador estructura la subvención bajo la figura de diversos subsidios incorporados en la ecuación tarifaria o régimen económico-financiero del contrato de concesión de obra pública, como parte del precio del contrato o como un mecanismo de compensación ante eventuales modificaciones, unilaterales, convenidas o imprevistas de las obras del contrato⁵³.

⁵³ En nuestro medio se ha reconocido que “[...] el beneficiario de la subvención es, normalmente, un particular, estos pueden ser personas jurídicas o naturales. En algunos supuestos, ostentan un status jurídicamente cualificado, como sucede con los concesionarios de servicios públicos. En este caso, la fórmula subvencional puede jugar en distintos sentidos: garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión; cubrir el déficit de la explotación en función del cálculo anticipadamente previsto de la misma; [...]” (GOBIERNO DE CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar* (Santiago, Gobierno de Chile, 2008), II, pp. 389-390).

a) Ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas. 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 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 Estado⁵⁴, de conformidad con el decreto con fuerza de ley respectivo que dicte el presidente de la República [artículos 1 y 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 común⁵⁵, produciéndose, una asociación

⁵⁴ 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 sí es aceptada en otros ordenamientos. En efecto, señala MONTT OYARZÚN, Santiago, *El dominio público* (Santiago, LexisNexis, 2002), p. 138, 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”.

⁵⁵ En este sentido, 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 (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I, pp. 390-391, 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”. En el mismo sentido, VARGAS FRITZ, José Fernando, *La concesión de obras públicas* (Santiago, Editorial La Ley, 1997), p. 24, dice: “[...] no debe perderse de vista el hecho que el particular concesionario está desarrollando una actividad de interés público, con lo que aun cuando ésta tenga un contenido patriomonial 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”.

equilibrada entre el Estado y el sector privado⁵⁶, a través de la figura de la concesión administrativa.

Es sabido que, la concesión de obra pública es de aquellos contratos administrativos⁵⁷ que amplían el espectro patrimonial de los particulares 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 determinada⁵⁸. 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 totalmente⁵⁹.

Cabe señalar que el sustento normativo directo de la concesión de obra pública, se encuentra en el título 7º, 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

⁵⁶ 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 inefficientes 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. Véase: 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 MALDONADO, Iván, cit. (n. 4), p. 149, 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.

⁵⁷ Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo* (6ª edición, Madrid, Civitas, 1993), I, pp. 696-697.

⁵⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el Derecho chileno*, en *Ius Publicum*, 9 (2002), p. 111, 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.

⁵⁹ Véase: CEA EGAÑA, José Luis, *Variación del estatuto del dominio sobre concesiones de radiodifusión televisiva*, en *Revista Chilena de Derecho*, 18 (1991) 3, p. 485.

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.

b) Ley de concesiones de obras públicas. El artículo 88 del DFL. N° 850 que establece la *Ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas*, remite la regulación de las concesiones de las obras públicas fiscales al DS N° 900 de 1996, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL. MOP N° 164 de 1991, a su respectivo reglamento y a las bases de licitación de cada contrato en particular. 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.

El DS. N° 900 de 1996, es el primer cuerpo normativo en el cual se hace referencia al financiamiento estatal de las obras públicas concesionadas mediante el sistema de subvenciones. De esta forma, en la etapa de licitación, el artículo 7º 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 [artículo 7 letra a)], los subsidios del Estado al oferente [artículo 7º letra c)], y el ingreso mínimo garantizado [artículo 7º, letra 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. 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 estipulados⁶⁰.

En segundo lugar, el artículo 19 del mismo Decreto Supremo, modifica-

⁶⁰ 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.

do 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.

2. Fuentes administrativas de la subvención en el contrato de concesión de obra pública.

Cuando decimos fuentes administrativas de la subvención en el contrato de concesión de obra pública, hacemos referencia a dos fuentes importantes que regulan dicha técnica de fomento. En primer lugar, el reglamento de la *Ley de concesiones de obras públicas*. En segundo lugar, las bases de licitación de cada proyecto concesionado, es decir, los actos administrativos de carácter reglamentario, de orden general que regulan el procedimiento administrativo dirigido a la celebración de un contrato administrativo y que definen el contenido del mismo.

El reglamento de la *Ley de concesiones de obras públicas* antes singularizada, hace una referencia sumaria a las subvenciones –ingresos mínimos garantizados y subsidios convenidos– en términos bastante similares a la ley de concesiones, es decir, el reglamento regula las subvenciones como uno de los elementos de la oferta económica del licitante (artículo 5 y 17), como uno de los factores contenidos en el decreto de adjudicación del contrato (artículo 29), como una parte del precio del contrato (artículo 37), y como un elemen-

to de compensación de las modificaciones –unilaterales o convenidas– del contrato de concesión de obra pública (artículos 53, 68, 69, 70 y 74).

Cabe señalar que, el reglamento de la *Ley de concesiones de obras públicas* delega gran parte de la regulación de las subvenciones –ingresos mínimos garantizados y subsidios convenidos–, a lo establecido por el Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en las bases de licitación y en lo pactado por las partes en el contrato de concesión, sin que se puedan extraer reglas concretas para determinar la naturaleza de las subvenciones dentro del contrato de concesión de obras públicas.

3. Funcionamiento de la subvención en el contrato de concesión de obra pública.

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) Reglamentación de los ingresos mínimos garantizados en el contrato de concesión de obra pública. 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 subvencionadas⁶¹. 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 usuarios⁶².

⁶¹ Véase: NIEVES BORREGO, Julio, cit. (n. 3), pp. 21 y 80. En el mismo sentido, ALBI, Fernando, cit. (n. 13), pp. 454-455, señala que la subvención es un elemento complementario y accidental de la concesión, que no altera para nada la naturaleza íntima de la institución y que tiene por objetivo corregir las tasas de derecho público cobradas por el concesionario a los usuarios del servicio concesionado.

⁶² MARIENHOFF, Miguel, cit. (n. 5), III-B, p. 634, 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.

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. Según este autor, 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 subvenciones⁶³.

Manzanedo, concibe los ingresos mínimos garantizados como una cláusula de interés, señalando que es una de las formas de ayuda que utiliza la Administración con el objeto de fomentar actividades de rentabilidad incierta para los particulares, cuando al mismo tiempo su realización se considera de interés público, es decir, con dicha ayuda económica se cubre el desfase entre el rendimiento real de la empresa y el interés establecido por la autoridad. Específicamente, señala dicho autor que, se trata de una garantía administrativa con promesa de una subvención indeterminada⁶⁴.

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 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 tarifario⁶⁵.

⁶³Véase: SAYAGUÉS LASO, Enrique, cit. (n. 6), II, pp. 34-37.

⁶⁴Véase: MANZANEDO, J., HERNANDO, J. - GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho administrativo económico. Ensayo de una sistematización* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970), p. 730.

⁶⁵En 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 canti-

Los ingresos mínimos garantizados, generalmente se establecen en aquellos proyectos que llevan insita 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 interurbanas⁶⁶, los aeropuertos⁶⁷.

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 diferencia⁶⁸.

dad 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.

⁶⁶ En este sentido se pueden ver algunos proyectos de autopistas que contemplan la figura de los ingresos mínimos garantizados: 1. En cuanto a las autopistas urbanas: *i*) Proyecto “Acceso Nor Oriente a Santiago”, en el cual el concesionario acepta tal mecanismo por el plazo de 27 años, de conformidad con N° 1.12.6.1, de las “Bases de Licitación” en relación con el decreto de adjudicación (DS. MOP N° 1253 de 30 de octubre de 2003); y *ii*) Proyecto “Sistema Oriente-Poniente”, según lo dispuesto en el N° 1.11.7.1, de las “Bases de Licitación” en relación el decreto de adjudicación (DS. MOP N° 375 de 20 de febrero de 2000); 2. En cuanto a las autopistas interurbanas: *i*) Proyecto “Ruta 5, Tramo Chillán-Collipulli”, adjudicado por DS. MOP N° 576 de 30 de junio de 1997; *ii*) Proyecto “Ruta 5, Tramo Collipulli-Temuco”, adjudicado por DS. MOP N° 443 de 20 de abril de 1998; y *iii*) Proyecto “Ruta 5, Tramo Los Vilos-La Serena” adjudicado por DS. MOP N° 164 de 20 de febrero de 1997 [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

⁶⁷ En cuanto a los proyectos que contemplan ingresos mínimos garantizados en materia aeroportuaria, se pueden ver los siguientes: *i*) Proyecto “Terminal de Pasajeros Aeropuerto Presidente Carlos Ibáñez del Campo de Punta Arenas”, adjudicado por DS. MOP N° 345 de 8 de febrero de 2000; *ii*) Proyecto “Aeropuerto La Florida de La Serena”, adjudicado por DS. MOP N° 759 de 19 de agosto de 1997; *iii*) Proyecto “Terminal de Pasajeros Aeropuerto El Loa de Calama” adjudicado por DS. MOP N° 976 de 14 de octubre de 1997; y *iv*) Proyecto “Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago” adjudicado por DS. MOP N° 1168 de 5 de diciembre de 1997 [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

⁶⁸ D. 17.799/2003. Ver en el mismo sentido, D. 35.511/2003 y D. 23.701/999.

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 contrato⁶⁹, y por ende, la paralización de los servicios públicos.

b) Reglamentación de 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 social⁷⁰, que tiene por objeto mejorar ciertas condiciones básicas asistenciales de las personas beneficiarias⁷¹, 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-

⁶⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo* (6^a edición, Buenos Aires, La ley, 1964), II, p. 303, señala que: "Hay garantía cuando el concedente asegura al concesionario un mínimo 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".

⁷⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, cit. (n. 41), II, p. 309, señala que los subsidios constituyen un derecho subjetivo del beneficiario de carácter periódico y cita como ejemplo el subsidio familiar.

⁷¹ La doctrina italiana concibe el subsidio como ayuda de tipo asistencial dirigida a personas en estado de necesidad. Véanse: D'AGOSTINO, Filoreto, *Manuale di Diritto amministrativo* (Milano, Giuffrè, 2000), p. 386; SEVERO GIANNINI, Máximo, *Diritto amministrativo* (3^a edición, Milano, Giuffrè Editore, 1993), II, pp. 688-690.

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 sobrevenientes 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.

Ratifica lo anterior, la reglamentación administrativa de dicha técnica de fomento, por cuanto, la mayoría de los proyectos regulan los subsidios convenidos como un mecanismo de pago del precio del contrato, de carácter opcional, v. gr., los proyectos de autopistas urbanas e interurbanas⁷² o proyectos aeroportuarios⁷³. En otros casos, el subsidio convenido constituye la única

⁷² Ver: *i*) proyecto “Ruta 5 Norte, Tramo La Serena-Vallenar” acápite 1.12.2 de las bases de licitación, de septiembre de 2009, en proceso de adjudicación; *ii*) proyecto “Ruta 5, Tramo Puerto Montt-Pargua” que conforme al N° 1.12.1 de las bases de licitación, contenidas en la Res. DGOP N° 416 de 20 de noviembre de 2008, establecía que el Ministerio de Obras Públicas con el objeto de aportar al financiamiento de las obras necesarias para la materialización del proyecto, pagaría un subsidio a la construcción, sólo en los casos que el licitante lo requiera. Dicho subsidio se pagaría en 8 cuotas desde la puesta en servicio definitiva de la obra. Dicho proyecto fue adjudicado por DS. MOP N° 131 de 10 de febrero de 2010; y *iii*) proyecto “Ruta 5, Tramo Collipulli-Temuco”, adjudicado por DS. MOP N° 443 de 20 de abril de 1998, en este proyecto no se prevén fórmulas de subsidios a la construcción, pero si se faculta al Ministerio de Obras Públicas para incorporarlos como un mecanismo de compensación ante eventuales modificaciones del proyecto [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

⁷³ El proyecto “Aeropuerto Diego Aracena de Iquique” adjudicado por DS. MOP N° 710 de 8 de octubre de 2007, regula un subsidio fijo a la construcción. Dicho subsidio es conferido por el Ministerio de Obras Públicas y tiene por objeto aportar al financiamiento de las obras del contrato, se devenga desde la puesta en servicio provisorio de la obra, es de carácter anual por el plazo que dure la concesión, y finalmente, el subsidio no es independiente del contrato de concesión, por ello el Estado debe pagarlo mientras el contrato se mantenga vigente. En el mismo sentido, el proyecto “Aeropuerto El Tepual de Puerto Montt” adjudicado por DS. MOP N° 807 de 7 de noviembre de 2007 [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

forma de pago del precio del contrato del Estado hacia el concesionario por los servicios prestados, v. gr., proyectos de concesiones penitenciarias⁷⁴.

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 terceros⁷⁵. 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.

4. Naturaleza jurídica de la subvención en el contrato de concesión de obra pública.

Una vez analizados los ingresos mínimos garantizados y los subsidios convenidos, y habiéndose establecido que son mecanismos que el legislador utiliza para distribuir los riesgos o para complementar el precio del contrato de concesión, conviene preguntarse si es acertada la calificación jurídica de subvenciones que le asigna la doctrina, o por el contrario, son simples transferencias patrimoniales desde la Administración del Estado, Ministerio de

⁷⁴ En materia de infraestructura penitenciaria, los subsidios se dividen en dos categorías: *i)* subsidios fijos, a la construcción y a la operación o explotación de la obra; y *ii)* subsidios variables que resultan del cálculo del número promedio de internos de cada establecimiento penitenciario; véase: DS. MOP N° 618 de 28 de marzo de 2002, que adjudica el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo I”, que comprende los recintos penitenciarios de alta seguridad de las localidades de Alto Hospicio, La Serena y Rancagua. En el mismo sentido, el proyecto “Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria, Grupo N° 3”, adjudicado por el DS. MOP N° 90 de 6 de febrero de 2004 [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

⁷⁵ 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 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 [disponibles en www.concesiones.cl, revisado 8 de agosto de 2011].

Obras Públicas, a los organismos privados gestores de servicios públicos, a través de concesiones administrativas.

Ante este escenario y a esta altura del trabajo conviene preguntarse si ¿puede el Estado subvencionar una obra o actividad –servicio público– propio ejecutado por un particular a través de una concesión administrativa? ¿Puede el Estado subvencionarse a sí mismo?

La respuesta a las interrogantes planteadas dice relación con la posibilidad que tienen los organismos públicos de ser sujetos pasivos de la actividad de fomento del Estado, es decir, si cabe el fomento entre organismos públicos. Al respecto, corresponde señalar que fue Garrido Falla, quien amplió la actividad de fomento del Estado elaborada por Jordana de Pozas, haciéndola extensiva no sólo a los particulares beneficiarios, sino también a los entes públicos que directamente satisfacen necesidades de carácter público o de interés general⁷⁶.

Bajo este entendido, se concibe que la subvención, como figura prototípica de la actividad de fomento, puede funcionar como un mecanismo de ayuda entre los diversos organismos estatales, pero de forma sustancialmente distinta de la subvención conferida a los particulares. En este sentido, la doctrina suele hablar de subvenciones impropias, distinguiéndose internamente entre: subvenciones dotación, subvenciones consignación y subvenciones de indemnización o compensación.

En cuanto a las subvenciones dotación, Manzanedo⁷⁷ señala que, son aquellas que se conciben como dotaciones de servicios públicos por razones de técnica contable y sin finalidades propiamente favorecedoras de la actividad privada, es decir, en virtud de esta clase de subvenciones, el Estado atiende o complementa los créditos de otros entes públicos, lo cual supone una verdadera coparticipación en el sostenimiento de las cargas públicas y una especie de cogestión de la actividad administrativa que aquéllos realizan.

Por su parte, las subvenciones consignación son aquellas destinadas a mantener la articulación entre las autonomías locales y la unidad del Es-

⁷⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, cit. (n. 41), II, p. 301.

⁷⁷ MANZANEDO, J. - HERNANDO, J. - GÓMEZ REINO, E., cit. (n. 64), p. 715. Con un análisis más extenso VILLAR PALASÍ, José Luis, cit. (n. 16), pp. 75-77, señala que la subvención, en tales casos aparece como una forma de consignación de créditos presupuestarios, para gastos oficiales, que rehusan el mero concepto de fomento administrativo. Son, por el contrario, materias que entran de lleno en la competencia estrictamente administrativa, pero con la particularidad de que la consignación presupuestaria no es normal, sino bajo la rúbrica de subvención en términos globales. El mismo autor, señala que la diferencia entre la subvención consignación respecto de la subvención dotación estriba en la imputación presupuestaria, así las primeras se imputan a presupuestos generales bajo la obligación de rendición de cuentas a *posteriori*, mientras que las segundas se imputan a una caja especial con justificación *ab initio* y a *posteriori*.

tado que permite superar el principio de competencia entre el Estado y las comunidades locales, permitiéndose cierto grado de dirigismo de los entes estatales centrales sobre las administraciones menores a través del uso de subvenciones, lo cual es perfectamente justificable en un régimen político como el español donde existen comunidades autónomas, y que en cierta medida, podría ser replicable en nuestro ordenamiento jurídico en las relaciones entre el gobierno central y las municipalidades.

Por último, las subvenciones de indemnización o compensación son aquellas destinadas a cumplir fines compensatorios, generalmente respecto de los precios políticos que pagan los particulares usuarios de los servicios públicos sujetos a un régimen tarifario regulado con la finalidad de cubrir sus costes de funcionamiento.

Villar Palasí señala que en tal caso la subvención continúa siendo realmente un apoyo a las entidades o empresas particulares, pero el fin no es suplir deficiencias privadas, sino cumplir, por un lado con un imperativo de justicia que supone la indemnización del daño causado por el “fait du prince” (“hecho del príncipe”) al establecer coactivamente el precio por debajo del coste normal, y por otro lado, por la necesidad de establecer tales subvenciones a fin de impedir que se frustren las técnicas del precio político. Respecto al usuario del servicio público, la subvención es de fomento, con fines sociales. En cuanto a la empresa beneficiaria, la subvención es de pura indemnización, con fines económicos⁷⁸.

Como se puede apreciar, no se consideran como subvención los trasvases financieros que se producen al interior de la Administración del Estado entre los distintos organismos que la componen. Al respecto, señala Baena del Alcázar, que ello parece al menos dudoso, porque en el caso de entes públicos menores cuya actividad sea subvencionada, no puede decirse que estemos en presencia de una satisfacción indirecta de necesidades por parte de la Administración, ya que los entes subvencionados son también administraciones públicas⁷⁹.

Por su parte, Nieves Borrego estima que estas subvenciones que pasan de las cajas de un organismo a las de otro de igual categoría, no son propiamente subvenciones, sino meras transferencias que se neutralizan por consolidación, por ende, para que quepa hablar de subvención entre dos entidades de derecho público, es necesario en primer lugar, que no estemos en presencia de meras transferencias de caja, y en segundo lugar, para que exista relación subvencional, el organismo subvencionado se debe encontrar

⁷⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis, cit. (n. 16), pp. 74-75.

⁷⁹ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Sobre el concepto de fomento*, en *Revista de Administración Pública*, 54 (1967), p. 75.

en una posición subordinada respecto del subvencionante, bien en razón de su competencia, bien porque el organismo subvencionante es aquel que le atribuye al favorecido la finalidad a estos efectos⁸⁰.

En cuanto al precio del contrato de concesión, Dromi señala que el precio puede configurarse de diversas formas, de este modo, el precio se configura en base a las tarifas fijadas que deben pagar los usuarios o por los importes de las subvenciones que se hubieren establecido por el Estado en favor del concesionario. El mismo autor establece, que las subvenciones se otorgan por el Estado en consideración a dos razones, por un lado, salvaguardar el interés de los usuarios del servicio, y por otro, del público en general. Dromi señala, que la subvención puede consistir en una suma fija, periódica o no o en una garantía mínima del Estado, que asegure al concesionario un beneficio mínimo por la explotación del servicio⁸¹.

Como se puede apreciar, los subsidios convenidos y los ingresos mínimos garantizados, forman parte del precio del contrato de concesión de obra pública, por un lado como un mecanismo de distribución de riesgos, y por otro lado, como un mecanismo de mantención de la ecuación económico-financiera del contrato, sin alcanzar una plena identidad con la técnica de la subvención, entendida en términos estrictos, es decir, como una manifestación de la actividad administrativa de fomento⁸².

⁸⁰ NIEVES BORREGO, Julio, cit. (n. 3), pp. 88-89. En el mismo sentido: DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, cit. (n. 19), pp. 313-314. Por su parte, FERNÁNDEZ FARRE-RES, Germán, cit. (n. 21), p. 190, quien señala que “[...] a pesar de la separación e independencia teórica de patrimonios y de presupuestos —hacienda en general—, hay una continua interrelación presupuestaria, un inevitable trasvase de fondos públicos, entre ambas esferas organizativas, que se matiza, cuando no descarta totalmente, un riguroso planteamiento de separación e independencia”. En contra: ALBI, Fernando, cit. (n. 13), p. 447, quien afirma que “Consideraremos subvención todo desembolso condicionado que se haya de dedicar directa e inmediatamente a financiar la prestación de una actividad de interés general, cualquiera que sea el carácter —público o privado— del gestor”.

⁸¹ DROMI, Roberto, *Licitación Pública* (2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995), pp. 515 y 551. En los mismos términos, ALBI, Fernando, cit. (n. 13), pp. 454-455, señala que la subvención se configura como un mecanismo de gestión de servicios públicos, que se une a otros mecanismos como las concesiones. De este modo, se produce el fenómeno de las concesiones subvencionadas donde, la subvención constituye un elemento complementario y accidental, que no altera para nada la naturaleza íntima de la institución. La subvención, sólo tendrá un mero carácter corrector de dichas tasas o tarifas.

⁸² RUFIÁN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas* (Santiago, Fondo de la Cultura Económica, 1999), p. 234, señala que el ingreso mínimo garantizado “[...] tendrá la naturaleza de un aporte eventual, contingente e intermitente establecido por el contrato de concesión [...]. El ingreso mínimo podría considerarse incluido entre los subsidios o entre los beneficios adicionales expresamente estipulados

En este contexto, no podemos hablar de subvenciones, sino que debemos hacer referencia a compensaciones o indemnizaciones que efectúa la autoridad pública concedente ante el desajuste de las condiciones económicas o financieras iniciales del contrato de concesión de obra pública. No debemos olvidar, que las subvenciones se configuran como actos estatales de incentivo que se atribuyen o confieren sin esperar una contraprestación directa del particular beneficiario, cuestión que no se cumple en el contrato de concesión, donde las subvenciones se configuran como mecanismos de compensación de un daño, un desajuste o una lesión en el patrimonio del concesionario producto de actos unilaterales del Estado, de hechos ajenos a las partes o de modificaciones convenidas⁸³.

Cabe señalar que las subvenciones se concretan en ayudas públicas de naturaleza dineraria destinadas a incentivar actividades futuras, en cierta medida, de carácter contingente, que aún no han ocurrido y que se espera que ocurran. Por el contrario, en materia de concesiones de obra pública, el legislador utiliza la subvención como un mecanismo para pagar, compensar o indemnizar actividades pretéritas, ya ocurridas, respecto de las cuales la autoridad pública sólo cumple una labor de constatación. En efecto, la Administración certifica que se generó un menor flujo de usuarios que alteró las condiciones originales de la obra, lo cual activa el mecanismo de compensación respectivo, a fin de restablecer el equilibrio contractual.

Ratifican lo anterior, los fallos de las comisiones arbitrales reguladas por el legislador en materia de concesiones de obras públicas, que si bien no se han

en el contrato". Por su parte, MORAGA KLENNER, Claudio, *La actividad formal de la Administración del Estado*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Tratado de Derecho administrativo* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010), VII, p. 463, señala que en cuanto a la distribución de los riesgos durante la etapa de explotación de la concesión, el riesgo del mercado o de la demanda del servicio, es asumido o aceptado por el Estado a través de instrumentos especiales, contemplados en el propio contrato, a saber el reajuste de tarifas para compensar la inflación, los ingresos mínimos garantizados y el mecanismo de distribución de riesgo. El mismo autor señala (p. 252) que lo anterior ocurre en los casos que la inversión previa del particular no es recuperable únicamente a través del pago de peajes o del precio del servicio, dada la deficiente intensidad de la demanda del mismo.

⁸³ Los artículos 19 y 20 del DS. MOP N° 900 de 1996 modificado por la Ley N° 20.410 de 2010, establecen que el Ministerio de Obras Públicas puede recurrir a las subvenciones –subsídios convenidos u otros pagos del Estado al concesionario– a fin de compensar, es decir, indemnizar las alteraciones del régimen económico sufridas por este último producto de hechos unilaterales provenientes directamente de la contraparte contractual (“*ius variandi*”), del Estado (no contratante) en forma indirecta (“*factum principis*”), de hechos imprevistos ajenos a las partes del contrato de concesión (“teoría de la imprevisión”) o de modificaciones de las obras o de los servicios acordadas en forma mutua por las partes del contrato.

pronunciado directamente sobre las subvenciones, subsidios convenidos o ingresos mínimos garantizados, en la mayoría de los conflictos resueltos versan sobre solicitudes de compensación o indemnización, sobre requerimientos de ajuste del precio del contrato, como consecuencia de modificaciones unilaterales, convencionales o imprevistas que alteran o modifigan la ecuación económica o financiera del contrato de concesión, es decir, las solicitudes se refieren a hechos o actos que alteran las condiciones inicialmente pactadas por las partes, en cuanto a la cantidad (obras adicionales o extraordinarias), o en cuanto al plazo⁸⁴. En definitiva, hechos o actos que alteran, en términos amplios, el precio del contrato de concesión de obra pública⁸⁵.

Lo afirmado hasta este punto, es ratificado por la doctrina especializada, en este sentido Fernández Farreres señala que: “[...] puede seguirse hablando de subvención para referirse a las aportaciones financieras que el conceden-

⁸⁴ Sobre el particular: VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1 (2007), pp. 59-60, quien realiza un detallado análisis de las prerrogativas de la Administración del Estado en el contrato de concesión de obra pública, que dan lugar a la activación de los mecanismos de revisión del precio y del plazo del contrato.

⁸⁵ Al respecto, conviene ver los siguientes fallos: *i*) fallo de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión para la Ejecución, Conservación y Explotación de la Obra Pública Fiscal, denominada “Terminal de Pasajeros Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta” de 22 de diciembre de 2003, que establecía que el Ministerio de Obras Públicas debía indemnizar la frustrada expectativa de la concesionaria por cuanto es digna de tutela y valoración económica y debía restablecer el equilibrio económico financiero que caracteriza a los contratos administrativos. Adicionalmente, dicho fallo señaló que, este tipo de contrato supone una relación especial entre actores estatales y privados, cuyos respectivos intereses se intentan armonizar, de riesgos acotados, de largos plazos y de confianza, para la mejor prestación de un servicio, que de otra manera, no podría realizarse, o no podría hacerse dentro de los plazos o sujetos a los estándares deseables, por razones de recursos públicos o gestión pública; *ii*) fallo de la Comisión Arbitral de la “Concesión Ruta 5, Tramo Talca-Chillán” de 30 de junio de 2000 el cual se pronunció sobre si correspondía percibir por parte del concesionario la compensación o indemnización correspondiente a 2 meses de atrasos en la Puesta en Servicio Definitiva de la obra por haber ocurrido hechos de la naturaleza, v. gr., temporales. Los árbitros señalaron que: “La estabilidad del precio del contrato de concesión [...] no se vería respetada si sólo se concede a la sociedad concesionaria un aumento del plazo de construcción de las obras, y no se le permite una consecuente extensión del plazo de explotación de la Concesión [...]”; *iii*) fallo de la Comisión Arbitral del “Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal Aerovías S.A.” de 17 de mayo de año 2000, que analiza los pagos compensatorios por la pérdida de flujos a raíz de la paralización de la concesión; y *iv*) fallo de la Comisión Arbitral de la “Sociedad Concesionaria Autopista del Sol S.A.” de fecha 18 de julio de 2005, que se refiere a la compensación por cobro de peajes mal registrados por el Ministerio de Obras Públicas.

te del servicio canaliza hacia el concesionario por cualquier modificación tarifaria, o por la ruptura, en general, del equilibrio económico-financiero de la concesión no imputable al concesionario [...] pero siempre –y esto es lo decisivo– que queden debidamente calificadas las especiales características que concurren en esas ‘subvenciones’ y que, en realidad, son más bien compensaciones o indemnizaciones; es decir, una técnica de colaboración financiera de la Administración titular del servicio público concedido con el concesionario”⁸⁶.

En consecuencia, estimamos que los subsidios convenidos y los ingresos mínimos garantizados, en primer lugar no revisten la naturaleza jurídica de subsidios por las razones expuestas en el acápite pertinente. En segundo lugar, dichos mecanismos no cuadran ni se identifican con la técnica de la subvención, entendida en términos estrictos, sino que los subsidios convenidos y los ingresos mínimos garantizados, revisten la naturaleza de subvenciones impropias, específicamente, subvenciones de compensación o indemnización entre el Estado concedente y el particular concesionario por las alteraciones a las condiciones económicas originales del contrato. En efecto, los ingresos mínimos garantizados y los subsidios convenidos, no se identifican con la técnica subvencional, sino que caben dentro los diversos mecanismos de gestión, de naturaleza financiera que utiliza el Estado, en el ejercicio de la potestad tarifaria para asegurar el precio en los contratos públicos.

VII. CONCLUSIONES

Como primera conclusión, podemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación jurídica de carácter general que determine la naturaleza, el contenido, los requisitos, las características y los principios de la subvención como técnica administrativa de fomento. Ante dicho panorama, el intérprete debe analizar cada legislación en particular, acudir a los pronunciamientos de la Contraloría General de la República, y bajo ciertas condiciones, utilizar el derecho comparado, con el objeto de comprender los aspectos técnicos, financieros y jurídicos del funcionamiento de las subvenciones.

En segundo lugar, podemos afirmar que, considerando el análisis efectuado, la subvención goza de una identidad propia como técnica jurídica de fomento, perfectamente diferenciable, en su contenido, características y estatuto jurídico, respecto de otras técnicas de incentivo similares, como los subsidios. En efecto, los subsidios son ayudas públicas cuyo objetivo es paliar un estado de necesidad, revistiendo una naturaleza de carácter asistencial.

⁸⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, cit. (n. 21), p. 200.

Mientras que, las subvenciones tienen un campo de aplicación más amplio, generalmente, en actividades económicas o en aquellas donde el Estado tiene una obligación primordial impuesta por el ordenamiento jurídico, v. gr. educación.

En cuanto a las ayudas estatales reguladas por el legislador en el contrato de concesión de obra pública, bajo las fórmulas de subsidios convenidos o ingresos mínimos garantizados, como señalamos, en primer lugar que no revisten la naturaleza jurídica de subsidios, por cuanto el objeto de esta clase de ayudas no es superar un determinado estado de necesidad, por ende, no son ayudas de carácter asistencial. En segundo lugar, tampoco dichas ayudas son subvenciones, entendidas en términos jurídicos estrictos, sino que revisen el carácter de mecanismos de financiamiento público que componen el precio del contrato de concesión de obra pública, y que además integran la ecuación económico-financiera del contrato.

Los mecanismos financieros –subsidios convenidos e ingresos mínimos garantizados– en términos jurídicos estrictos constituyen, por un lado, subvenciones impropias, destinadas a compensar las alteraciones o modificaciones del contrato de concesión de obra pública, ante hechos o actos, unilaterales, convencional o imprevistos, que modifican las condiciones originales del contrato, constituyéndose como mecanismos que aseguran la recuperación de la inversión efectuada por el concesionario y la estabilidad del precio del contrato, v. gr., autopistas urbanas. Por otro lado, dichos mecanismos financieros se identifican íntegramente con el precio del contrato, v. gr., concesiones carcelarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales* (Madrid, Aguilar, 1960).
- ALTAMIRANO CATALÁN, Marco - MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, *Derecho Tributario, Parte General* (Santiago, LexisNexis, 2006).
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público económico* (3^a edición, Granada, Comares, 2004).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno, en Ius Publicum*, 15 (2005).
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Sobre el concepto de fomento*, en *Revista de Administración Pública*, 54 (1967).
- BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo* (6^a edición, Buenos Aires, La ley, 1964), II.
- BOULOUIS, Jean, *Essai sur la politique des subventions administratives* (Paris, Librairie Armand Colín, 1951).
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986).
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *La actividad sustancial de la Administración del Estado*,

- ahora, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Tratado de Derecho administrativo* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010), IV.
- CAMACHO, Gladys, *La actividad sustancial de la Administración del Estado*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (director), *Derecho administrativo chileno* (México DF, Ed. Porrúa, 2007).
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), II.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Variación del estatuto del dominio sobre concesiones de radiodifusión televisiva*, en *Revista Chilena de Derecho*, 18 (1991) 3.
- D'AGOSTINO, Filoreto, *Manuale di Diritto amministrativo* (Milano Giuffrè Editore, 2000).
- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad de la Administración* (Madrid, Tecnos, 1983).
- DE LA RIVA, Ignacio, *Ayudas públicas. Incidencias de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado* (Buenos Aires, Hammurabi, 2004).
- DÍAZ LEMA, José Manuel, *Subvenciones y crédito oficial en España* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1985).
- DROMI, Roberto, *Licitación pública* (2^a edición, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995).
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de la aplicación de la ley*, en FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (director), *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (Navarra, Thomson Civitas, 2005).
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983).
- GALLO, Pedro - MIRANDA, Jorge, *Las subvenciones estatales. Doctrina, legislación y jurisprudencia* (memoria de prueba, Santiago, Editorial Universitaria Chile, Universidad de Chile, 1963).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo* (6^a edición, Madrid, Civitas, 1993), I.
- GARCÍA MACHMAR, William, *Ayudas públicas. La subvención en el Derecho administrativo* (Tesis de Magíster, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011).
- GARCÍA MORALES, Pedro, *Marco legal de las concesiones de infraestructura de uso público*, en *Revista Chilena de Derecho*, 25 (1998) 1.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo* (10^a edición, Madrid, Tecnos, 1992), II.
- GOBIERNO DE CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, *Doctrina constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar* (Santiago, Gobierno de Chile, 2008), II.
- JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo* (Buenos Aires, Depalma, 1949), III.
- JORNADA DE POZAS, Luis, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 48 (1949).
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas* (Madrid, Montecorvo, 1991).
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones*, en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coordinador), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005).

- MANZANEDO, J., HERNANDO, J.- GÓMEZ REINO, E., *Curso de Derecho administrativo económico. Ensayo de una sistematización* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970).
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo* (4ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998), III-B.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis, *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas. Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la administración pública*, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coordinador), *Libro homenaje a José Luis Villar Palasi* (Madrid, Civitas, 1989).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis, *Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho: educación y sindicatos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47 (1985).
- MONTT OYARZÚN, Santiago, *El dominio público* (Santiago, LexisNexis, 2002).
- MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- MORAGA KLENNER, Claudio, *La actividad formal de la Administración del Estado*, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coordinador), *Tratado de Derecho administrativo* (Santiago, Abeledo Perrot, 2010), VII.
- NIEVES BORREGO, Julio, *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*, en *Revista de Administración Pública*, 42 (1963).
- PASCUAL GARCÍA, José, *Las subvenciones públicas. Legislación comentada, formularios y procedimientos* (2ª edición, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española* (22ª edición, Madrid, Espasa-Calpe, 2001), II.
- RUFÍAN LIZANA, Dolores, *Manual de concesiones de obras públicas* (Santiago, Fondo de la Cultura Económica, 1999).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo* (3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002), II.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo* (edición actualizada por Daniel Hugo Martins, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1998), II.
- SEELDRAYERS, Pierre, *Considérations sur la subvention budgétaire comme mode de gestion administrative*, en *Revue Internationale des Sciences administratives*, (1952) 2.
- SEVERO GIANNINI, Máximo, *Diritto Amministrativo* (3ª edición, Milano, Giuffré Editore, 1993), II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *De la libertad de enseñanza y del estatuto jurídico de las subvenciones a la enseñanza privada* (memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1963).
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el Derecho chileno*, en *Ius Publicum*, 9 (2002).
- STOBER, Rolf, *Derecho administrativo económico* (1ª edición española, Madrid, MAP, 1992).
- VARGAS FRITZ, José Fernando, *La concesión de obras públicas* (Santiago, Editorial La Ley, 1997).
- VILLAR PALASI, José Luis, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en *Revista de Administración Pública*, 14 (1954).
- VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de la vigencia en Chile de las categorías conceptuales del contrato adminis-*

- trativo*, en CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO YSERN, Enrique (directores), *La contratación pública* (Buenos Aires, Hammurabi, 2006), I.
- VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo*, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1 (2007).
- ZANOBINI, Guido, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO* (Milano, Giuffré, 1958), V.

